

UNIVERSIDADE DE RIBEIRÃO PRETO
FACULDADE DE DIREITO “LAUDO DE CAMARGO”
DOUTORADO EM DIREITO

MARCELO BRAGHINI

**A PLASTICIDADE DO CONSTITUCIONALISMO SOCIAL E A
REFORMA TRABALHISTA: SEGURANÇA JURÍDICA NA ÓTICA
DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

RIBEIRÃO PRETO - SP

2022

MARCELO BRAGHINI

**A PLASTICIDADE DO CONSTITUCIONALISMO SOCIAL E A REFORMA
TRABALHISTA: SEGURANÇA JURÍDICA NA ÓTICA DO SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito - nível Doutorado, da Universidade de Ribeirão Preto, como requisito parcial para obtenção do grau de Doutor em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Lucas de Souza Lehfeld

RIBEIRÃO PRETO - SP

2022

Ficha catalográfica preparada pelo Centro de Processamento
Técnico da Biblioteca Central da UNAERP

- Universidade de Ribeirão Preto -

BRAGHINI, Marcelo, 1977-
B813p A plasticidade do constitucionalismo social e a reforma
trabalhista : segurança jurídica na ótica do Supremo Tribunal Federal
/ Marcelo Braghini. – Ribeirão Preto, 2022.
151 f.

Orientador: Prof.º Dr.º Lucas de Souza Lehfeld.

Tese (Doutorado) - Universidade de Ribeirão Preto,
UNAERP, Doutorado em Direito, 2022.

1. Brasil. Supremo Tribunal Federal. 2. Segurança jurídica. 3.
Direito Constitucional. 4. Ativismo jurídico. II. Título.

CDD 340

MARCELO BRAGHINI

*A PLASTICIDADE DO CONSTITUCIONALISMO SOCIAL E A REFORMA
TRABALHISTA: SEGURANÇA JURÍDICA NA ÓTICA DO SUPREMO TRIBUNAL
FEDERAL*

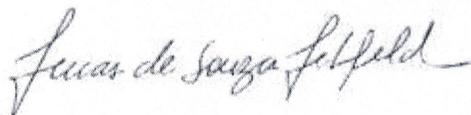
Tese de Doutorado apresentada ao Programa de Pós-
Graduação em Direito da Universidade de Ribeirão
Preto, para obtenção do título de Doutor em Direito.

Área de Concentração: Direitos Coletivos e Cidadania

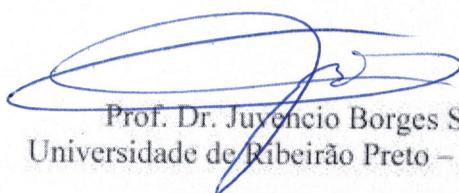
Data da defesa: 20 de maio de 2022

Resultado: Aprovado

BANCA EXAMINADORA



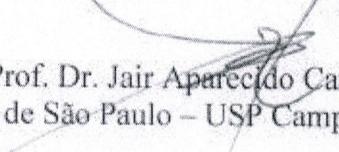
Prof. Dr. Lucas de Souza Lehfeld
Universidade de Ribeirão Preto – UNAERP



Prof. Dr. Juvencio Borges Silva
Universidade de Ribeirão Preto – UNAERP

RICARDO DOS REIS Assinado de forma digital por RICARDO
DOS REIS SILVEIRA:03666116663
SILVEIRA:03666116663 Dados: 2022.08.05 10:26:24 -03'00'

Prof. Dr. Ricardo dos Reis Silveira
Universidade de Ribeirão Preto – UNAERP



Prof. Dr. Jair Aparecido Cardoso
Universidade de São Paulo – USP Campus Ribeirão Preto



Prof. Dr. Cildo Giolo Junior
Universidade do Estado de Minas Gerais – UEMG

RIBEIRÃO PRETO
2022

Dedicatória

Dedico este trabalho a minha esposa Juliane, meu irmão Ricardo, meu enteado Heitor, meu sobrinho Dudu, meu pai e minha sempre amada mãe (in memoriam), meu amigo Ronaldo, pessoas determinantes para a sua concretização.

Agradecimentos

Aos colegas de sala pela convivência.

Aos professores pelo conhecimento compartilhado.

RESUMO

As teses flexibilizantes ganharam contornos tímidos e pontuais no texto da Constituição Federal de 1988, com evidente ampliação a partir da mutação constitucional realizada no âmbito do RE nº 590.415 perante o Supremo Tribunal Federal, com o redimensionamento o Princípio da Autonomia Coletiva da Vontade (art. 7º, inciso XXVI, da CF). Essa revitalização legitimou a tramitação do Projeto de Lei nº 6.787/16, convertido na paradigmática Reforma Trabalhista (Lei nº 13.467/17), de feições pró-mercado, que fora marcada pela pecha de inconstitucionalidade em diversos pontos essenciais, que superaram conceitos clássicos e estruturantes do Direito do Trabalho. O esperado controle de constitucionalidade, e ainda, controle de convencionalidade não se concretizaram pelas posições majoritárias assumidas pelo Supremo Tribunal Federal em diversos temas, contudo, apresentando em seus precedentes diretrizes superando pontos cruciais da dogmática trabalhista até então sedimentada. A presunção de legitimidade inerente do ato normativo reformador fora reafirmado, agora, com os efeitos vinculantes inerentes ao art. 102, § 2º c/c art. 103-A da CF, levando o Supremo Tribunal a manifestar-se sobre diversos temas trabalhistas de forma a justificar a reformulação da Teria do Constitucionalismo Social. Os novos postulados legais foram adaptados à sua plasticidade, reafirmando a Reforma Trabalhista pela absorção do fato econômico superveniente, chancelado em um realismo jurídico, ou mesmo pelo pragmatismo jurídico de uma Corte Constitucional conhecedora das consequências de sua tomada de decisão no tráfico econômico, que enseja segurança jurídica (art. 5º, inciso II, da CF), e previsibilidade indispensável à livre iniciativa (art. 170, *caput*; da CF). Da nova teorização resulta um inegável dever de autocontenção imposto ao Poder Judiciário, à esteira da cláusula barreira imposta, no plano infraconstitucional, ao ativismo judicial pelo art. 8º, § 2º da CLT (Redação pela Lei nº 13.467/17), e uma proposta convergente a um padrão decisório, que leve a reformulação do Direito do Trabalho, em alguns de seus principais postulados, ampliando a liberdade de ajuste de contratos de prestação de serviço, conjugando os vetores de hermenêutica constitucional relativos ao valor social do trabalho e livre iniciativa (art. 1º, inciso IV c/c art. 170, *caput*, da CF). Não há o reconhecimento do *status* constitucional da relação de emprego, permitir-se-á novas modelagens da prestação de serviço, com ou se a intervenção do legislativo, e maior amplitude na negociação coletiva e a transação de direitos laborais sujeitos a homologação.

Palavras-chave: Supremo Tribunal Federal; constitucionalismo social; Reforma Trabalhista; ativismo judicial; mutação constitucional.

ABSTRACT

The flexibilizing theses gained timid and punctual contours in the text of the Federal Constitution of 1988, with evident expansion from the constitutional mutation carried out in the scope of RE n° 590.415 before the Federal Supreme Court, with the resizing of the Principle of Collective Autonomy of the Will (art. 7, item XXVI, of the Federal Constitution). This revitalization legitimized the processing of Bill n° 6.787/16, converted into the paradigmatic Labor Reform (Law n° 13.467/17), with pro-market features, which had been marked by the taint of unconstitutionality in several essential points, which surpassed classic and structuring of Labor Law. The expected control of constitutionality, and also, control of conventionality did not materialize due to the majority positions taken by the Federal Supreme Court on several issues, however, presenting in its precedents guidelines overcoming crucial points of labor dogmatics until then sedimented. The presumption of inherent legitimacy of the reforming normative act was reaffirmed, now, with the binding effects inherent to art. 102, § 2 with art. 103-A of the CF, leading the Supreme Court to express its opinion on various labor issues in order to justify the reformulation of the Social Constitutionalism Theory. The new legal postulates were adapted to their plasticity, reaffirming the Labor Reform by absorbing the supervening economic fact, sealed in a legal realism, or even by the legal pragmatism of a Constitutional Court aware of the consequences of its decision-making in economic trafficking, which gives rise to legal certainty (art. 5, item II, of the CF), and predictability essential to free enterprise (art. 170, caput; of the CF). The new theorization results in an undeniable duty of self-restraint imposed on the Judiciary, in the wake of the barrier clause imposed, at the infraconstitutional level, on judicial activism by art. 8, § 2 of the CLT (Writing by Law n° 13.467/17), and a proposal converging to a decision-making standard, which leads to the reformulation of Labor Law, in some of its main postulates, expanding the freedom of adjustment of provision contracts of service, combining the vectors of constitutional hermeneutics related to the social value of work and free initiative (art. 1, item IV c/c art. 170, caput, of the CF). There is no recognition of the constitutional status of the employment relationship, new models of service provision will be allowed, with or if the intervention of the legislature, and greater amplitude in collective bargaining and the transaction of labor rights subject to approval.

Keywords: Federal Supreme Court; social constitutionalism; Labor Reform; judicial activism; constitutional mutation.

TABELA DE SIGLAS

ADC: Ação Direta de Constitucionalidade

ADI: Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADPF: Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

ANAMATRA: Associação Nacional da Magistratura do Trabalho

CC: Código Civil

CF: Constituição Federal

CLT: Consolidação das Leis do Trabalho

OCDE: Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico

OIT: Organização Internacional do Trabalho

SV: Súmula Vinculante

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	11
2. CONSTITUCIONALISMO SOCIAL.....	18
2.1. Constitucionalismo.....	19
2.2. Evolução Histórica das Constituições Brasileiras.....	22
2.3. Teoria dos Direitos Fundamentais	27
2.4. Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais.....	31
2.5. Constitucionalização do Direito do Trabalho	34
2.6. Regulamentação do Trabalho e o Princípio do Não Retrocesso Social	36
2.7. Densidade normativa das cláusulas pétreas	38
3. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O DEVER DE AUTOCONTENÇÃO JUDICIAL	42
3.1. Ativismo Judicial	45
3.2. Mutação Constitucional	51
3.3. Revitalização do Princípio da Autonomia Coletiva da Vontade.....	53
3.4. Inaplicabilidade do controle de convencionalidade	56
3.5. Transplantes Jurídicos Acríticos	59
4. ARGUMENTO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DA EFICIÊNCIA ECONÔMICA	67
4.1. Liberalismo Econômico e a ordem pública.....	71
4.2. Eficiência econômica e realismo jurídico	75
4.3. Fato Econômico Superveniente.....	79
4.4. Constitucionalidade da Terceirização da Atividade Fim	81
4.5. Limites do processo econômico da terceirização e da prestação de serviço...85	
5. SEGURANÇA JURÍDICA E O DIREITO DO TRABALHO.....	90
5.1. Crise da Legalidade.....	90
5.2. Preceitos Jurídicos Indeterminados.....	96
5.3. Ação Interventiva e Controlada da Lei	100

5.4. Ponderação do Valor Social do Trabalho e a Livre Iniciativa	101
5.5. Direito Civil Constitucional	105
5.5.1. Teoria do Abuso de Direito	106
6. PLASTICIDADE DO CONSTITUCIONALISMO SOCIAL E A REFORMA TRABALHISTA	111
6.1. Função Contemporânea do Direito do Trabalho	111
6.2. Função Social Reversa da propriedade: dimensão passiva	113
6.3. Disfuncionalidade do Contrato de Emprego: status infraconstitucional	115
6.3.1. Relativização do princípio da primazia da realidade	122
6.3.2. Redimensionamento da competência jurisdicional da Justiça do Trabalho	128
6.4. Segurança Jurídica	134
7. CONSIDERAÇÕES FINAIS	141
REFERÊNCIAS	146

1. INTRODUÇÃO

Após 4 (quatro) anos da promulgação da Lei nº 13.467/17, que trata da Reforma Trabalhista, discutimos pontos centrais relacionados a respeito da sedimentação da nova legislação social nas relações intersubjetivas de capital e trabalho, com novos caminhos delineados nos debates travados na doutrina e jurisprudência, no sentido do fortalecimento do movimento denominado de “Constitucionalismo Social”.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal não chancelou a expectativa inicial de inconstitucionalidade de um número expressivo de dispositivos legais decorrentes da Reforma Trabalhista, posição expressa por meio do teor dos enunciados aprovados na 2ª Jornada de Direito e Processo do Trabalho (outubro de 2017), promovida pela ANAMATRA, havendo uma diretriz clara ao fortalecimento da segurança jurídica com a revitalização do princípio da legalidade, pedra angular do sistema constitucional em vigor.

Pelos precedentes formados perante o Supremo Tribunal Federal do Trabalho em matéria trabalhista, nos anos de 2020 e 2021, identificamos um debate contemporâneo do princípio do não retrocesso social, em matéria trabalhista, pela perspectiva de uma nova realidade jurídica hábil a amparar a um só tempo o fato econômico superveniente e a segurança jurídica nas relações do trabalho, com reflexos no histórico de excessiva judicialização dos conflitos do trabalho no Brasil.

Tem-se construção de uma hermenêutica constitucional remodelada às novas relações sociais do trabalho, alinhada à tendência mundial que promove a sua crescente flexibilização, em consonância com a percepção dos países ricos reunidos na OCDE, com pretensões universalizantes, refletidos nos padrões decisórios do Supremo Tribunal Federal, seja por intermédio de ADI e ADC ajuizados em desfavor da Reforma Trabalhista.

Percebemos a conjunção de fatores econômicos e institucionais favoráveis, que reforçam inclusive o aprofundamento de uma agenda pró-mercado, após a alteração legislativa, pelo objeto de ADPF que atacam frontalmente as Súmulas do Tribunal Superior do Trabalho, não alteradas na Reforma de 2017, identificadas pelo setor produtivo como perdulárias, por criarem direitos e obrigações para além dos limites da lei, embasadas, tão somente, em princípios constitucionais.

Sob o argumento da ausência de reserva legal, há a inegável pretensão de reverter o ativismo judicial perante a justiça especializada do trabalho, sob a ameaça de incorporação de sua competência material pela Justiça Federal, por não haver espaço a mera extinção da jurisdição do trabalho estabelecida em texto constitucional.

Os precedentes do Supremo Tribunal Federal não vieram, como esperado, a desidratar os pontos mais controversos da Reforma Trabalhista, em interpretação conforme a constituição, firmou posição de maior liberdade a contratualidade da prestação de serviço, menor intervenção via dirigismo contratual, a favor do fortalecimento da segurança jurídica, que sempre encontrará seus próprios limites na lei.

Esta revitalização da segurança jurídica em matéria trabalhista, de efeitos vinculantes decorrentes da natureza jurídica das decisões tomadas pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de controle concentrado, ou tese de repercussão geral no controle difuso, reverte o forte ativismo judicial representado numericamente pelas Súmulas do Tribunal Superior do Trabalho, atuando aquele como Tribunal Plenipotenciário a desafiar os novos contornos do constitucionalismo social em matéria trabalhista, com interferência marcantes nas relações e condições de trabalho.

Reafirmando seus precedentes em reclamações dirigidas aos Supremo Tribunal Federal, mesmo nas ações que tenham por objeto questões probatórias que sobressaem ao movimento de uma uniformização de jurisprudência de cima para baixo, com a relativização parcial da jurisdição trabalhista estampada na competência constitucional do Tribunal Superior do Trabalho.

Neste cenário, reconhecendo que o resultado da jurisprudência não se converte em tese abstrata de efeitos *erga omnes*, que venha a reger com generalidade e impessoalidade toda a matéria objeto da apreciação judicial, mas uma resposta ao caso concreto colocado ao julgamento perante o Tribunal competente, ousamos, pela extensão da intervenção do Supremo Tribunal Federal, haver, em curso, uma revisão da teoria do constitucionalismo social, em matéria trabalhista, um processo de mutação constitucional não formal, que passa remodelar a teoria em bases principiológicas idênticas, mas com sentido e alcance distinto daquele intencionada no originalismo da Constituição Federal de 1988.

Haverá desdobramentos diretos no desenvolvimento e revisão da própria dogmática trabalhista.

Sabemos que a reforma da legislação trabalhista no Brasil, foi retomada no ano de 2017 em período de grande turbulência econômica e política no país, encontrando

“eco” no Congresso Nacional no sentido da promulgação do Projeto de Lei nº 6.787/16, por maioria legislativa ocasional, o que por si só seria objeto de análise em relação à contenção a ser realizada pelas diretrizes do próprio Constitucionalismo Social, especialmente pelo efeito concreto decorrente do princípio do não retrocesso social, ou ainda, princípio da norma mais favorável, obstando qualquer iniciativa legislativa de precarização das condições de trabalho no Brasil.

Forçoso reconhecer o efeito paradigmático da decisão tomada pelo Supremo Tribunal Federal, no ano de 2014, através do RE nº 590.415, de relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso, franqueando respaldo argumentativo, de um realismo jurídico, de um pragmatismo, explícito, a todas as alterações promocionais na legislação social do trabalho que atenda a uma agenda pró-mercado, revitalizando a legislação trabalhista sob a ótica de uma suposta modernização de regras anacrônicas desenhadas em ambiente paternalista criado a partir do Estado Novo de Getúlio Vargas.

Revertendo a crise da legalidade, imposta pelo gigantismo legislativo das Súmulas do Tribunal Superior do Trabalho editada ao longo dos últimos anos, os precedentes do Supremo Tribunal Federal, vinculantes, a toda a Justiça Especializada do Trabalho, permite a um só tempo a revitalização da segurança jurídica, com o arrefecimento do ativismo judicial trabalhista, mas sem abrir mão da missão constitucional conferida em sua atuação contramajoritária, uma nova proposta de harmonização dos postulados do art. 2º da Constituição Federal, aplicado ao Poder Judiciário, em todos os seus ramos, um dever de autocontenção a ser observado diante das opções sociais e econômicas que competem ao âmbito da política legislativa, com a tomada de decisão legítima, vez que representativa.

Em nossa ótica, uma reforma trabalhista consistente deve reafirmar os valores essenciais do *caput* do art. 170 da CF/88, preservando na ordem econômica as dimensões do capitalismo idealizado no contexto do Estado Social, percepções admitidas no sentido de que a ação interventiva do Estado na seara da livre iniciativa deve ir até o ponto de resguardar as condições mínimas de trabalho digno, motivo pelo qual a OIT tem dedicado sua atuação institucional na promoção do trabalho “decente”.

Pelo viés do moderno Direito Econômico, devemos abandonar por completo a visão obtusa de que um progresso social represente um obstáculo, um entrave, ao desenvolvimento econômico, logo, não devemos admitir o avanço deste sem o preço de anularmos o primeiro.

Estas são as diretrizes do modelo constitucional a ser preservado: “ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social...”, a justiça social representa matéria meritória da decisão legítima dos representantes eleitos, ainda, que a Corte Constitucional absorva o papel contramajoritário de preservação dos direitos fundamentais.

Com a finalidade de desvendar a reformulação da Teoria do Constitucionalismo Social, em matéria laboral, o que inegavelmente acarretará a reformulação de diversos postulados de Direito do Trabalho, a muito sedimentados em sua tradição jurídica clássica, tendo por fonte sua ampla doutrina e jurisprudência, estar-se-ia por revelar de um novo padrão decisório essencial a nova Teoria do Constitucionalismo Social, não mais pautada na garantia de melhores condições de trabalho, mas na preservação do emprego e da renda, com conteúdo político sintetizado na referência a justiça social do art. 170, *in fine*, da CF.

Em linhas gerais, como marco introdutório de uma investigação de hermenêutica constitucional devemos avaliar o nível de eficácia do princípio do não retrocesso social em matéria trabalhista, confrontando as prescrições principiológicas no texto constitucional, com a possibilidade de substituição por regras de efeito concreto.

Muito se discutiu sobre o papel do controle de convencionalidade no arrefecimento dos excessos normativos e regulatórios apresentados na Reforma Trabalhista, com a prevalência dos valores civilizatórios universalizantes professados pelas Convenções da OIT, mas com a perspectiva do aspecto prático de limitação do bloco de constitucionalidade, uma vez que sobressai nas relações de poder entre capital e trabalho a ideia da eficiência econômica, conteúdo operacional da livre iniciativa.

As iniciativas de ampliação da autonomia privada da vontade no contexto das relações do trabalho, pautado na estabilidade promovida pela constituição a um núcleo de regras de conteúdo trabalhista estaria a permitir uma reaproximação com o Direito Civil, por suposta disfuncionalidade do contrato de trabalho, dentro de realidades socioeconômicas que extrapolam os limites conceituais da subordinação, em todas as vertentes assumidas pela doutrina ao longo do anos, ainda que reformulada, seria uma conceito inábil para a absorção de uma prestação de serviço pujante, em um mercado heterogêneo, um modelo regulatório essencial, mas que admita a externalidade das excepcionalidade, por não haver um *status* constitucional da “relação de emprego”.

Haverá sempre o resguardo da proteção constitucional vinculada ao “Direito do Trabalho Mínimo”, representativo, do catálogo mínimo de direitos expressos no art. 7º da CF.

Seguimos o caminho da revitalização do princípio da legalidade, ressurgindo pela premência da segurança jurídica no campo econômico (estabilidade do passado, compreensão do presente e previsibilidade do futuro), com “eco” no Supremo Tribunal Federal, por meio do exercício de sua função hermenêutica primordial de guardião da integridade do texto constitucional, de efeitos vinculantes ao sistema e seus operadores, com uma nova teoria de Constitucionalismo Social que se afaste do originalismo constitucional.

O originalismo constitucional não se confunde com o textualismo de suas prescrições semânticas, que consiste na expressão do poder constituinte originário, na intenção daqueles que nos precederam, mas que de algum modo inflexível reverbera na promessa de regência dos vivos pelos mortos.

Estar-se-á, ainda, poder desvenda o padrão decisório, extraído da coerência interna da tomada de decisão de nossa Suprema Corte, que pela plasticidade do texto constitucional, não leve, necessariamente, a frente suas próprias preferências, mas que atua em prol de um processo evolutivo de readequação do direito a uma nova realidade socioeconômica circundante, desde que harmonize no processo a proteção das novas gerações diante das paixões do presente (*self-restraint*), com dever de autocontenção do Poder Judiciário quanto às matérias que excedam sua competência constitucional.

Pelo *living constitution* (mutação constitucional) há a oxigenação do sistema constitucional pela adaptação do modelo do constitucionalismo social a uma realidade econômica superveniente, com o comprometimento de realização da opção política do legislador, com ressalvas justificáveis pela preservação dos direitos fundamentais, para que desta conjugação possamos preservar, a um só tempo, o valor social do trabalho e a livre iniciativa.

O valor social do trabalho e a livre iniciativa convivem no mesmo *locus* constitucional, expressam o *ethos* constitucional revelado em sua textualidade: “a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social...”.

Os desafios podem ser sintetizados no voto do Gilmar Mendes proferido no RE nº 828.040, para quem:

É inevitável que, nesta realidade que eu acabo de descrever, o Direito do Trabalho passe em todos os países de economia aberta por transformações extensas e muito profundas. Não se trata – e eu queria deixar claro – de escolhas ideológicas ou de preferências filosóficas. Trata-se do curso da história. E é nesse ambiente que nós todos estamos aqui para pensar a melhor forma de harmonizar os interesses e as demandas empresariais com os direitos básicos dos trabalhadores. (BRASIL, STF, RE n.º 828.040, 2020).

Assim, nos aventuramos em desvendar os traços marcantes de uma Teoria do Constitucionalismo Social a partir da interpretação sistemática do Supremo Tribunal Federal extraída do texto da Constituição Federal de 1988, com reflexos imediatos na reformulação dogmática do direito do trabalho.

A argumentação jurídica da tese da plasticidade do constitucionalismo social em matéria trabalhista está fundamentada nas decisões do Supremo Tribunal Federal em controle de constitucionalidade da Reforma Trabalho, e revisão bibliográfica, com principais referências no Brasil em: Paulo Bonavides (2012), Gilmar Ferreira Mendes (1999), Luís Roberto Barroso (2015), Eros Roberto Grau (2013), Daniel Sarmento (2008), Amauri Mascaro Nascimento (2011), Luiz Carlos Amorim Robortella (1994); na América Latina: Américo Plá Rodríguez (2015); na Europa: J.J. Gomes Canotilho (1941), e nos Estados Unidos: Bruce Akerman (2019), Cass R. Sustein (2001), John Elster (2019) e David A. Strauss (2010).

Sob essa proposta, o presente trabalho está estruturado em 5 dimensões, quais sejam:

(i) reconhecer a plasticidade do constitucionalismo social ao conferir dinamicidade ao texto original por hermenêutica constitucional;

(ii) definir os limites da mutação constitucional dentro dos pilares clássicos do direito do trabalho, interpretação conforme a constituição que congregue os rearranjos infraconstitucionais revelados nas alterações legislativas paradigmáticas aprovadas no bojo da Reforma Trabalhista;

(iii) reposicionamento da jurisdição no dever de autocontenção do Poder Judiciário que preserve sistemicamente a segurança jurídica;

(iv) estruturar a plasticidade de um constitucionalismo social em matéria trabalhista em segurança jurídica fundamentada no redimensionar dos vetores constitucionais interpretativos do valor social do trabalho e da livre iniciativa;

(v) limitar as alterações jurisprudenciais por precedentes vinculantes, de forma, que a resposta ao julgamento dos casos concretos, e não como tese abstrata, venha a suprimir o valor constitucional insofismável da jurisdição trabalhista.

2. CONSTITUCIONALISMO SOCIAL

O movimento contemporâneo do constitucionalismo social representa a inserção das normas de proteção social no texto constitucional, como forma de franquear maior estabilidade ao sistema de proteção do trabalho, protegendo as conquistas sociais de maiorias ocasionais formadas no legislativo, com significativos impactos hermenêuticos na interpretação do ordenamento infraconstitucional.

Um primeiro ponto de análise, diz respeito à adjetivação “social”, segundo Eros Grau há:

A alusão, daquelas, a uma ordem econômica e social é creditada a um modismo no uso do adjetivo social, o mesmo que se manifesta na expressão questão social e vai repercutir nas escolhas das expressões Direito Social e Legislação Social. A Constituição de 1988, separando uma da outra – a ordem econômica da ordem social –, permanece a fazer concessão ao modismo. [...] De uma parte, a menção a uma ordem social (seja econômica ou tão somente social) como subconjunto de normas constitucionais poderia nos levar a indagar do caráter das demais normas constitucionais – não teriam elas, acaso, também caráter social? O fato é que toda a ordem jurídica é social, na medida em que voltada à ordenação social. (GRAU, 2012, p. 69).

Os direitos sociais representam os direitos fundamentais de 2ª dimensão, de conteúdo econômico e social, mas que sofrem dificuldades de efetividade por ausência de consenso político a uma agenda progressista de transformação social, havendo escassez de recursos orçamentários à manutenção ou expansão da, como também vem prevalecendo nas relações do trabalho a exigência de sua modernização, que acarrete uma maior eficiência econômica.

Haveria uma “pseudo” superioridade dos direitos de 1ª geração, liberdades públicas, de conteúdo político e civil, a expressar a liberdade do cidadão em relação verticalizada com o Estado, um direito negativo, enquanto o direito social, no aspecto previdenciário seria uma obrigação positiva.

Esta percepção foi detalhada por Fábio Zambitte Ibrahim pela perspectiva da sobreposição do modelo liberal, como entrave a eficácia dos direitos sociais:

[...] novas formas de vulnerar os direitos sociais, de forma consciente ou não, têm sido produzidas, como a teoria dos princípios. Como desenvolvido anteriormente, a aparente diferença estrutural entre direitos sociais, como princípios, e direitos de liberdade, como regras, com perdão da simplificação, acaba por trazer uma aparente superioridade eficaz do modelo liberal. (ZAMBITTE, 2011, p. 123).

O constitucionalismo social propõe o efeito de uma transformação social ainda por ser realizado.

2.1. CONSTITUCIONALISMO

O constitucionalismo na história contemporânea representa o marco da organização política, social e econômica do estado moderno, com raízes históricas na *Magna Charta* (1215) da Inglaterra, uma constituição não formal lastreada na tradição dos costumes, dos precedentes judiciais e estatutos, que compõe o *common law* desde que apresente conteúdo materialmente constitucional.

As regras de aquisição e exercício do poder constituído, com autoridade legitimadora no próprio texto constitucional, expressão do poder constituinte originário, a distribuição de competências, e preservação de um núcleo de liberdades públicas, aos indivíduos, pela garantia dos direitos individuais e coletivos, representam este conteúdo materialmente constitucional.

Karl Loewenstein (1973) destaca como traços do constitucionalismo contemporâneo a distribuição do poder, a vários atores independentes, que na expressão coletiva da vontade reproduzam o “querer” do Estado, exigindo o controle do exercício do poder político, submetendo a exigência existencial inalienável da liberdade e igualdade, ao estado de direito, e a supremacia da lei.

Sua materialização em documento escrito dar-se-á com a promulgação da Constituição dos Estados Unidos da América em 1787, com o acréscimo da carta de direitos “*Bill of Rights*” em 1791, tendo por eixo central fixar algumas balizas indispensáveis a efetiva expressão do constitucionalismo moderno, seja na dimensão da segurança jurídica alcançável pelo império da lei, limitando os poderes do Estado por intermédio das disposições legislativas do parlamento, e franqueando nas relações privadas segurança jurídica sintetizada no *rule of law*, o império da lei..

Em seu desenvolvimento histórico, o princípio do *rule of law* teve por objetivo a limitação do poder político do Monarca, que passava a submeter-se às mesmas regras de conduta aplicáveis aos seus súditos, e para o cientista político *Francis Fukuyama* (2014)¹, sua origem está da religião, as autoridades religiosas, em diversas

¹ Texto original: “The rule of law, understood as rules that are binding even on the most politically powerful actors in given society, has origin in religion. It is only religious authority that was capable of creating rules that warriors needed to respect. Religious institutions in many cultures were essentially legal bodies

culturas, eram responsáveis pela interpretação dos textos sagrados, introduzindo as sanções morais sobre toda a sociedade.

Dentre os traços do Constitucionalismo, ressaltamos a liberdade que reflete a proteção da propriedade privada como destacado por *Locke*, e a estrutura institucional inspirada nas lições de *Montesquieu*, indispensável diante do processo de aquisição e exercício do poder, um anteparo ao abuso de poder, a conduta autoritariamente praticada pelo detentor do poder, instituindo o *check and balances*, que tenha suporte o exercício de funções típicas e atípicas em cada um dos poderes do Estado.

Para um de seus *founder fathers*, *Madison*, em *The Federalist Papers* de nº 48², ter-se-á por seminal na construção constitucional a simetria entre cada um dos departamentos de governo, não havendo o sobrepeso de qualquer deles na regra de distribuição das funções estatais, reveladoras dos poderes constituídos, que na perspectiva do ideal da tripartição, serão mantidos em “mãos” distintas, evitando a tirania na elaboração, e na execução das leis³ sem que esta independência signifique condução desarmônica⁴, e possa contrariar os interesses relevantes da Nação.

Constituições, por vezes não consistem na resultante de movimentos revolucionários, mas, ao contrário, são movimentos contrarrevolucionários que pautados nas alterações dos valores sociais, econômicos e políticos, possa resultar na transição negociada do poder político, subsistindo às suas elites o poder econômico, com sua

responsible for interpreting a set of sacred texts and giving them moral sanction over the rest of society. [...] The rule of law was most deeply institutionalized in Western Europe due to the role of the Roman Catholic church. [...] The central event marking the autonomy of the church was investiture conflict that began in the eleventh century. This clash pitted the church against the Holy Roman Emperor, over the question of the latter's interference in religious matters. In the end, the church won the right to appoint its own priests and bishops, and emerged as the guardian of a revived Roman law based on the sixth-century *Corpus Juris Civilis* or Justinian Code. England developed an equally strong but different legal tradition: the Common Law emerged after Norman Conquest out of the law of the King's court”.

² Original: “Having stressed the need to maintain a separation between the judiciary and the other branches to avoid tyranny, Publius goes on to contend that an independent judiciary is ‘essential in a limited constitution’ - a constitution which, as he puts it, ‘contains . . . specified exceptions to legislative authority’. At this juncture, he sets forth his famous argument for judicial review. The Constitution, he insists, must be viewed as fundamental law, the embodiment of the constituent will of the people. Any legislative act contrary to a provision of this fundamental law, in his view, must be regarded as “void.”

“To deny” this conclusion, he contends, ‘would be to affirm, that the deputy is greater than his principal: that the servant is above his master; that the representatives of the people are superior to the people themselves. Because ‘The interpretation of the laws is the proper and peculiar province of the courts’”.

³ Original: The reasons on which Montesquieu grounds his maxim, are a further demonstration of his meaning. ‘When the legislative and executive powers are united in the same person or body’, says he, ‘there can be no liberty, because apprehensions may arise lest the same monarch or senate should enact tyrannical laws, to execute them in a tyrannical manner’”.

⁴ Original: “That the legislative, executive, and judiciary powers, ought to be kept as separate from, and independent of each other, as the nature of a free government will admit; or as is consistent with that chain of connexion, that binds the whole fabric of the constitution in one indissoluble bond of unity and amity.”

impermeabilidade aos movimentos democráticos.

A proteção das elites econômicas dar-se-á pela positivação constitucional das normas fundamentais, que tenham a liberdade e propriedade privada em sua essência, proteção a ser perpetuada pela hermenêutica constitucional a cargo dos Tribunais Constitucionais, preservando, por vezes, privilégios, e não avançando em uma pauta progressista.

Assim, o direito revela-se um instrumento de dominação de poder, e não de transformação social.

Adentrando no conceito de liberdade haveremos de destacar uma contradição, ao menos aparente, entre a democracia e o império da lei.

As experiências inglesas indicam que a vontade do povo deva corresponder ao império da lei, especialmente, pelo fato de não haver uma constituição escrita, e na sua tradição jurídica, haveria a preponderância do sentido de soberania expresso por intermédio das decisões políticas tomadas pelo parlamento, havendo uma limitação da interferência do Poder Judiciário nas questões de mérito atinentes à política legislativa, visto com parcimônia o *Judicial Review* nos moldes americanos.

Segundo o *Paper* n° 78⁵, a base histórica e cultural do constitucionalismo moderno, pela diretriz do *Judicial Review*, está assentada na fricção institucional estabelecida entre o Judiciário e os demais Poderes, na análise do exercício das atribuições funcionais de cada um dos poderes, conferindo “paridade de armas” pela supremacia do texto constitucional, com exercício de função contramajoritária hábil a contrariar os direitos da maioria, para democraticamente, resguardar direitos fundamentais de uma minoria.

Ao evitar a tirania no exercício da competência do poder jurisdicional, ter-se-á o exercício de uma prerrogativa constitucional indispensável à reestabelecer o equilíbrio congregado ao entorno dos valores professados no texto da constituição, para que a renovação da vontade popular, não subverta, converta, ou ainda, escravize os valores animados em pacto constitucional estável, sob pena de termos na prática política a

⁵ Original: “Having stressed the need to maintain a separation between the judiciary and the other branches to avoid tyranny, Publius goes on to contend that an independent judiciary is “essential in a limited constitution”—a constitution which, as he puts it, “contains . . . specified exceptions to legislative authority.” At this juncture, he sets forth his famous argument for judicial review. The Constitution, he insists, must be viewed as fundamental law, the embodiment of the constituent will of the people. Any legislative act contrary to a provision of this fundamental law, in his view, must be regarded as “void.” “To deny” this conclusion, he contends, “would be to affirm, that the deputy is greater than his principal: that the servant is above his master; that the representatives of the people are superior to the people themselves.” Because “The interpretation of the laws is the proper and peculiar province of the courts”.

sobreposição da vontade dos representantes por seus representados.

A preservação dos postulados constitucionais pode revelar em certa medida uma medida conservadora, eis que o temor da submissão da classe dominante pela democracia acaba por fortalecer o próprio império da lei, mesmo que não haja dúvidas, quanto ao fato de que a experiência democrática seja a melhor garantia, com um governo limitado no seu agir pelo império da lei.

Há uma relação cambiante entre a democracia e a lei, no sistema de legalidade forjado no século XIX, uma inegável expressão de um poder positivo (fraqueado às instituições constitucionais para realização dos seus fins), conferido a instituições democráticas, que por sua vez, possam controlar o Estado pelo viés da imposição de um poder que lhe seja negativo, uma não agir para defesa intransigente das liberdades públicas que propicie um controle aos excessos do próprio Estado.

Persegue-se um flagrante equilíbrio na distribuição de competências, com oscilação na preponderância de atuação ao longo do tempo, sempre que o vácuo de representatividade, ou legitimidade, possa ser ocupado por um ou outro poder diante do “jogo de forças políticas”.

Em certa perspectiva o poder do legislador vai além do mandatário executivo, por revelar um sistema de leis estáveis, um poder que lhe inflija uma abdicação proporcional, no sentido de que para o exercício de suas funções não represente excesso, e ao mesmo tempo, uma ameaça da essência de seu próprio poder.

Para John Elster (2000)⁶, o Estado moderno pode ser uma ameaça à própria sociedade, o império da lei que torna previsível as relações jurídicas, as torna igualmente engessadas, e a segurança jurídica revelada pela previsibilidade na solução dos conflitos intersubjetivos, de tempos em tempos, pode, e deve, ser revista fundamentalmente por uma sociedade moderna de rápidas transformações.

A segurança jurídica deve ser analisada como um valor constitucional intransigível.

2.2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS

⁶ Texto original: “El Estado moderno se organizó para servir la sociedad, pero llegó a ser una amenaza para esa misma sociedad. La democracia se introdujo para apoyar el imperio da legalidad, pero también socavó ese mismo imperio. Las leyes fijas de Rechtsstaat se establecieron para hacerlas más predecibles, pero también ataron la sociedad a las consecuencias imprevistas y lamentables de las mismas leyes. Se reintrodujo más poder actual para hacer que funcionara mejor la democracia, pero también tuvo algunos efectos destructivos sobre la misma democracia”.

A constituição do império de 1824 absorve os postulados filosóficos da revolução Francesa (1789), representados pelos ideais de “*liberdade, igualdade e fraternidade*”, assegurando a ampla liberdade do trabalho (art. 179, XXIV) com a abolição das Corporações de Ofício (XXV), fazendo apenas a ressalva quanto à igualdade meramente formal, esta, no transcurso da história permitiu a promoção, na seara do direito do trabalho, de diversas situações de opressão.

A desigualdade econômica dos seus sujeitos do contrato de trabalho exige a intervenção do Estado, fomentando a proteção efetiva por intermédio de condições de trabalho previstas em normas de ordem pública.

Trata-se de um processo meramente formal de constitucionalização no Brasil, uma expressão do anticolonialismo que tinha por mote principal o movimento de independência perante Portugal, o que vai além do movimento constitucional burguês em solo Europeu quanto ao remédio a ser ministrado diante do “absolutismo”.

Havia naturalmente a assunção de um posicionamento liberal, um compromisso nos moldes franceses com a “declaração de direitos individuais”, mas com efeitos práticos restritos, ante a inexistência de articulação institucional minimamente eficiente que venha ameaçar a estrutura oligárquica aqui instalada, e enraizada na própria evolução cultural do País.

Marcelo Neves (2018) identifica a existência de um constitucionalismo meramente aparente, sintetizado pela ideia de um estado burguês de direito, que expressa normas de conteúdo liberal de caráter meramente nominalista, de conformidade com a situação socioeconômica subjacente, um texto autoritário que satisfatoriamente fora utilizado para a manutenção do *status quo*.

Na transição do período colonialista não houve alterações significativas com a promulgação da primeira Constituição da República em 1891, no mesmo sentido da constituição anterior, manteve a liberdade do exercício de qualquer profissão, (art. 72, § 24), e o direito de associação (art. 72, § 8º).

Na história constitucional moderna, a propriedade privada sempre remanesce como um direito fundamental, que nos termos do próprio texto constitucional deve ser resguardado em toda a sua “plenitude”, uma ênfase que traz a carga simbólica de uma hermenêutica liberal.

A Constituição Federal de 1.934, promulgada por Assembleia Nacional Constituinte, teve a missão de conciliar filosofias intrinsecamente antagônicas, como a

socialdemocracia revelada pela Constituição de *Weimar* (1919) e a liberal-individualista com raízes na Constituição Americana (1791), justificativa de sua vida efêmera.

Os direitos sociais dos operários estiveram ligados à evolução do Constitucionalismo, da forma como destacado por Dalmo de Abreu Dallari:

“durante a I Guerra Mundial a situação dos operários se agravou no mundo todo. Na Rússia criaram-se condições para a formação do primeiro Estado socialista, e nos demais Estados a estabilidade social começou a ser buscada através de medidas socializantes. Logo depois da guerra, aprova-se na Alemanha a Constituição de *Weimar*, dando grande ênfase à questão operária, o que seria imitado por outras Constituições. E foram ainda as grandes dificuldades enfrentadas pelas massas proletárias que determinaram, na Alemanha, a ascensão do partido nazista, e nos Estados Unidos, tradicionais e intransigentes defensores da livre empresa, a implantação do Estado intervencionista”. (DALLARI, 2013, p. 274).

No campo social, a inovação decorre do fato do texto constitucional inaugurar a previsão de um catálogo mínimo de direitos sociais no art. 121, a primeira Constituição brasileira a intervir na ordem econômica e social, mas sempre destacando o “tom” conciliador entre a proteção social e o desenvolvimento econômico: “lei promoverá o amparo da produção e estabelecerá as condições do trabalho, na cidade e nos campos, tendo em vista a proteção social do trabalhador e os interesses econômicos do País”.

Destacamos a simbiose existente entre o direito econômico e os direitos sociais, segundo José Afonso da Silva:

O direito econômico tem uma dimensão institucional, enquanto os direitos sociais constituem formas de tutela pessoal. O direito econômico é o direito da realização de determinada política econômica, ou, segundo Geraldo Vidigal “é a disciplina jurídica de atividades desenvolvidas nos mercados, visando a organizá-los sob inspiração dominante do interesse social”. Os direitos sociais disciplinam situações subjetivas pessoais ou grupais de caráter concreto. Em certo sentido, pode-se admitir que os direitos econômicos constituirão pressupostos da existência dos direitos sociais, pois, sem uma política econômica orientada para a intervenção e participação estatal na economia, não se comporão as premissas necessárias ao surgimento de um regime democrático de conteúdo tutelar dos fracos e mais numerosos. (AFONSO DA SILVA, 2014, p. 288).

Para Paulo Bonavides o novo paradigma constitucional pode ser representado da seguinte forma:

Com a Constituição de 1934 chega-se à fase que mais perto nos interessa, porquanto nela se insere a penetração de uma nova corrente de princípios, até então ignorados do direito constitucional positivo vigente no País. Estes princípios consagravam um pensamento diferente em matéria de direitos fundamentais da pessoa humana, a

saber, faziam ressaltar o aspecto social, sem dúvida grandemente descurado pelas Constituições precedentes. O social aí assinalava a presença e a influência do modelo de *Weimar* numa variação substancial de orientação e de rumos para o constitucionalismo brasileiro. (BONAVIDES, 2011, p. 378)

O traço marcante da Constituição de 1934 resta incrustado na história do constitucionalismo brasileiro, por ser uma técnica repetida nas constituições subsequentes, inaugurando o viés do “Constitucionalismo Social” na experiência constitucional pátria.

A Carta Constitucional de 1937 represente um estímulo ao avanço crescente da legislação trabalhista, com inspiração na ditadura de Mussolini, na Itália, com a tônica nas leis de tutela do trabalho, uma etapa representativa do crescimento numérico das leis trabalhistas.

Mozart Victor Russomano reconhece a influência da Carta Constitucional para o desenvolvimento do Direito do Trabalho:

A Carta de 37 foi um estímulo ao avanço da legislação, porque os regimes nazifascistas, especialmente a ditadura de Mussolini na Itália, punham sua tônica sobre as leis de proteção do trabalho. Iniciou-se, por isso, uma etapa de euforia no crescimento numérico e qualitativo das leis trabalhistas brasileiras, inclusive com o intuito político de seduzir e aliciar as grandes massas operárias em torno do poder constituído. (RUSSOMANO, 1997, p. 19).

O texto constitucional outorgado por Getúlio Vargas, com o apoio das Forças Armadas, denotava nítidos traços autoritários, sendo acentuada a intervenção, deliberada, do Estado no domínio econômico, uma vez que o art. 135 franqueava ao Estado a prerrogativa de: “coordenar os fatores de produção de maneira a evitar ou resolver os seus conflitos e introduzir, no jogo das competições individuais, o pensamento dos interesses da nação, representado pelo Estado”.

A Constituição Federal de 1946 animada pelo sopro democrático que decorre da vitória dos aliados na 2ª Grande Guerra Mundial (1939-1945), de duração efêmera, promove uma reviravolta democrática na condução do Estado, representada na disposição textual de seu art. 145: “a economia deve ser organizada conforme os princípios de justiça social, conciliando a liberdade de iniciativa com a valorização do trabalho humano”.

Há pela primeira vez no histórico das constituições brasileiras a referência textual à “valorização do trabalho”, pois a livre iniciativa independe da ação transformativa do Estado, o poder econômico é poder de fato, remanescendo apenas o

dever regulamentar do Estado na ordem econômica, e exigência interventiva na ordem social, para a realização da igualdade material.

Eros Grau (2014) ressalta que o texto final do art. 170, *caput*, da CF foi alterado durante a constituinte, com efeitos próprios a hermenêutica constitucional, uma vez que topograficamente a “*valorização do trabalho*” antecede a livre iniciativa, com evidência a carga simbólica desta precedência intencional, além é claro da circunstância relativa à valorização, que não recai a ambos os conceitos constitucionais, mas apenas ao trabalho.

Ter-se-á pela inexorável força do mercado, pelo absolutismo do poder econômico, que a dimensão de livre iniciativa não deve ser tomada como expressão individualista, mas expressando o “*socialmente valioso*”.

Assim como a constituição anterior, a Constituição Federal de 1946 uma indisfarçável ressonância da Constituição de *Weimar*, em textos brasileiros, mesmo que na forma de normas programáticas, que ressentem de efetividade prática:

Mas esse Estado, em razão de abalos ideológicos e pressões não menos graves de interesses contraditórios ou hostis, conducentes a enfraquecer a eficácia e a juridicidade dos direitos sociais na esfera objetiva das concretizações, tem permanecido na maior parte de seus postulados constitucionais uma simples utopia. Não se deve porém diminuir a importância que ele já assumiu como força impulsora de modernização, trazendo às instituições um sopro claramente renovador. (BONAVIDES, 2011, p. 381).

Promulgada a Constituição Federal de 1967, e Emenda Constitucional nº 1/69 no contexto político do golpe militar de 1964, com forte carga autoritária, durante o Governo do General Costa e Silva fora baixado o Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968, representando o instrumento normativo mais autoritário da história política do Brasil, uma vez que seu art. 2º enunciava o próprio fechamento do Congresso Nacional.

De qualquer forma represente esta parte da história uma fase de transição à Constituição de 1988 denominada de “*Nova República*”, com suas balizas sintetizadas por José Afonso da Silva:

A Nova República pressupõe uma fase de transição, com início a 15 de março de 1985, na qual serão feitas, “com prudência e moderação”, as mudanças necessárias: na legislação opressiva, nas formas falsas de representação e na estrutura federal, fase que “se definirá pela eliminação dos resíduos autoritários”, e o que é mais importante “pelo início, decidido e corajoso, das transformações de cunho social, administrativo, econômico e político que requer a sociedade brasileira”. E, assim, finalmente, a Nova República “será iluminada pelo futuro

Poder Constituinte, que, eleito em 1986, substituirá as malogradas instituições atuais por uma Constituição que situe o Brasil no seu tempo, prepare o Estado e a Nação para os dias de amanhã”. (AFONSO DA SILVA, 2014, p. 90).

Inegavelmente a Constituição Federal de 1988, de conformação humanista, inaugura uma nova fase do constitucionalismo social no Brasil, e Luís Eduardo Shoueri traz em destaque as normas constitucionais indutoras de uma transformação social que passa a estar potencializada a partir do texto da Constituição Federal de 1988, pois o nosso legislador constitucional:

[...] não é neutro. Seguindo a tendência acima, o constituinte brasileiro revelou-se inconformado com a ordem econômica e social que encontrara, e numerando uma série de valores sobre os quais deveria firmar o Estado, o qual, ao mesmo tempo, se dotar de ferramentas hábeis a concretizar a ordem desejada, no lugar de ter um ordenamento dado, que deve ser apenas mantido ou adaptado, o legislador preconizou por uma realidade social nova, ainda inexistente, cuja realização e concretização, por meio de medidas legais, passa a ser interesse público. (SHOUERI, 2005, p.43).

Neste cenário novo identificamos o florescimento e, reafirmação, do constitucionalismo social.

2.3. TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Diante dos novos desafios, o intérprete deve valer-se da técnica da ponderação dos valores constitucionais tratado por Robert Alexy (2014), sendo que a utilização do juízo de ponderação dar-se-á diante da colisão de princípios constitucionais, com solução na dimensão peso, e não na dimensão validade, não há a declaração de invalidade, algum dos princípios deverá ceder em relação ao outro, por sua própria precedência, a resposta normativa dos princípios revela apenas o preterimento de qualquer deles no momento de sua aplicação.

Tal situação, normatização por princípios, restringir-se-á a regulação de um caso concreto de complexa solução, não captada nos estreitos limites da normatividade da lei,

Neste contexto, e diante da guinada do Código de Processo Civil de 2015 na preservação dos direitos fundamentais, como inegáveis impactos na hermenêutica, o art. 8º do CPC autoriza o Juiz, na aplicação da lei, permitir sua adequação de modo a atender aos:

“[...] fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.”.

Há o reconhecimento explícito da razoabilidade como categoria jurídica positivada, e respeito da proposição de novas categorias jurídicas, Paulo Bonavides (2011), traz em destaque o conteúdo jurídico alcançado pelo princípio da razoabilidade na perspectiva contemporânea da teoria do Direito Constitucional, um ineludível princípio que se move no sentido de: “compatibilizar a consideração das realidades não captadas pelo formalismo jurídico, ou por este marginalizadas”.

Com escólio nas críticas balizadas da doutrina, não podemos deixar de lado o fato de que a aplicação do princípio da proporcionalidade pode ser arbitrária na medida em que venha inviabilizar o seu controle, a fundamentação jurídica que lhe tenha por base pode representar um artifício retórico, um argumento formal vazio, capaz de camuflar, por assim dizer, as opções pessoais e subjetivas do julgador, sem qualquer lastro, ou ponto de referência, nos aspectos objetivos da normatização, que afaste possíveis opções irracionais do Juiz.

Como contraponto, Américo Plá Rodriguez (2015, p. 400) destaca que: “justamente esta falta de conteúdo concreto, ao mesmo tempo que lhe dá uma grande dose de imprecisão, assegura e promove sua fecundidade”, reconhecendo a possibilidade de aplicação do princípio da razoabilidade no âmbito do Direito do Trabalho.

Certamente, o princípio da razoabilidade ganha mais força com a alteração paradigmática proporcionada pela Reforma Trabalhista no sentido da ampliação do diálogo social, na reformulação do princípio da autonomia coletiva da vontade, consagrado no art. 7º, inciso XXVI, da CF, devolvendo ao espaço privado o *locus* adequado à formulação da norma jurídica do trabalho.

Para Américo Plá Rodriguez (2015, p. 393) a: “pertinência de um princípio desta natureza parece resultar mais necessária naquelas áreas onde a índole das praxes normativas deixa amplo campo para a decisão individual”, ou seja, aplicável a área do comportamento na qual a normatividade não pode prever limites muito rígidos, pela inviabilidade prática de circunscrever uma infinidade de condutas possíveis, capazes de captar a realidade cambiante presente na relação de poder estabelecida entre capital e trabalho, e permeada pela constante mutação das condições econômicas que lhe são subjacentes.

No tocante a aplicação prática da razoabilidade, chamamos a atenção para o princípio da proporcionalidade sintetizado na ideia do “*sacrifício do mínimo para a preservação do máximo*”, como fundamento axiológico que integra a moderna concepção da teoria do abuso de direito, e estar-se-á por congrega a legitimidade de execução de posições jurídicas autorizadas do direito em atuar no espectro da autonomia privada da vontade, rechaçando o excesso, pelo arbítrio, como exercício meramente abusivo de um direito subjetivo.

Essa abusividade rompe com o elo de legitimidade estabelecido na própria proposição intencional da norma, de se alcançar o fim econômico e social intencionado pelo legislador, elementos de justificação da existência formal que devem ser captados na materialidade do exercício do direito, em contraposição ao formalismo jurídico de índole individualista dos códigos oitocentistas.

Na Alemanha, neste campo, houve o desenvolvimento do princípio da proporcionalidade ao representar a limitação da discricionariedade da Administração Pública, dentro do espectro do juízo de conveniência e oportunidade, exercido de modo a aferir e promover a “*adequação*” do ato praticado, pela “*necessidade*” ineludível da intervenção que se busca promover, importando para este fim apenas a “*averiguação da adequação dos meios empregados para a consecução dos fins pretendidos*”, sendo a proporcionalidade representativa da aplicação do binômio necessidade-adequação.

Ao tratar do princípio da razoabilidade Luís Roberto Barroso (2015) destaca suas raízes históricas na *law of the land* inscrita na *Magna Carta* de 1215, um antecedente do próprio movimento constitucionalista, extraído do princípio do *due process of law*, em sua primeira fase restrito ao campo processual (*procedural due process*), que por vezes poderia ser confundido com as garantias processuais do contraditório e ampla defesa, para, no segundo momento, permitir sobressair o alcance substantivo (*substantive due process*), um conteúdo que possa permitir ao Poder Judiciário intervir nos atos discricionários do Poder Executivo para exercer um controle voltado ao conteúdo do mérito, preservando a “*compatibilidade entre o meio empregado pelo legislador e os fins visados*”, com a ponderação dos bens jurídicos em disputa.

Pelo avação do “ativismo judicial” por intermédio das teses pós-positivistas, em especial, no julgamento da ADIN nº 6363 vislucramos a ascendência de um dever de autocontenção do Poder Judiciário nas questões de mérito, sob pena da inviabilização das políticas públicas, pela uma *expertise* própria ao administrador com competência constitucional para sua formulação como reconhecido no voto do Ministro Luiz Fux.

Ainda quanto ao julgamento da ADIN nº 6363, a previsibilidade e segurança jurídica não passa ao largo do voto proferido pelo Ministro Luis Roberto Barroso, traduzidos no dever de “autocontenção”, mas por vezes algumas das diretrizes apontadas colocam em “marcha” uma verdadeira revolução constitucional a margem das opções valorativas do próprio constituinte, nos afastando da questão estável do originalismo, e aproximando também de um “decisionismo”, de uma “República de Juizes”, alguns dos argumentos contrários ao “ativismo judicial”, que supostamente se pretende redimensionar dentro dos padrões de independência e harmonia dos poderes reconhecidos no art. 2º da CF.

Desta forma, a adoção de uma agenda liberal pró-mercado sob a justificção da excessiva judicialização dos conflitos sociais do trabalho no Brasil⁷, primando pela preservação da segurança jurídica, bem como a previsibilidade indispensáveis ao mercado de bens e serviços, dentro da diretriz da promoção de maior eficiência econômica, o Supremo Tribunal Federal promove pela sua renovada jurisprudência em matéria trabalhista um esvaziamento da jurisdição especializada do trabalho, direcionada a preservação dos direitos humanos de 2ª dimensão.

Teses vinculantes decorrentes da competência constitucional que lhe seja própria de dar a “última palavra na interpretação do texto constitucional” (art. 102, inciso III, alínea “a” c/c § 2º da CF), atuando amplamente no sentido da constitucionalização dos conflitos infraconstitucionais para afiançamento do mercado, minimizando o princípio da primazia da realidade no papel de um *distinguish* obstado por reclamações feitas ao STF, suplantando a dicotomia “relação de emprego” e “relação de trabalho”,

⁷ Com a promulgação da Lei nº 13.467/17 (Reforma Trabalhista), foi possível reconhecer como um dos eixos temáticos, em matéria processual, a superação do conceito da “*litigância sem risco*”, com a exclusão da presunção de hipossuficiência do trabalhador, para permitir a condenação do reclamante em honorários advocatícios a serem pagos ao advogado da parte contrária na medida de sua sucumbência (art. 791-A, § 4º, da CLT), bem como a possibilidade de responder, também na hipótese de sucumbência, pelos honorários periciais devidos nas ações que tenham por objeto a insalubridade, periculosidade ou discussão a respeito das repercussões do acidente laboral (Art. 790-B da CLT), regras de constitucionalidade duvidosa diante da restrição infraconstitucional do direito fundamental ligado a “assistência jurídica integral” expressão de inegável amplitude, como previsto no art. 5º, LXXIV, da CF; dentre as ondas renovatórias do processo, a justiça gratuita foi vista como instrumento hábil para a garantia efetiva do amplo acesso ao Poder Judiciário, com a superação da hipossuficiência econômica do trabalhador para a promoção da demanda trabalhista, ou ainda, um obstáculo ao princípio do livre acesso ao poder judiciário (art. 5º, XXXV, da CF). Desta forma, no julgamento da ADI nº 5.766, relatada pelo Ministro Luís Roberto Barroso, fazemos um destaque para o voto do Ministro Edson Fachin, vejamos: “A proteção constitucional ao acesso à Justiça e à gratuidade dos serviços judiciários também encontra guarida na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, especialmente da Segunda Turma, que associa tais garantias ao direito de ter direitos, reafirmando que restrições indevidas a estas garantias institucionais podem converter as liberdades e demais direitos fundamentais por elas protegidos em proclamações inúteis e promessas vãs” [...] “Não se pode deixar de ressaltar que a gratuidade da Justiça apresenta-se como um pressuposto para o exercício do direito fundamental ao acesso à Justiça”.

para que contornando a amplitude material da EC nº 45/04 (nova redação do art. 114, inciso I, da CF), pelo conceito de “relação comercial”, delgue os conflitos sociais aos ramos do Poder Judiciário mais afeitos a segurança e estabilidade própria a autonomia privada⁸.

2.4. EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A efetividade das normas fundamentais no campo do Direito do Trabalho decorre do reconhecimento da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, Daniel Sarmiento (2008) reconhece a efetividade das normas fundamentais do texto constitucional no plano das relações privadas, compatibilizando a autonomia da vontade, inerente a livre iniciativa, com as exigências do desenvolvimento econômico e social sustentável, eixo central da ordem econômica inaugurada com o art. 170, *caput*, da CF, que mescla a livre atuação dos agentes privados com a harmonização necessária à valorização do trabalho, com garantias a uma efetiva justiça social.

Por consequência, a proposição teórica da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, ganha destaque a partir de uma sociedade consumo, na qual a opressão pode vir além do Estado, em uma relação meramente vertical com seus súditos, mas por uma multiplicidade de atores privados.

O próprio Daniel Sarmiento (2009) rechaça a solução simplista de transplantar o particular para a posição de sujeito passivo dos direitos fundamentais, equiparando o seu regime jurídico ao dos Poderes Públicos, pois o indivíduo, diversamente do Estado, também é titular de direitos fundamentais, e está investido pela própria Constituição em um poder de autodeterminação dos seus interesses privados.

Nesse ponto, trazemos novamente as lições de Eros Grau (2014) que ressalta um aspecto semântico de muita relevância para a hermenêutica constitucional, uma vez que o constituinte não utiliza de palavras vazias em seu significado técnico-jurídico, e que o texto final do art. 170, *caput*, da CF foi alterado durante a constituinte, com efeitos próprios a hermenêutica constitucional mencionada, uma vez que topograficamente a

⁸ Observar tese vinculante aprovada no âmbito da ADC nº 48, que transfere a competência da análise dos contratos de representação comercial para a Justiça Comum, contornando a diretriz do legislador constituinte reformador com a EC nº 45/04, que amplia a competência material da Justiça do Trabalho para tratar das relações do trabalho em sentido “lato” (art. 114, inciso I, da CF), segundo a tese: “Preenchidos os requisitos dispostos na Lei 4.886/65, compete à Justiça Comum o julgamento de processos envolvendo relação jurídica entre representante e representada comerciais, uma vez que não há relação de trabalho entre as partes”.

“valorização do trabalho” antecede a livre iniciativa, com evidência a carga simbólica desta precedência intencional, além é claro da circunstância relativa à valorização, que não recai a ambos os conceitos constitucionais, mas apenas ao trabalho.

Ter-se-á pela inexorável força do mercado, pelo absolutismo do poder econômico, que a dimensão de livre iniciativa não deve ser tomada como expressão individualista, mas nas palavras do autor, expressa sim o “socialmente valioso”.

A aceitação da tese da eficácia imediata dos direitos fundamentais no âmbito das relações privadas não está isenta de riscos, para Arion Sayão Romita (2013) a *publicização* excessiva do direito privado, no aspecto regulamentar ditado pela vertente do dirigismo contratual, coloca em risco a legitimidade da própria ordem jurídica privada, citando J. J. Gomes Canotilho destaca a colonização dos direitos privados pela hipertrofia irradiante dos direitos fundamentais, comprometendo a unidade da ordem jurídica, e em particular a autonomia da ordem jurídico-privada, com o arrefecimento do espaço de autorregulação que lhe é inerente e vital.

Diante dos desafios hermenêuticos impostos pela Reforma Trabalhista, com uma inegável guinada no sentido do fortalecimento do princípio da legalidade, fundamento da livre iniciativa lastreada na autonomia da vontade e autodeterminação dos agentes econômicos, indispensável à manutenção da segurança jurídica, com os demais valores constitucionais, que fundamentou o movimento pós-positivista, também, sensível a seara *justrabalhista*, e proporcionou uma jurisprudência “perdulária” do TST, nas palavras dos arautos da modernização do Direito do Trabalho, devendo prevalecer um juízo de ponderação dos valores constitucionais, na interpretação do texto infralegal, inclusive com recurso a técnica da interpretação conforme a Constituição.

No âmbito privado o valor “liberdade” não pode ser reduzido a sinônimo de propriedade privada, a autodeterminação própria da existência envolve opções religiosas, de gênero, etc, de guiar-se de acordo com suas escolhas, mas não de forma absoluta, não podendo violar direitos de terceiros, mas ainda que fiel a tradição liberal um traço dos direitos fundamentais no âmbito dos direitos econômicos e sociais, pois sem a existência de um “mínimo existencial” não haverá condições mínimas na realidade do “ser” que permitam o pleno exercício da “liberdade”, são condições iniciais de liberdade.

A autonomia privada não é um valor constitucional absoluto, do contrário não seria constitucional qualquer lei que tivesse por conteúdo a intenção de determinar, ou mesmo proibir, qualquer ação humana.

Desta forma, a extensão dos direitos fundamentais às relações privadas seria indispensável em uma sociedade desigual, onde a opressão não vem apenas do Estado mas de uma multiplicidade de atores privados.

Daniel Sarmento, citando Juan Maria Ubilos⁹ que na fricção entre os direitos fundamentais e a salvaguarda da autonomia privada, da autodeterminação dos agentes econômicos no tráfico jurídico, passa a ser necessário que a:

“[...] a forma de incidência destes direitos não podem ser iguais para os particulares e os poderes públicos”, havendo algumas ressalvas quando o ente privado exerce atribuições públicas (aplicação da *public function theory*), e dentre os direitos sociais, por uma questão de titularidade e imputação, há que se fazer a distinção entre direitos trabalhistas e não trabalhista, embora inegável a relativização constitucional do direito de propriedade pela proibição de condutas antissindicais”. (SARMENTO, 2010, p. 31)

O debate teve início na Alemanha após o advento da Lei Fundamental de Bonn, discutindo os limites de penetração dos direitos fundamentais nas relações privadas, uma vez que os direitos humanos devem ser compatibilizados com a segurança e previsibilidade inerentes ao mencionado tráfico jurídico, no sistema estadunidense a teoria não é aceita para que o Direito Privado não perdesse sua identidade na absorção pelo Direito Constitucional.

Para o Direito Constitucional Americano, ao contrário, a tese do “ativismo judicial” seria conferido um poder exagerado aos Juízes, mas, ao mesmo tempo, e contrapartida, ao abandonarmos a hermenêutica Constitucional, em sua essencial função contramajoritária, estar-se-ia por rebaixá-la a uma mera ordem de valores, um risco que afeta a segurança jurídica.

O *Bill of Rights* da Carta estadunidense, impõe limitações ao Poder Público, sem a extensão às relações particulares, com exceção da proibição da escravidão pela 13ª Emenda.

No âmbito das relações privadas trabalhistas não há como afastar a aplicação imediata da teoria dos direitos fundamentais entre particulares, para Rodolfo Pamplona Filho (2014) os direitos fundamentais de autodeterminação do empregador em relações horizontais, cujos direitos fundamentais a favor do trabalhador poderiam vulnerar o autônoma privada, não se justificam, não apenas por não ser um direito absoluto, submetido a ponderação com demais direitos fundamentais, mas, também, por não estar

⁹ Autor de um estudo seminal sobre a temática: “*La Eficacia de los Derechos Fundamentales frente a Particulares*”.

inseridos em relações jurídica simétricas que por esta razão excluiriam a possibilidade da aplicação horizontal dos direitos fundamentais nas relações privadas.

Há de destacar a assimetria contratual pela posição de vulnerabilidade do empregador, com aplicação dos direitos fundamentais de forma razoável e proporcional, desde que presentes o binômio necessidade-adequação, uma vez que empregador ao congrega a articulação dos fatores de produção (atividade econômica organizada - art. 966 do CC - Teoria da Empresa) passa nas palavras do autor:

Os sujeitos da relação trabalhista estabelecem uma relação juridicamente igual, mas faticamente desigual, pois o empregador detém poder econômico. Este pode ser traduzido em poder social que advém de uma supremacia capaz de interferir na autodeterminação do empregado, tanto no momento de contratar, como durante a prestação do trabalho. (PAMPLONA FILHO, 2014, p. 102).

Discussões, estas, que não deve se furtar ao campo da ponderação de valores, da razoabilidade e proporcionalidade, para a preservação da dignidade da pessoa humana como valor central a subjugar a própria livre iniciativa.

2.5. CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO DO TRABALHO

De todo modo à inserção das normas de direito do trabalho na Constituição Federal de 1934, repetida nas demais constituições subsequentes, e com uma inegável ampliação com a Constituição Federal de 1988, representa a tendência de publicização do direito do trabalho, uma proteção normativa que decorre da “constitucionalização do direito do trabalho”, com inegável impacto hermenêutico no crescente ativismo judicial revelado na produção crescente das Súmulas do Tribunal Superior do Trabalho.

Luís Roberto Barroso chama a atenção para o efeito da “constitucionalização” do direito social, que compreende inegavelmente o direito do trabalho:

Com efeito, à medida que princípios e regras específicos de uma disciplina ascendem à Constituição, sua interação com as demais normas daquele subsistema muda de qualidade e passa a ter um caráter subordinante. Trata-se da constitucionalização das fontes do Direito naquela matéria. Tal circunstância, nem sempre desejável, interfere com os limites de atuação do legislador ordinário e com a leitura constitucional a ser empreendida pelo Judiciário em relação ao tema que foi constitucionalizado. (BARROSO, 2015, p. 400).

Necessário desvendar os horizontes hermenêuticos, ou mesmo, busca traçar consenso ao entorno da norma jurídica a ser extraída a partir do texto prescritivo da lei aprovada, seja pela centralidade do Direito Constitucional na interpretação do direito

contemporâneo, o que permitiria vislumbrar a existência de um “Regime Constitucional do Emprego Socialmente Protegido”.

O artigo 7º da Constituição Federal prevê um catálogo mínimo de direitos trabalhistas, com a possibilidade de sua expansão pelo princípio da norma mais favorável, uma vez que o *caput, in fine* preceitua: “*são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social*”.

A possibilidade de um Direito do Trabalho Mínimo assegurado em sede constitucional, poderia ser vislumbrada em trecho do voto do Ministro Alexandre de Moraes no RE nº 828.040:

No caso do Direito do Trabalho, na proteção dos direitos sociais o legislador constituinte quis estabelecer o mínimo protetivo, não o máximo. [...] Tanto que, o *caput* do art. 7º da Constituição traz e deixa claramente exposto que é possível a legislação ordinária estipular outros direitos sociais que melhorem, que valorizem a vida do trabalhador. O rol do art. 6º, assim como, sabemos, o rol do art. 5º e o rol, aqui, do art. 7º não são taxativos. (BRASIL, STF, RE nº 828.040, 2020).

Como contraponto, no plano das garantias sociais enunciadas na Constituição Federal de 1988, não há como não registrar a virada jurisprudencial de um movimento que se ressentia da completa ausência de garantias que possam acompanhar a mera enunciação de direitos, e, portanto, reconhecer a efetividade do direito, ainda que ao preço da relativização da segurança jurídica.

Neste aspecto, oportuna a reflexão de Para Paulo Bonavides:

Cumprida toda uma trajetória de avanços sociais, as Constituições já não se reclamam direitos, mas garantias. Os direitos existem de sobra, com tamanha abundância na esfera programática que formalmente o texto constitucional resolveu com o voto do constituinte todos os problemas básicos de educação, saúde, trabalho, previdência [...] Com efeito, na Constituição de 1988 as promessas constitucionais ora aparecem cunhadas em fórmulas vagas, abstratas e genéricas, ora remetem a concretização do preceito contido na norma ou na cláusula a uma legislação complementar e ordinária que nunca se elabora. (BONAVIDES, 2012, p. 394).

Pelo caráter apático dos direitos fundamentais enunciados na constituição federal, foi possível identificar um movimento pendular inerente a evolução do direito, o qual se ressentia de mínima efetividade, o que foi levado a efeito pelo Poder Judiciário no movimento do Pós-Positivismo, com uma promessa de realização de direitos promocionais jamais cumpridos pelo viés da natureza jurídica das normas programáticas, mas que apresenta como efeito adverso o ativismo judicial.

O aspecto transformativo do Estado Democrático de Direito é observado com muita acuidade por Lênio Streck:

Estamos, assim, em face de um sério problema: de um lado temos uma sociedade carente de realização de direitos e, de outro, uma Constituição Federal que garante estes direitos da forma mais ampla possível. Este é o contraponto. Daí a necessária indagação: qual é o papel do Direito e da dogmática jurídica neste contexto? Segundo Moraes, o Estado Democrático de Direito, teria (tem?) a característica de ultrapassar não só a formulação do Estado Liberal de Direito, com também a do Estado Social de Direito – vinculado ao *Welfare State* neocapitalista – impondo à ordem jurídica e à atividade estatal um conteúdo utópico de transformação da realidade. O Estado Democrático de Direito, ao lado do núcleo liberal agregado à questão social, tem como questão fundamental a incorporação efetiva da igualdade como um conteúdo próprio a ser buscado a garantir através do asseguramento mínimo de condições mínimas de vida ao cidadão e à comunidade. Ou seja, no Estado Democrático de direito a lei passa a ser, privilegiadamente, um instrumento de ação concreta do Estado, tendo como método assecuratório de sua efetividade a promoção de determinadas ações pretendidas pela ordem jurídica. Entretanto, isso não foi ainda assimilado pelos juristas. O Estado Democrático de Direito representa, assim, a vontade constitucional de realização do Estado Social. (STRECK, 2014, p. 47).

Por vezes esta disfuncionalidade da dogmática jurídica, possa ter por raízes não apenas a origem liberal individualista, de uma tradição jurídica formalista, ritualista, extraída de modelos europeus que represente um obstáculo ao desenvolvimento, como sua nítida predileção a manutenção do *status quo*, havendo para os desenvolvimentistas uma imensa fissura, na América Latina, entre o direito Estatal e a realidade.

2.6. A REGULAMENTAÇÃO DO TRABALHO E O PRINCÍPIO DO NÃO RETROCESSO SOCIAL

Com a construção da teoria dos direitos fundamentais, que dão sustentação à tese pós-positivista, a teoria jurídica permite a existência de movimento pendular entre o jusnaturalismo e juspositivismo para ser alcançado um ponto de equilíbrio entre estes dois extremos, representados, de um lado, pela segurança jurídica, que toca diretamente a livre iniciativa, e do outro, o nível de proteção social de carácter humanizante representado nas diretrizes fundamentais que a Constituição Federal de 1988, que encontrariam suporte no princípio do não retrocesso social.

No plano internacional o não retrocesso social encontra respaldo na Organização Internacional do Trabalho, que tem por finalidade institucional a promoção

dos valores universais do trabalho, por meio da universalização das condições mínimas de trabalho, que congrega o valor inalienável do “trabalho decente”, por não se tratar de mera mercadoria, não obstante a diversidade socioeconômica dos países membros.

Extraímos dos documentos internacionais, consagradores dos direitos humanos, dispositivos expressos no sentido de vedar o retrocesso das normas de proteção da pessoa humana, sendo peculiar a esta categoria de direitos sua progressividade, o que impacta diretamente a legislação infraconstitucional instrumental, responsável pela concretização dos direitos fundamentais.

J. J. Gomes Canotilho, ao tratar do efeito de contenção do patamar de direitos sociais consagrados pelo princípio do não retrocesso social, registra os aspectos da reversibilidade fática inerente aos revezes econômicos decorrentes de recessões e crises, vejamos:

Com isto quer dizer-se que os direitos sociais e económicos (ex: direito dos trabalhadores, direito à assistência, direito à educação), uma vez obtido um determinado grau de realização, passam a constituir, simultaneamente, uma garantia institucional e um direito subjectivo. A ‘proibição de retrocesso social’ nada pode fazer contra as recessões e crises económicas (reversibilidade fática), mas o princípio em análise limita a reversibilidade dos direitos adquiridos (ex: segurança social, subsídio de desemprego, prestações de saúde), em clara violação do princípio da proteção, da confiança e da segurança dos cidadãos no âmbito económico, social e cultural, e do núcleo essencial da existência mínima inerente ao respeito pela dignidade da pessoa humana. O reconhecimento desta proteção de direitos prestacionais de propriedade, subjectivamente adquiridos, constitui um limite jurídico do legislador e, ao mesmo tempo, uma obrigação de prossecução de uma política congruente com os direitos concretos e as expectativas subjectivamente alicerçadas. A violação do núcleo essencial efectivado justificará a sanção de inconstitucionalidade relativamente a normas manifestamente aniquiladoras da chamada justiça social. (CANOTILHO, 1941, p. 338).

O princípio do não retrocesso social não estaria imune à necessária adaptação da hermenêutica constitucional a ser extraída de sua textualidade ao longo do tempo, sem a vulneração do originalismo lastreado no poder constituinte originário, com a adaptação do sentido e alcance do texto constitucional às novas condições econômicas e sociais, reconhecendo transformações legislativas não censuradas pelos limites interpretativos dos seus termos vagos, de caráter principiológico.

Reconhecer-se-á aderência do direito a realidade que se pretende regular, para que não haja prejuízos à eficiência do ordenamento jurídico.

No caminho da maior eficácia dos direitos sociais não há de se reconhecer sua posição estática, tampouco sua imutabilidade, os direitos sociais previstos na Constituição, necessitam ser constantemente readequados aos fatos, quiçá aos fatos econômicos, exigindo uma adaptação pragmática compatível a um novo contexto social, para que os mesmos não subsistam apenas no plano de sua própria simbologia, podendo ser relegado, pelo não atendimento das demandas da realidade social.

Flávio Martins não reconhece a possibilidade de concretude, densidade normativa, do não retrocesso social, para ele:

A expressão “normas programáticas” remonta ao constitucionalismo de *Weimar*, cuja constituição previu uma série de direitos de aplicação apenas mediata ou indireta. O fracasso dessas normas no tocante a eficácia concreta trouxe duas claras consequências: a) na nova Constituição alemã, de 1949, malgrado considere a Alemanha um “Estado Social”, não previu expressamente um rol de direitos sociais; b) a percepção que muitos têm das normas programáticas continua sendo muito pejorativa. [...] Como afirma Catarina Botelho “as normas programáticas são, antes de mais, normas jurídicas, geradoras de obrigações, ainda que de cariz progressivo e mediato” [...] Dessa forma, como conclui a professora portuguesa, as normas definidoras de direitos sociais não seriam “direitos fundamentais”, não seriam “genuínos direitos”, “mas sim como *standards*” que deverão orientar a ação do Estado, em especial do legislador e, no melhor dos casos, a interpretação constitucional das normas jurídicas”. (MARTINS, 2020, p. 133).

Não é possível vislumbrar, na realidade constitucional brasileira, a possibilidade de lançar mão do princípio do não retrocesso social para efeito de inviabilizar uma reforma infralegal flexibilizante dos direitos sociais do trabalho, haveria a imposição de uma autocontenção jurisdicional na interpretação dos preceitos constitucionais fundamentais permitindo o transbordo do comando legal, uma desidratação da teoria do constitucionalismo social perante as Cortes Constitucionais.

2.7. DENSIDADE NORMATIVA DAS CLÁUSULAS PÉTREAS

Como síntese do processo evolutivo do constitucionalismo social, identificamos na Constituição Federal de 1988 um rompimento institucional próprio do recomeço, indispensável, a transição do regime político autoritário àquele de verniz democrático, não sendo suficiente a uma sociedade pluralista apenas a preservação de um Estado de Direito, mas sendo exigível a implantação, efetiva, de um Estado Democrático de Direito.

Há nas diretrizes da constituição um perfil humanizante das relações verticais e horizontais no plano intersubjetivo, positivando direitos fundamentais no texto constitucional consagradores dos direitos humanos, para ofertar uma real sobreposição dos direitos coletivos sobre aqueles que sejam meramente individuais, com a construção de uma sociedade mais solidária.

Arnaldo Süssekind (2004) destaca a existência de um catálogo mínimo de direitos sociais do trabalho inseridos no art. 7º da CF/88, imantado pela qualidade constitucional de cláusula pétrea (art. 60, § 4º, IV, da CF), admitindo a flexibilização de direitos do trabalho em tópicos importantes (VI, XIII e XIV), desde que ajustado por Convenção ou Acordo Coletivo de Trabalho, por ter o legislador constitucional, adotado um modelo de flexibilização mediante tutela sindical (art. 8º, inciso VI, da CF/88).

Em referência aos limites das cláusulas pétreas impostos as regras de conteúdo social, Luís Roberto Barroso reconhece:

Há duas razões relevantes e complementares pelas quais a interpretação das cláusulas pétreas deve ser feita sem alargamento do seu sentido e alcance: a) para não sufocar o espaço de conformação reservado à deliberação democrática, exacerbando a atuação contramajoritária do Judiciário; b) para não engessar o texto constitucional, que obrigaria à convocação repetida e desestabilizadora do poder constituinte originário. (BARROSO, 2015, p. 204).

Ter-se-ia nas disposições do art. 7º, seus incisos e parágrafo único, da Constituição Federal de 1988 a natureza jurídica de cláusulas pétreas, ou ainda, a estabilidade inerente às regras constitucionais alteradas pela maioria qualificada das emendas constitucionais, neste último caso, diante da interpretação restritiva ligada à referência semântica aos “*direitos e garantias individuais*”, a literalidade do inciso IV, do § 4º, do art. 60 da CF/88, reforçando com o núcleo constitucional intangível limites práticos ao princípio do não retrocesso social. Ainda que o conteúdo do direito possa ter sua intensidade manipulável pelo legislador infraconstitucional, pela ausência de densidade normativa.

Em precedente histórico do Supremo Tribunal Federal, de 18 de março de 1994, através do julgamento da ADI nº 939/DF, de relatoria do Ministro Sydney Sanches, que ao tratar do princípio da anterioridade tributária, reconheceu-se a existência de direitos individuais imantados pela de intangibilidade fora do rol do art. 5º da CF, mesmo porque, seria esta a melhor interpretação com o § 2º, que trata da existência do bloco de constitucionalidade por intermédio da cláusula de abertura do sistema constitucional.

Poder-se-ia reconhecer que ao fazer a cláusula constitucional menção aos direitos individuais, e por tratar-se de norma excepcional, haveria a prevalência de uma interpretação estrita e não extensiva.

Em sentido contrário, destacamos a posição de Luís Roberto Barroso, para quem:

A posição por nós defendida vem expressa a seguir e se socorre de um dos principais fundamentos do Estado constitucional brasileiro: a dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III). Esse princípio integra a identidade política, ética e jurídica da Constituição e, como consequência, não pode ser objeto de emenda tendente à sua abolição, por estar protegido por uma limitação material implícita ao poder de reforma. Pois bem: é a partir do núcleo essencial do princípio da dignidade da pessoa humana que se irradiam todos os direitos materialmente fundamentais, que devem receber proteção máxima, independentemente de sua posição formal, da geração a que pertencem e do tipo de prestação a que dão ensejo. Diante disso, a moderna doutrina constitucional, sem desprezar o aspecto didático da classificação tradicional em gerações ou dimensões de direitos, procura justificar a exigibilidade de determinadas prestações e a intangibilidade de determinados direitos pelo poder reformador na sua essencialidade para assegurar uma vida digna. Com base em tal premissa, não são apenas os direitos individuais que constituem cláusulas pétreas, mas também as demais categorias de direitos constitucionais, na medida em que sejam dotados de fundamentalidade material. Tome-se o exemplo dos direitos sociais. A doutrina contemporânea desenvolveu o conceito de mínimo existencial, que expressa o conjunto de condições materiais essenciais e elementares cuja presença é pressuposto da dignidade para qualquer pessoa. Se alguém viver abaixo daquele patamar, o mandamento constitucional estará sendo desrespeitado. Ora bem: esses direitos sociais fundamentais são protegidos contra eventual pretensão de supressão pelo poder reformador. (BARROSO, 2015, p. 213).

Desta forma, reconhecemos a importância da interpretação proposta pela consecução de um “Direito Mínimo do Trabalho”, que não permite a redução infraconstitucional de direitos do trabalho que ocasione a extinção, a não fruição de um direito consagrado no catálogo mínimo de direitos constitucionais do trabalho.

Efeitos estes, alcançáveis pelo próprio processo de constitucionalização do direito do trabalho com a Constituição Federal de 1934, franqueando segurança jurídica ao não retrocesso social por investidas legislativas, por maiorias ocasionais, de modo a consagrar o direito fundamental da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III, da CF), revelada pelo “mínimo existencial” e “patamar civilizatório mínimo” que deva ser alcançado pela proteção integral de direitos sociais.

Na maioria das experiências ocidental-contemporâneas ligadas à construção do Estado Moderno, preferencialmente, o legislador constituinte faz a opção pelos

princípios no preenchimento do conteúdo das cláusulas pétreas, sem a adoção de regras de efeito concreto, com conteúdo de aplicação imediata, optando, deliberadamente, pela relativa indeterminação de conteúdo, motivo pelo qual Luís Roberto Barroso (2015, p. 205) reconhece que:

Para além desse núcleo, existe um espaço de conformação, cujo preenchimento é atribuído prioritariamente aos órgãos de deliberação majoritária, por força do princípio democrático. Aí não caberia mais ao Judiciário impor sua visão do que seria a concretização ideal de determinado princípio. (BARROSO, 2015, p. 205).

Por decisão política fundamental do Legislador Constitucional, não fora reconhecido densidade normativa às cláusulas pétreas do art. 7º da, conferindo uma margem de discricionariedade ao legislador infraconstitucional, e nas vezes que veda referida interferência, o faz de forma a explicitar a autoexecutoriedade do preceito constitucional, sem a possibilidade do reconhecimento da natureza jurídica de norma constitucional de eficácia contida.

Para o Ministro Cezar Peluso no RE nº 563.851: *“não afronta o art. 7º, XIII, da Constituição da República a decisão que excepciona os ocupantes de cargos de gestão do controle de jornada de trabalho”*.

Por este motivo a Reforma Trabalhista (2017) fora em grande parte reconhecida como constitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

3. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O DEVER DE AUTOCONTENÇÃO JUDICIAL

Com a Reforma Trabalhista em 2017, houve uma censura sem precedentes do texto normativo por controle de constitucionalidade, reconhece-se a primazia do texto constitucional na ordem jurídica interna, sendo esta, produto do poder constituinte originário, que por sua vez, legitima os poderes constituídos a partir de seu próprio texto, como o Poder Legislativo, responsável pela elaboração das leis, sem que este, no exercício de sua função institucional, venha a exceder a própria competência, delimitada na Constituição.

A efetividade do texto constitucional, de suas disposições, deverá ser alcançada pela autoridade que decorre do princípio da supremacia da constituição na ordem jurídica interna, para José Afonso da Silva (2014): “*todas as normas que integram a ordenação jurídica nacional só serão válidas se se conformarem com as normas da Constituição Federal*”.

O controle de constitucionalidade decorre da adoção do sistema americano do *Judicial Review*, reconhecido pelo Juiz da Suprema Corte Americana *Marshall*, no caso emblemático *Malbury vs. Madison*, de 1803, o controle vertical de constitucionalidade permite ao Poder Judiciário a adequação das estruturas normativas internas do país aos postulados constitucionais, bem como os compromissos assumidos internacionalmente.

Ainda que a lei venha a surgir no ordenamento jurídico com presunção de legalidade, esta mesma lei, por qualquer dos fundamentos acima elencados, poderá, deverá, ser pelas instituições constitucionais legitimadas, ou mesmos pelos seus próprios destinatários, censurada, seja pela via do controle concentrado, ou ainda, do controle difuso, uma vez que o Poder Judiciário¹⁰ detém a prerrogativa de rejeitar norma infraconstitucional que esteja substancialmente em contradição, em descompasso, com o comando constitucional reverberado em seu próprio texto.

Paulo Bonavides promove a análise da limitação da competência do Poder Legislativo dentro dos limites que lhe são impostos pela própria constituição:

O órgão legislativo, ao derivar da Constituição a sua competência, não pode obviamente introduzir no sistema jurídico leis contrárias às

¹⁰ Na segunda instância de jurisdição a declaração de inconstitucionalidade não se faz por Órgão jurisdicional fracionário, observar-se-á o princípio da reserva de plenário do art. 97 da CF; e, em conformidade com a SV nº 10 do STF, o princípio constitucional restar-se-ia violado à medida que a decisão afaste a aplicação da lei, sem a declaração formal de sua inconstitucionalidade.

disposições constitucionais: essas leis se reputariam nulas, inaplicáveis, sem validade, inconsistentes com a ordem jurídica estabelecida. [...] Sem esse controle, a supremacia da norma constitucional seria vã, frustrando-se assim a máxima vantagem que a Constituição rígida e limitativa de poderes oferece ao correto, harmônico e equilibrado funcionamento dos órgãos do Estado, e, sobretudo à garantia dos direitos enumerados na lei fundamental. (BONAVIDES, 2012, p. 306).

Para desincumbir deste desiderato o Poder Judiciário poderá: a) revogar texto anterior à constituição (fenômeno da recepção); b) declarar inconstitucional o texto que lhe seja posterior (teoria da inconstitucionalidade superveniente); ou mesmo, c) diante de normas infraconstitucionais polissêmicas, que possuam mais de um sentido ou alcance, sem qualquer esforço interpretativo, preservar-se-á aquela interpretação compatível com a *lex legum*, privilegiando a manutenção da regra no ordenamento jurídico pátrio, por meio da utilização da técnica da interpretação conforme, com ou sem redução de texto.

A atuação contramajoritária, de órgãos e agentes públicos não eleitos, como o Poder Judiciário, tem a função de afastar leis elaboradas pelos representantes escolhidos pela vontade popular, de forma imparcial, que contrarie o conteúdo material da constituição vinculado à efetivação dos direitos humanos, por vezes direitos de minoria, ao atender a finalidade da imposição de direitos fundamentais no seu texto, sem ferir de morte os ideais democráticos e republicanos que, também, os inspiram.

Haverá legitimidade democrática no exercício da jurisdição constitucional, ainda, que diante de uma acirrada disputa entre ativismo judicial, supostamente alinhado a uma ideologia progressista, e de outra parte, a proposta de autocontenção judicial, caminho a professado por ideais mais conservadores que não vê com “bons olhos” sua incursão no campo das opções políticas, sabedores que somos, de que democracia não se resume a um princípio majoritário de governo da maioria.

A democracia comporta em sua gênese comporta a ideia da preservação de direitos da minoria, atuação contramajoritária do Poder Judiciário, pela possibilidade de haver *déficit* democrático no parlamento, por disfunções diversas, aptas a justificar a reprimenda realizada através do *judicial review*, seja diante de preferências políticas voluntárias ilegítimas, posto que contrarie os valores expressos na Constituição, ou maiorias ocasionais formadas no Congresso Nacional, de forma a ser, sempre, preservada a estabilidade institucional no arbitramento dos conflitos sociais.

Jon Elster¹¹ a importância do Constitucionalismo está na contenção das maiorias legislativas ocasionais, havendo constante fricção entre os valores do constitucionalismo e a democracia, vejamos:

Assim, o constitucionalismo representa os momentos especiais da história de uma nação em que uma profunda discussão baseada em princípios transcende as intrigas e barganhas da política majoritária cotidiana, sendo o objeto desses debates aqueles princípios que servirão de obstáculo às decisões futuras da maioria. Desnecessário dizer que esses princípios não podem ser anulados por decisão da maioria simples se quiserem cumprir sua função de limitar a maioria. (ELSTER, 2019, p. 824).

Reforçando o papel de uma Corte Constitucional Luís Roberto Barroso reconhece que:

O Supremo Tribunal Federal não deve funcionar como a terceira ou quarta instância da justiça brasileira. Este não é o papel de nenhuma corte suprema ou tribunal constitucional do mundo. O papel do Supremo Tribunal Federal é o de julgar as grandes questões que afetam à sociedade brasileira, à luz da Constituição, bem como fornecer as linhas jurisprudenciais que vão orientar os demais juízes e tribunais do país. Para tanto, precisa julgar com tempo de reflexão, qualidade e visibilidade. Foi para viabilizar o cumprimento deste papel que a Emenda Constitucional nº 45, de 2004, criou o instituto da repercussão geral [...] para equacionar o tema, seja no que diz respeito ao estoque acumulado, seja no que toca ao manejo do instituto [...] o STF não deve conceder mais repercussões gerais do que seja capaz de julgar em um ano. (BARROSO, 2016, p. 154).

Para efeito da preservação da segurança jurídica, seria de extrema relevância a efetiva vinculação dos precedentes do Supremo Tribunal Federal que surgem com o reconhecimento de constitucionalidade de algumas das alterações, mesmo que controversas, sobre a Reforma Trabalhista, para que não haja uma nova onda de excessiva judicialização dos conflitos do trabalho no Brasil, eixo temático processual que alteração legislativa teve a intenção de alcançar.

¹¹ Original: “Así, el constitucionalismo representa los momentos especiales de la historia de una nación en que una discusión profunda y basada en principios trasciende a la intriga y al regateo de la cotidiana política mayoritaria, siendo el objeto de estos debates aquellos principios que servirán de obstáculo a las futuras decisiones de la mayoría. Sobre decir que no cabe anular estos principios por simples decisión mayoritaria si se quiere que cumplan su función de limitar la mayoría”.

Em entrevista concedida pelo Ministro Gilmar Mendes ao site de notícias jurídicas Conjur¹², restou consignado à insubordinação reiterada Justiça do Trabalho no cumprimento dos precedentes do Supremo Tribunal Federal:

Para o ministro Gilmar Mendes, a construção de uma cultura de aplicação de precedentes no Brasil não é fácil, e a prova disso está na relação conflituosa entre o Supremo Tribunal Federal e a Justiça do Trabalho. Em evento na manhã desta quarta-feira, destacou como esse cenário é responsável por gerar insegurança jurídica. [...] ‘No Supremo Tribunal Federal, vivemos às vezes uma disputa quase que psicodélica, diria eu, com a Justiça do Trabalho. Tomamos determinadas decisões e, no momento seguinte, vem decisão do TST ou de TRT dizendo que não foi essa a decisão que o Supremo tomou’, exemplificou o ministro. ‘E depois, de acordo com também com os azares e sortes da distribuição da eventual reclamação no Supremo Tribunal Federal, aquela decisão é mantida ou não. Certamente isso também nós vamos ter que resolver’, complementou, em fala no 3º Encontro Nacional sobre Precedentes Qualificados, organizado pelo STF”.

Desta forma, não apenas pelos efeitos vinculantes que decorrem expressamente do texto do art. 102, § 2º, da CF, haverá maior segurança jurídica no cumprimento efetivo dos precedentes do Supremo Tribunal Federal em matéria de regulamentação das relações sociais do trabalho.

3.1. ATIVISMO JUDICIAL

A crise da legalidade, talvez uma consequência prática da inflação legislativa no plano infraconstitucional, bem como da ineficácia dos postulados constitucionais pela perspectiva meramente programática de seu conteúdo, destacamos o movimento jurisprudência contemporâneo do pós-positivismo, que supera os efeitos interpretativos e integrativos dos princípios constitucionais, reconhecendo a força normativa dos mesmos.

Em passado recente foi possível identificar uma inegável inclinação ao ativismo judicial no conteúdo das Súmulas do Tribunal Superior do Trabalho, extrapolando os limites da legalidade, passando a exigir obrigações não previstas estritamente nos termos da lei.

Esta atuação perdulária da Justiça do Trabalho, acarretando a excessiva judicialização dos conflitos do trabalho, está por detrás de uma inegável revitalização do princípio da legalidade, no sentido de franquear maior segurança jurídica nas relações de

¹² Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-set-22/stf-vive-disputa-psicodelica-justica-trabalho-gilmar>. Acesso em 29/09/21.

trabalho, tanto que restou consignado na tramitação do projeto de Lei nº 6.787/16 (convertido na Lei nº 13.467/17) que tratou da Reforma Trabalhista, a necessidade de “*evidenciar a supremacia da lei na aplicação do Direito do Trabalho*”.

Ressaltamos a ideia de que ativismo judicial por vezes é visto como a melhor forma de proteger direitos sociais e econômicos, mas produzindo um desequilíbrio na da superestrutura de poder do Estado, equilibrada de acordo com a independência e harmonia do art. 2º da CF, como raiz do próprio fenômeno do constitucionalismo.

Definidas as diretrizes pelo poder legiferante, passa a ser do Executivo a prerrogativa da implementação das políticas públicas, inclusive na efetivação dos direitos sociais, havendo, sob pena de admitir um subjetivismo sem censura institucional, substituindo as legítimas preferências democráticas, pelas preferências pessoais dos Juízes, que no exercício da jurisdição podem, como devem controlar sua realização, complementá-la, ou mesmo, corrigi-la.

Neste sentido, o posicionamento de Virgílio Afonso da Silva:

Embora muitos autores façam um grande esforço para demonstrar “histórias de sucesso” na efetivação de direitos sociais por meio do judiciário, parecem que tais histórias são superestimadas, da mesma forma que é o papel que o judiciário desempenha nessa área. Da mesma forma que a conquista de direitos civis e políticos foi uma conquista da sociedade civil, efetivada por meios políticos, a implementação de direitos sociais e econômicos não vai ser realizada de forma diversa. (AFONSO DA SILVA, 2014, p. 605).

Inegável o papel constitucional exercido pelo Juiz na interpretação dos textos prescritivos da lei, do qual extraia a norma jurídica reguladora do caso concreto, sem restringir a atuação jurisdicional ao formato reducionista proposto pelo Estado Liberal:

A interpretação jurídica é um processo silogístico de subsunção dos fatos à norma. O Juiz – “*la bouche qui prononce les paroles de la loi*” – é um revelador de verdades abrigadas no comando geral e abstrato da lei. Refém da separação de Poderes, não lhe cabe qualquer papel criativo. Para Montesquieu na obra “Espírito das Leis”, com a evidência da racionalidade da Lei e a neutralidade do intérprete. (BARROSO, 2015, p. 264).

Segundo a Teoria Crítica do Direito há severas ponderações quanto à cientificidade, objetividade e neutralidade do direito, os fenômenos são ordenados pela perspectiva do sujeito, seja ele o Juiz ou o Legislador, um conhecimento contaminado por opiniões, preferências e interesses; enfatizando o caráter ideológico, presente no viés conservador da Reforma Trabalhista, com uma evidente revitalização do princípio da legalidade, que, à semelhança da política, representa um discurso de legitimação de poder,

com origem na disseminação do modelo de organização da sociedade, e institucionalização dos interesses dominantes.

Ainda, segundo Luís Roberto Barroso, não há como negar a possibilidade de transformação social pelo ativismo judicial, para quem:

Em nome da racionalidade, da ordem, da justiça, encobre-se a dominação, disfarçada por uma linguagem que a faz parecer natural e neutra. Contra isso, a teoria crítica preconiza a atuação concreta, a militância do operador jurídico, à vista da concepção de que o papel do conhecimento não é somente a interpretação do mundo, mas também a sua transformação. (BARROSO, 2015, p. 264).

Dentro da proposta constitucional do sistema de freios e contrapesos o Poder Judiciário deve prestigiar a previsibilidade na aplicação da lei, uniformizando questões controvertidas, em prol da pacificação e prevenção de litígios, criando um cenário de segurança jurídica na relação jurídica estabelecida entre empregados e empregadores.

O Ministro Ives Gandra Martins Filho (2020)¹³ do Tribunal Superior do Trabalho, reconhece na Reforma Trabalhista uma resposta institucional a mudança profunda da jurisprudência do TST em 2011 e 2012, ressaltando o viés legiferante de enunciados de jurisprudência, uma atividade legiferante do Judiciário, como na mudança de orientação da Súmula 277, que se deu com a carência absoluta de precedentes jurisprudenciais, criando expressivo passivo trabalhista.

Em decisão liminar no contexto da ADPF nº 323, o Ministro Gilmar Mendes suspendeu a eficácia da Súmula nº 277 do TST, registrando em seu voto que: *“da análise do caso extrai-se indubitavelmente que se tem como insustentável o entendimento jurisdicional conferido pelos tribunais trabalhistas ao interpretar arbitrariamente a norma constitucional”*.

Em sentido contrário, o Ministro Lélío Bentes Côrrea dentre outros (2021, p. 239), reconhece como fundamento da alteração jurisprudencial em comento, a superação jurídica dos próprios verbetes, uma vez que a redação original da Súmula nº 277 do TST tinha suporte na Constituição de 1967.

A tese da constitucionalização da temática decorre da alteração promovida pela EC nº 45/04, ao exigir que no exercício do poder normativo da Justiça Laboral sejam preservadas: *“as disposições mínimas legais de proteção do trabalho, bem com as convencionadas anteriormente”*, com maior equilíbrio de forças nas interlocuções

¹³ Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-out-23/especialistas-repercutem-artigo-gandra-filho-conjur>. Acesso em: 12/04/21.

sociais, algo, absolutamente, essencial à negociação coletiva no contexto do Estado Democrático de Direito, em decorrência do princípio da equivalência entre os contratantes coletivos.

No julgamento de mérito, em voto proferido pelo Relator Ministro Gilmar Mendes (03/08/21), no âmbito da ADPF nº 323, que tem por objeto a constitucionalidade da Súmula nº 277 do TST, foi reconhecido que: “*deduzir o pretendido pela Justiça Trabalhista poderia configurar verdadeira fraude hermenêutica*”, havendo na lei “cristalina proibição” ao princípio da ultratividade das normas coletiva (§ 3º, do art. 614 da CLT).

A Corte Superior Especializada promove a usurpação da função do Poder Legislativo, sem suporte legal específico, com flagrante violação aos princípios da legalidade, separação dos poderes e da segurança jurídica.

A jurisprudência vinculante do STF contemporânea, em matéria trabalhista, vem afiançar segurança jurídica às alterações legislativas promovidas no âmbito da Reforma Trabalhista.

Outra questão envolvendo o ativismo judicial da justiça especializada do trabalho, diz respeito à decisão tomada pelo TST, Seção de Dissídios Coletivos, no RODC nº 309/2009-000-15-00.4, que reconhece a abusividade da dispensa coletiva sem prévia negociação prévia.

Em ataque direito do legislador ao posicionamento jurisprudencial, Reforma Trabalhista (Lei nº 13.467/17), pela nova redação do art. 477-A da CLT, reafirma o direito potestativo do empregador nos contratos de trabalho, não havendo qualquer obstáculo legal às demissões coletivas.

Observamos o voto do Ministro Marco Aurélio de Melo relator do RE nº 999.435:

A paz social pressupõe a confiança mútua, o respeito a direitos e obrigações estabelecidos, em prol do bem comum, não sendo consentâneo com a vida civilizada alterar regras norteadoras da relação jurídica, conferindo, a partir de simples interpretação, eficácia a suplantam garantias constitucionais, sob pena de ter-se a babel. Qual deve ser a postura do Judiciário diante de conflito de interesses? A de não potencializar a dogmática para, posteriormente, à mercê dessa última, enquadrar o caso concreto. O juiz há de idealizar a solução mais justa, levando em conta a formação humanística possuída, e, depois, buscar o indispensável apoio no direito posto. Ao fazê-lo, cumprirá ter presente o mandamento constitucional de regência da matéria. A atuação judicante é vinculada ao direito positivo, visando preservar a Lei das leis, a Constituição Federal, que precisa inclusive ser um pouco mais amada pelos brasileiros, especialmente os homens públicos. Há de

vingar a autocontenção, em jogo campo dos mais delicados, porquanto sujeito ao princípio da legalidade. É impertinente potencializar razões pragmáticas, articulando com a interpretação de normas abertas a encerrarem os valores constitucionais do trabalho e os objetivos fundamentais da República, a ponto de ter-se mitigada a ordem jurídica, a ser observada por todos, principalmente por este Tribunal, guarda maior da Constituição Federal. [...] A dispensa coletiva constitui cessação simultânea de grande quantidade de contratos de trabalho, por motivo singular e comum a todos, ante a necessidade de o ente empresarial reduzir definitivamente o quadro de empregados, presentes razões de ordem econômica e financeira. [...] Em Direito, o meio justifica o fim, não o inverso. A sociedade almeja e exige a correção de rumos, mas há de ocorrer ausente a çodamento. Avança-se culturalmente quando respeitada a supremacia da Carta da República. Eis o preço a ser pago por viver-se em um Estado Democrático de Direito. É módico e está ao alcance de todos. (BRASIL, STF, RE nº 999.435, 2016).

Em movimento pendular a nova redação do art. 8º, § 2º, da CLT, confrontando o movimento legiferante revelado pelo teor das Súmulas do Tribunal Superior do Trabalho, passa vedar expressamente o ativismo judicial: *“restringir direitos legalmente previstos nem criar obrigações que não estejam previstas em lei”*.

O papel garantidor do Poder Judiciário se perde na sua morosidade, um reflexo do extenso catálogo de direitos resultante do processo de “constitucionalização” de diversos dos seus ramos, vago institucional ocupado pelo Poder Judiciário por uma ineficiência administrativa de Estado em constante escassez de recursos.

Em contraponto, Boaventura de Sousa Santos vislumbra um maior alinhamento do Poder Judiciário com as políticas desenvolvimentistas:

Na atualidade, a expansão do judiciário e o primado do direito foram também incorporados no vocabulário do consenso hegemônico neoliberal. O modelo de desenvolvimento neoliberal, dada a sua maior dependência dos mercados e do setor privado, exige um marco jurídico para o desenvolvimento que fomente o comércio, os investimentos e o lucro. De acordo com o consenso do Estado de Direito e a reforma judicial, aquele traduz-se como um elemento essencial para o desenvolvimento requerendo-se que seja amplamente aceito e aplicado. A tarefa fundamental do sistema judicial é garantir a certeza e a previsibilidade das relações jurídicas, clarificar e proteger os direitos de propriedade, exigir o cumprimento das obrigações contratuais etc. (SOUSA SANTOS, 2014, p. 19).

Em análise comparatista na América Latina Jorge L. Esquirol destaca a relação das teses econômicas desenvolvimentistas da década de 70 com o realismo jurídico assumido pelo Poder Judiciário:

Em todo o caso, os desenvolvimentistas criticavam os efeitos econômicos do sistema jurídico e atribuíam isso a uma incapacidade

operacional de alinhar as decisões judiciais e políticas nacionais, sociais e econômicas. Em uma época de mudanças nas medidas econômicas, os entusiastas dessas políticas rejeitavam ser frustrados por juízes locais. Sem alinhar as decisões judiciais ao consenso desenvolvimentistas, no entanto, os judiciários locais ameaçavam a implementação efetiva de objetivos econômicos nacionais. Com respeito a isso, argumentava-se que as tecnologias jurídicas dominantes eram insuficientemente calibradas para assegurar a sobrevivência das políticas de desenvolvimento. Por isso, esperava-se a reforma dessas tecnologias. O desenvolvimento abraça a prescrição de atualizar a teoria jurídica latino-americana. Introduzir o pragmatismo nas escolas de direito e nos tribunais, como mencionado era o objetivo. (ESQUIROL, 2016, p. 1403).

O Voto do Ministro Luiz Fux na ADI nº 6363 ressalta o dever de autocontenção do Poder Judiciário face ao ativismo judicial, sob pena da inviabilização das políticas públicas pela reconhecida *expertise* do administrador em forma de competência constitucional:

Como aqui foi destacado, o Direito não vive apartado da realidade. Então, quer a escola do Realismo Jurídico ou a escola Hermenêutica Brasileira, capitaneada por Carlos Maximiliano, nós estamos diante de um quadro excepcional, de um Direito excepcional, e que se interpreta com essa excepcionalidade que ele encerra. Tanto é que se trata de um ato normativo que traz no seu bojo o germe da sua própria extinção. De sorte que nós não estamos no quadro de normatividade usual, mas em um quadro de normatividade excepcional. Nesse primeiro momento, o papel da jurisdição constitucional, conforme destacado pelo Ministro Luís Roberto Barroso, efetivamente deveria ser decidir e não decidir, porque na falta *expertise*, experiência, e capacidade institucional daqueles segmentos científicos que elaboraram essa medida em tempo recorde. (BRASIL, STF, ADI nº 6363, 2020).

Ainda quanto ao dever de autocontenção do Poder Judiciário em matéria a demantar *expertise* técnica, importante a análise do Voto do Ministro Luis Fux na ADI nº 4679, que tem por objeto as televisões por assinatura:

À luz de tais contingências, prudente é reconhecer que a jurisdição constitucional, embora possa muito, não pode tudo. De um lado, a Constituição não deve ser vista como repositório de todas as decisões coletivas, senão apenas dos lineamentos básicos e objetivos fundamentais da República. Definitivamente não há um modelo de Estado único imposto pela Constituição. É o que exige a democracia enquanto projeto coletivo de autogoverno. De outro lado, não se pode perder de mira que intervenções judiciais incisivas – ainda que inegavelmente bem intencionadas – sobre marcos regulatórios específicos, de setores técnicos e especializados, podem ter repercussões sistêmicas deletérias para valores constitucionais em jogo; repercussões essas imprevisíveis no interior do processo judicial, marcado por nítidas limitações de tempo e de informação. O desafio que se coloca perante a Corte é, portanto, o de conciliar os valores

democrático-republicanos, especificamente a existência de efetivo controle judicial dos atos estatais (*judicial review*), com os riscos associados à intervenção judiciária sobre os marcos regulatórios desenhados pelo legislador. É ciente deste delicado equilíbrio que o Supremo Tribunal Federal deverá julgar às presentes demandas. (BRASIL, STF, ADI nº 4769, 2019)

No mesmo julgamento, o Ministro Luis Roberto Barroso toca no dever de “autocontenção” para realização da segurança jurídica:

O imenso volume que ainda existe de litígios trabalhistas no Brasil faz com que o empregador, ao contratar, não seja capaz de avaliar o custo daquela contratação. Ele só vai saber disso verdadeiramente depois que termina a relação de trabalho e a Justiça do Trabalho se pronuncia. Esse é o conjunto de princípios e valores que norteiam a linha que pretendo seguir neste julgamento. [...] A realidade fática faz parte da normatividade e, portanto, o sentido e o alcance das normas constitucionais devem ser estabelecidos levando-se em conta essa realidade. Presidente, esse conjunto normativo, nessa variedade de áreas do Direito, a meu ver, constitui delicada engenharia de intervenções estatais, pensadas por médicos sanitaristas, economistas, financistas, gestores públicos e profissionais do Direito que os assistiram. Gostaria de destacar que aqui há um conjunto relevante de juízos técnicos e de viabilidade econômica feitos por especialistas de diferentes segmentos da vida do País. Penso que a complexidade dessas matérias, o entrelaçamento entre esses diferentes setores da vida brasileira e os riscos do tipo de impacto que intervenções judiciais podem causar sobre essa realidade recomendam, a meu ver, elevado grau de autocontenção do Poder Judiciário. (BRASIL, STF, ADI nº 6363, 2020).

Desta forma encontram-se em curso um movimento capaz de refrear o ativismo judicial da Justiça do Trabalho.

3.2. MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

O processo de constitucionalização dos direitos sociais tem por efeito imediato retirar determinadas decisões fundamentais do âmbito da disposição das maiorias eventuais formadas perante o Congresso Nacional, mas por outro lado as Constituições não são eternas, uma geração não pode submeter permanentemente outra aos seus desígnios, não há uma continuidade irrefreável do governo dos vivos pelos mortos.

Deve haver mecanismos institucionais para a adaptação textual da Constitucional às novas realidades, em atuação Judicial minimalista, sem que haja a confusão de textualidade, com originalismo, sob pena de rompimento institucional.

Dar-se-á a alteração da constituição pela via formal do processo de emendas à constituição como expressão do constituinte reformador, ou por mutação constitucional, alterando sentido e alcance da interpretação sem alteração de texto, em especial, quando estivermos diante de normas polissêmicas.

A plasticidade constitucional na conformação da realidade circundante fora retratada por Luís Roberto Barroso:

A alteração por via informal se dá pela denominada mutação constitucional, mecanismo que permite a transformação do sentido e do alcance de normas da Constituição, sem que se opere, no entanto, qualquer modificação do seu texto. A mutação está associada à plasticidade de que são dotadas inúmeras normas constitucionais. (BARROSO, 2015, p. 158).

De todo modo à mutação constitucional não pode se afastar do ideal de segurança jurídica, um papel que cabe apenas e tão somente a Corte Constitucional que em viés político deva resguardar as diretrizes fundamentais da constituição, motivo pelo qual Luís Roberto Barroso acena para os limites impostos ao processo de mutação:

Esse novo sentido ou alcance do mandamento constitucional pode decorrer de uma mudança na realidade fática ou de uma nova percepção do Direito, uma releitura do que deve ser considerado ético ou justo. Para que seja legítima, a mutação precisa ter lastro democrático, isto é, deve corresponder a uma demanda social efetiva por parte da coletividade, estando respaldada, portanto, pela soberania popular. [...] O tema da mutação constitucional tem ambiente natural na fronteira em que o Direito interage com a realidade. (BARROSO, 2015, p. 161).

A adaptação do texto constitucional a uma nova realidade social fora retratada por Eros Roberto Grau:

Mais não é preciso considerar para que se comprove a insuficiência da ideologia estática da interpretação jurídica e do pensamento voltado à “vontade do legislador”. A realidade social é o presente; o presente é a vida – a vida é movimento. Nem a “vontade do legislador”, nem o “espírito da lei” vinculam o intérprete. A aplicação do direito – e este ato supõe interpretação – não é mera dedução dele, mas, sim, processo de contínua adaptação de suas normas à realidade e seus conflitos. Da mesma forma, a ordem jurídica, no seu envolver em coerência com as necessidades reais, embora haja de respeitar a Constituição, não se resume a uma mera dedução dela. A Constituição é um dinamismo. É do presente, na vida real, que se tomam as forças que conferem vida ao Direito – e à Constituição. Assim, o significado válido dos princípios é variável no tempo e no espaço, histórica e culturalmente. (GRAU, 2014, p. 163).

O dinamismo na interpretação do texto constitucional evidencia a lacuna do seu texto, como destacado no Voto proferido pelo Ministro Gilmar Mendes na ADI nº 6363:

Ressalto que não é absolutamente incomum ao direito constitucional deparar-se com situações de crise que desafiam a interpretação literal das constituições. Uma das grandes conquistas do constitucionalismo, a propósito, foi exatamente a de, ao longo dos anos, incorporar, nos textos constitucionais, a experiência verificada. Se nós olharmos a Constituição Federal de 1988 certamente veremos muito daquilo que os constitucionalistas alemães chamam de norma-reposta (*Verfassungs Antwort*), ou seja, normas no texto constitucional tendo em vista situações que ocorreram no passado. (BRASIL, STF, ADI nº 6363, 2020).

Dentro deste contexto de mutação constitucional, Bruce Ackerman¹⁴ reconhece a primazia institucional da Suprema Corte para revelação de superprecedentes cristalizados pela tradição constitucional do *common law*, vejamos:

O Supremo Tribunal Federal tem a obrigação institucional de reconhecer os superprecedentes pontos fixos cristalizados em nossa tradição constitucional, não devendo ser anulados ou ignorados no decorrer do desenvolvimento doutrinário. Nisso, é claro, os superprecedentes se assemelham a emendas formais, que desempenham um papel modelador semelhante no cânone da operação. (ACKERMAN, 2007, p. 172).

Pela vinculação das decisões do Supremo Tribunal Federal a partir da Reforma Trabalhista de 2017, não há espaço para uma alteração legislativa futura na forma de uma contrarreforma, mas a possibilidade de um aperfeiçoamento dos novos institutos legais nos moldes preconizados pela MP nº 808/17, não convertida em lei, mas com a intenção de arrefecer algumas alterações excessivas no texto da lei.

3.3. REVITALIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA AUTONOMIA COLETIVA DA VONTADE

De acordo com o precedente no Supremo Tribunal Federal, a negociação coletiva envolve uma forma peculiar de superação do conflito entre capital e trabalho, com fins terapêuticos, desempenhando uma função política e social de grande relevância, ao

¹⁴ Texto original: “The Supreme Court has an institutional obligation to recognize the superprecedents crystallized fixed points in our constitutional tradition, and should not be overruled or ignored in the course of doctrinal development. In this, of course, superprecedents resemble formal amendment, which play a similar shaping role in the operation canon”.

incentivar o diálogo social, permitindo que o trabalhador possa alcançar sua maturidade pessoal, e institucional no atuar coletivo, de forma a transformá-lo em cidadão consciente e plenamente capaz, sob pena de confiná-lo à alienação permanente.

Na perspectiva sistêmica, a invalidação reiterada do conteúdo dos instrumentos de negociação coletiva contribui para o descrédito do instrumento como meio de solução dos conflitos sociais, o que deve ser estimulado por quaisquer dos poderes do Estado.

Luiz Carlos Amorim Robortella entende que o fomento do diálogo social pela negociação coletiva deve ser incentivado pelo Estado:

Cabe ao Estado restituir à sociedade as prerrogativas e responsabilidades que lhe pertencem e cessar de monopolizar as intervenções sociais. Deve reencontrar seu papel de regulador do jogo social, abandonado a pretensão de tudo regular. (ROBORTELLA, 1997, p. 96).

A ampliação da negociação coletiva levaria a reversão da hipertrofia do direito individual do trabalho como descrito por Octavio Bueno Magano:

Nos sistemas jurídicos de tradição romano-germânica, em funcionamento nos países latinos, o direito individual do trabalho tem tomado a forma predominante de textos legais, ao passo que, nos países da “*common law*”, tem-se consubstanciado, quase sempre, em cláusulas de convenção coletiva do trabalho. O fenômeno se explica por serem os Sindicatos mais fortes e mais atuantes nos países do segundo grupo e a consequência do mesmo fenômeno tem sido a hipertrofia do direito individual do trabalho, nos países do primeiro grupo. (MAGANO, 1980, p. 16).

O Supremo Tribunal Federal, em 30 de abril de 2015, através do RE nº 590.415, em inegável processo de mutação constitucional altera, de modo paradigmático, a interpretação do art. 7º, inciso XXVI, da CF, superando a jurisprudência sedimentada no âmbito da Justiça Especializada do Trabalho que restringia a flexibilização das normas sociais do trabalho às hipóteses excepcionalíssimas do art. 7º, incisos VI, XIII e XIV, da CF.

Para o relator Ministro Luís Roberto Barroso, em Acórdão paradigma no STF:

Especificamente no que respeita ao direito coletivo do trabalho, como já mencionado, prestigiou a autonomia coletiva da vontade como mecanismo pelo qual o trabalhador contribuirá para a formulação das normas que regerão a sua própria vida, inclusive no trabalho (art. 7º, XXVI, da CF). Se este não é o espírito das normas infraconstitucionais que regem a matéria, cabe ao intérprete rever o conteúdo destas últimas à luz da Constituição. (BRASIL, STF, RE nº 590.415, 2014).

Referido precedente (*leading case*) fora seguido no julgamento do RE nº 895.759 do STF, pelo voto do Ministro Teori Zavascki:

O acórdão recorrido não se encontra em conformidade com a *ratio* adotada no julgamento do RE 590.415, no qual esta Corte conferiu especial relevância ao princípio da autonomia da vontade no âmbito do direito coletivo do trabalho. Ainda que o acordo coletivo de trabalho tenha afastado direito assegurado aos trabalhadores pela CLT, concedeu-lhe outras vantagens com vistas a compensar essa supressão. Ademais, a validade da votação da Assembleia Geral que deliberou pela celebração do acordo coletivo de trabalho não foi rechaçada nesta demanda, razão pela qual se deve presumir legítima a manifestação de vontade proferida pela entidade sindical. (BRASIL, STF, RE nº 895.759, 2016)

O precedente do Supremo Tribunal Federal foi legitimador da principal alteração da Reforma Trabalhista (Lei nº 13.467/17) que na nova redação do art. 611-A da CLT reconhece a prevalência do negociado sobre o legislado.

No tema de “repercussão geral” nº 1046, ao estabelecer a controvérsia que transcende os interesses subjetivos da causa, pela perspectiva social, econômica ou jurídica, houve registro do fundado receito de que: *“as categorias sejam novamente inseridas em uma conjuntura de insegurança jurídica com o enfraquecimento do instituto da negociação coletiva”*.

No voto do Relator Ministro Gilmar Mendes no ARE nº 1.121.633, foi reconhecida a viabilidade jurídica de restrição dos direitos trabalhistas por ACT/CCT, independentemente da explicitação das vantagens compensatórias, enfrentando limites constitucionais quanto ao catálogo de direitos absolutamente indisponíveis, com referência ao voto paradigma do Ministro Luís Roberto Barroso acima referenciado:

As regras autônomas juscoletivas podem prevalecer sobre o padrão geral heterônomo, mesmo que sejam restritivas dos direitos dos trabalhadores, desde que não transacionem setorialmente parcelas justralhistas de indisponibilidade absoluta. Embora, o critério definidor de quais sejam as parcelas de indisponibilidade absoluta seja vago, afirma-se que estão protegidos contra a negociação in pejus os direitos que correspondam a um patamar civilizatório mínimo, como a anotação da CTPS, o pagamento do salário mínimo, o repouso semanal remunerado as normas de saúde e segurança do trabalho, dispositivos antidiscriminatórios, a liberdade de trabalho etc. Enquanto tal patamar civilizatório mínimo deveria ser preservado pela legislação heterônoma, os direitos que o excedem sujeitar-se-iam à negociação coletiva, que, justamente por isso, constituiria um valioso mecanismo de adequação das normas trabalhistas aos diferentes setores da economia e a diferenciadas conjunturas econômicas. (BRASIL, STF, ARE nº 1.121.633, 2022).

Diante da plasticidade apresentada no constitucionalismo social para conformação com as disposições da Reforma Trabalhista, remanesce, a discussão doutrinária e jurisprudencial dos contornos das parcelas trabalhistas de indisponibilidade absoluta.

Nesse sentido, Maurício Godinho Delgado (2014) dissertando a respeito dos direitos fundamentais de segunda dimensão, que envolvem as prestações positivas em matéria social e econômica, que asseguram um patamar civilizatório mínimo, faz referência as normas de indisponibilidade absoluta, não relativa, submetidas à possibilidade de transação:

- (i) Normas constitucionais em geral: previsão de um rol mínimo de disposições fundamentais em matéria trabalhista no art. 7º da CF, respeitadas, é claro, as ressalvas parciais dos incisos VI, XIII e XIV;
- (ii) Normas de tratados e convenções internacionais: vigorantes no plano interno brasileiro pela cláusula de abertura do art. 5º, § 2º, CF/88, representando regras que expressam um patamar civilizatório próprio do mundo ocidental;
- (iii) Normas legais infraconstitucionais: que asseguram patamares de cidadania ao indivíduo que labora (preceitos relativos à saúde e segurança no trabalho, normas concernentes à base salarial mínima, normas de identificação profissional, dispositivos antidiscriminatórios, etc).

Desta forma, a teoria do constitucionalismo social reconhece um catálogo mínimo de direitos trabalhistas, um “Direito Mínimo do Trabalho”, regras imantadas de indisponibilidade absoluta, estabelecendo limites formais a amplitude do princípio da autonomia coletiva da vontade.

3.4. INAPLICABILIDADE DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE

Havia pela 2ª Jornada de Direito e Processo do Trabalho da ANAMATRA (2017) uma possibilidade de que a censura dos excessos da Reforma Trabalhista não viria necessariamente por controle de constitucionalidade, pela inconsistência substancial do texto normativo infraconstitucional com o texto da Constituição, mas também, por controle de convencionalidade, diante do mínimo existencial revelado pelo conteúdo das Convenções da OIT ratificadas pelo Brasil.

O art. 5º, § 2º, da CF remonta a viabilidade do exercício jurisdicional de um controle de convencionalidade, fundamenta normativo-institucional que revela a cláusula de abertura sistema jurídico constitucional Brasileiro ao internacional de direitos humanos de 2ª dimensão, de natureza social e econômica, um bloco de

constitucionalidade, com a previsão de direitos e garantias fundamentais fora texto formal da Constituição.

Os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil, que em matéria trabalhista são revelados pelas Convenções da OIT ratificadas pelo Brasil, por força do § 1º, do art. 5º da CF, tem aplicação imediata, e não podem ser revogados por lei ordinária posterior, pela inegável índole constitucional.

Ao analisarmos a hierarquia de fonte normativa dos tratados internacionais, ressaltamos, no âmbito do STF, o julgamento do HC nº 72.131 (1995), no qual o Ministro Celso de Melo reconhece a natureza jurídica dos tratados internacionais compatível à lei ordinária. Nesta oportunidade, o Ministro Sepúlveda Pertence registra sua posição relativa ao efeito da “supralegalidade” dos tratados internacionais.

Como um precedente no STF, no julgamento do RE nº 466.343 (2008), o relator o Ministro Gilmar Mendes, reconheceu a característica *sui generis* dos tratados internacionais que tenham por objeto os direitos humanos, e para efeito de não haver uma ampliação excessiva de um conteúdo materialmente constitucional, foi reafirmada a tese de que estes tratados detêm *status* de “supralegalidade”, segurança jurídica para controle jurisdicional do bloco de constitucionalidade.

Em relação ao “bloco de constitucionalidade” Flávia Piovesan reconhece:

Em favor da hierarquia constitucional dos direitos enunciados em tratados internacionais, outro argumento se acrescenta: a natureza materialmente constitucional dos direitos fundamentais. O reconhecimento se faz explícito na Constituição de 1988, ao invocar a previsão do art. 5º, § 2º. Vale dizer, se não se tratasse de matéria constitucional, ficaria sem sentido tal previsão. A Constituição assume expressamente o conteúdo constitucional dos direitos constantes dos tratados internacionais dos quais o Brasil é parte. Ainda que esses direitos não sejam enunciados sob a forma de normas constitucionais, mas sob a forma de tratados internacionais, a Carta lhes confere valor jurídico de norma constitucional, já que preenchem e completam o catálogo de direitos fundamentais, previsto pelo Texto Constitucional. Nesse sentido, afirma Canotilho: “o programa normativo-constitucional não pode se reduzir, de forma positivística, ao ‘texto’ da Constituição. Há que densificar, em profundidade, as normas e princípios da constituição, alargando o ‘bloco de constitucionalidade’ a princípios não escritos, mais ainda reconduzíveis ao programa normativo-constitucional, como formas de densificação ou revelações específicas de princípios ou regras constitucionais positivamente plasmadas. Os direitos internacionais integrariam, assim, o chamado ‘bloco de constitucionalidade’, densificando a regra constitucional positivada no § 2º do art. 5º, caracterizada como cláusula constitucional aberta”. (PIOVESAN, 2008, p. 54)

Segundo Valério Oliveira Mazzuoli (2011, p. 47) a proposição do STF seria injurídica, posto que o efeito da suprallegalidade é decorrência lógica do art. 27 da Convenção de Viena/1969, conferida a qualquer tratado internacional, independente do seu conteúdo, sua posição hierárquica superior a lei ordinária. O país signatário não pode deixar de cumprir uma obrigação, voluntariamente, assumida no plano internacional a pretexto de preservar seu direito interno, que com aquele dispositivo esteja em conflito.

A distinção promovida pela EC nº 45/04, entre os §§ 2º e 3º do art. 5º da CF refere-se, apenas, no primeiro caso, a um tratado internacional formalmente constitucional, e no segundo, um tratado internacional que seja ao mesmo tempo formal e materialmente constitucional, uma vez que pelo *quórum* especial, o tratado passa a ter “equivalência” a uma emenda constitucional.

Para Arnaldo Süssekind, no âmbito da OIT, haverá a prevalência no conteúdo de suas Convenções normas de caráter principiológico, de conteúdo aberto, hábil a melhor adaptação às condições socioeconômicas das partes signatárias:

A análise das convenções da OIT indica que até 1950 predominava a feição regulamentar desses instrumentos e que, a partir de 1970, a Conferência vem manifestando nítida preferência pelas convenções de princípios complementadas por recomendações detalhadas do tipo regulamentar. (SÜSSEKIND, 2000, p. 184).

Em sentido contrário a posição majoritária do STF, o Ministro Edson Fachin em voto exarado na ADI nº 6363, reconhece a aplicabilidade imediata e concreta dos tratados internacionais em matéria trabalhista:

No presente caso, não há como se relativizar o grave quadro de emergência sanitária porque passa o mundo. Medidas urgentes e necessárias devem ser tomadas, mas é imperioso que elas sempre sejam feitas em conformidade com a Constituição. No âmbito dos direitos econômicos, sociais e culturais, particularmente mais afetados em um cenário de forte restrição econômica, há parâmetros estáveis a serem observados, mesmo quando de uma emergência. Os artigos 2º, 3º e 4º do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, aplicáveis diretamente *in casu* por força do disposto no art. 5º, § 2º, da CRFB, fornecem precioso material de análise. [...] Como a melhor definir o conteúdo dessa norma, especialmente em um cenário de grave contração econômica, o Alto Comissário das Nações Unidas para os Direitos Humanos propôs, no Relatório sobre Medidas de Austeridade e Direitos Humanos (A/48/51), que as medidas sejam avaliadas a partir (i) do interesse genuíno do Estado; (ii) da necessidade, razoabilidade, temporariedade e proporcionalidade das medidas de austeridade; (iii) da exaustão de meios alternativos e menos restritivos; (iv) da não-discriminação; (v) da proteção autêntica do mínimo existencial; (vi) da participação genuína dos grupos afetados. (BRASIL, STF, ADI nº 6363, 2020).

Em sentido contrário, destacamos a posição da Ministra Carmen Lúcia em favor da prevalência do realismo jurídico:

Desde o voto do Ministro-Relator até o voto do Ministro Fux, a divergência que se põe é exatamente a forma de interpretar e propor a aplicação desses vetores constitucionais interpretativos e a interpretação das normas questionadas quanto a sua validade. [...] Tenho para mim, Senhor Presidente, que a razoabilidade jurídica é a busca da razão jurídica da norma, a razão de ser da norma, que conduz o intérprete constitucional à finalidade dessa norma e a buscar sua aplicação para cumprir essa finalidade. Por isso, tantas vezes foi repetido aqui, com ênfase projetada para interpretação das normas questionadas, a excepcionalidade da situação determinante desta legislação e a temporariedade de sua subsistência e de sua aplicação, que há de estar na base, pelo menos, do voto que proferi. [...] Também, por ser medida provisória, há que se lembrar que está sujeita ao crivo político e a eventuais modificações do Poder competente, o Poder Legislativo - o que também aqui foi enfatizado. [...] Vou repetir: não tenho nenhuma dúvida da imprescindibilidade do sindicato, pelas próprias condições, no modelo capitalista adotado no sistema brasileiro. Imprescindibilidade necessária, mas que, neste momento, acho que levaria a maior desemprego. Por isso, penso que o ato jurídico de acordo individual, neste caso, prescinde de uma necessária atuação do sindicato. (BRASIL, STF, ADI nº 6363, 2020).

Em favor da preservação da segurança jurídica nas relações sociais do trabalho, não obstante a decisão majoritária tomada em situação econômica e social de excepcionalidade, não inclinação na composição majoritária no Supremo Tribunal Federal a admitir o controle de convencionalidade em matéria trabalhista, inviabilizando a opção doutrinária do Enunciado nº 1, da 2ª Jornada de Direito e Processo do Trabalho.

3.5. TRANSPLANTES JURÍDICOS ACRÍTICOS

Dentre as decisões exaradas pelo Supremo Tribunal Federal, dentro do controle de constitucionalidade da Reforma Trabalhista, com afastamento dos argumentos clássicos da doutrina tradicional do Direito do Trabalho, cumpre registrar um giro argumentativo, de um realismo jurídico, de um argumento pragmático que de suporte as alterações estruturais que absorva um posicionamento mais liberal.

Para tanto, nota-se sob a justificativa de uma plasticidade do constitucionalismo social, que acompanhe a evolução socioeconômica, haveria certa dose de exagero no estrangeirismo argumentativo sem uma precaução comparatista hábil a realização de um transplante jurídico crítico, e não acrítico, sem o rigor jurídico da teoria

aplicável, lançando mão de um subsídio técnico do direito comparado, sem o compromisso teórico dos tratadistas.

À título de exemplo, no Voto do Ministro Luiz Fux (ADI 5.794/DF e ADC nº 55), que reconhece a facultatividade do antigo imposto sindical, há argumentos fortemente amparado no realismo jurídico, em uma opção jurisprudencial capaz de fomentar o renascimento institucional, com garantias de efetiva representatividade da categoria profissional, sem qualquer reformulação das bases estruturais da instituição Sindical, que depende de Emendas à Constituição para seu alinhamento com a Convenção nº 87 da OIT, preservando o conceito de “liberdade sindical”.

Vejamos a decisão e comentário:

EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL E TRABALHISTA. REFORMA TRABALHISTA. FACULTATIVIDADE DA CONTRIBUIÇÃO SINDICAL . CONSTITUCIONALIDADE. INEXIGÊNCIA DE LEI COMPLEMENTAR . DESNECESSIDADE DE LEI ESPECÍFICA. INEXISTÊNCIA DE OFENSA À ISONOMIA TRIBUTÁRIA (ART. 150, II, DA CRFB). COMPULSORIEDADE DA CONTRIBUIÇÃO SINDICAL NÃO PREVISTA NA CONSTITUIÇÃO (ARTIGOS 8 °, IV, E 149 DA CRFB). NÃO VIOLAÇÃO À AUTONOMIA DAS ORGANIZAÇÕES SINDICAIS (ART. 8 °, I, DA CRFB). INOCORRÊNCIA DE RETROCESSO SOCIAL OU ATENTADO AOS DIREITOS DOS TRABALHADORES (ARTIGOS 1 °, III E IV, 5 °, XXXV, LV E LXXIV, 6 ° E 7 ° DA CRFB). CORREÇÃO DA PROLIFERAÇÃO EXCESSIVA DE SINDICATOS NO BRASIL. REFORMA QUE VISA AO FORTALECIMENTO DA ATUAÇÃO SINDICAL. PROTEÇÃO ÀS LIBERDADES DE ASSOCIAÇÃO, SINDICALIZAÇÃO E DE EXPRESSÃO (ARTIGOS 5 °, INCISOS IV E XVII, E 8 °, CAPUT, DA CRFB). GARANTIA DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO (ART. 5 °, IV, DA CRFB). AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE JULGADAS IMPROCEDENTES. AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE JULGADA PROCEDENTE. A Carta Magna não contém qualquer comando impondo a compulsoriedade da contribuição sindical, na medida em que o art. 8º, IV, da Constituição remete à lei a tarefa de dispor sobre a referida contribuição e o art. 149 da Lei Maior, por sua vez, limita-se a conferir à União o poder de criar contribuições sociais, o que, evidentemente, inclui a prerrogativa de extinguir ou modificar a natureza de contribuições existentes. [...] 6. A supressão do caráter compulsório das contribuições sindicais não vulnera o princípio constitucional da autonomia da organização sindical, previsto no art. 8º, I, da Carta Magna, nem configura retrocesso social e violação aos direitos básicos de proteção ao trabalhador insculpidos nos artigos 1º, III e IV, 5º, XXXV, LV e LXXIV, 6º e 7º da Constituição. 7. A legislação em apreço tem por objetivo combater o problema da proliferação excessiva de organizações sindicais no Brasil, tendo sido apontado na exposição de motivos do substitutivo ao Projeto de Lei nº 6.787/2016, que deu origem à lei ora impugnada, que o país possuía, até março de 2017, 11.326 sindicatos de trabalhadores e 5.186 sindicatos de empregadores, segundo dados obtidos no Cadastro Nacional de Entidades Sindicais do Ministério do Trabalho, sendo que, somente no ano de 2016, a arrecadação da contribuição sindical alcançou a cifra de R\$ 3,96 bilhões de reais. 8. O legislador democrático constatou que a contribuição compulsória gerava uma oferta excessiva e artificial de organizações sindicais, configurando uma perda social em detrimento dos trabalhadores, porquanto não apenas uma parcela dos vencimentos dos empregados era transferida

para entidades sobre as quais eles possuíam pouca ou nenhuma ingerência, como também o número estratosférico de sindicatos não se traduzia em um correspondente aumento do bem-estar da categoria. 9. A garantia de uma fonte de custeio, independentemente de resultados, cria incentivos perversos para uma atuação dos sindicatos fraca e descompromissada com os anseios dos empregados, de modo que a Lei nº 13.467/2017 tem por escopo o fortalecimento e a eficiência das entidades sindicais, que passam a ser orientadas pela necessidade de perseguir os reais interesses dos trabalhadores, a fim de atraírem cada vez mais filiados. 10. Esta Corte já reconheceu que normas afastando o pagamento obrigatório da contribuição sindical não configuram indevida interferência na autonomia dos sindicatos: ADI 2522, Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 08/06/2006. 12. O engajamento notório de entidades sindicais em atividades políticas, lançando e apoiando candidatos, conclamando protestos e mantendo estreitos laços com partidos políticos, faz com que a exigência de financiamento por indivíduos a atividades políticas com as quais não concordam, por meio de contribuições compulsórias a sindicatos, configure violação à garantia fundamental da liberdade de expressão, protegida pelo art. 5º, IV, da Constituição. Direito Comparado: Suprema Corte dos Estados Unidos, casos *Janus v. American Federation of State, County, and Municipal Employees, Council 31* (2018) e *Abood v. Detroit Board of Education* (1977). (BRASIL, STF, ADC n. 55, 2020).

A menção como linha de argumentação do voto a uma posição adotada pela Suprema Corte estadunidense no caso *Janus v. American Federation of State, and Municipal Employees* revela de forma equivocada um transplante jurídico acrítico, pelas características diversas da evolução de sistemas sindicais distintos, contrariando as bases desenvolvidas pelos comparatistas, para o exercício legítimo de estudos em Direito Comparado, reafirmando o “europeísmo” do direito latino-americano com bases na família jurídica romano-germânica da Europa Continental, e por esta razão René David, citado Jorge Esquirol afirma:

Os códigos, as culturas profissionais e outros elementos da cultura latino-americana de fato tiveram origem na Europa. Entende-se de maneira ampla por aqueles que trabalham com esses elementos que eles são europeus, embora talvez influenciados pelo contato com a tradição norte-americana de *common law*. David, no entanto, quer romper com essa tradição prévia do comparatismo e afirmar a importância das condições sociais e das circunstâncias históricas que se aplicam ao direito. (ESQUIROL, 2016, p. 1461)

A Teoria dos Transplantes Jurídicos propagada pelos principais tratadistas possui respaldo na técnica jurídica de modo harmônico permita uma perfeita acomodação do direito estrangeiro em determinado sistema jurídico, como desenvolvido sob a denominação *Legal Transplantes*, por Alan Watson em 1974.

O ponto central do debate trata da possibilidade da interferência de uma dada cultura na transferência normativa legal entre sociedades, o que depende uma conexão

orgânica estabelecida entre a lei local e o contexto no qual deva ser aplicado o texto legal transplantado de modo a permitir sua adequação aos aspectos culturais e econômicos em que possa estar inserido.

Devemos o estrangeirismo não contribui decisivamente para o debate entre sistema doador e receptor deve ser captado as reais condições para um transplante orgânico e não meramente mecânico.

Cabe aos tratadistas o papel de identificar por meio da gestão do conhecimento de forma que a lei transplantada congregue o contexto social e político no qual seja observada a sua aplicação.

A história do desenvolvimento jurídico na América Latina por vezes decorre dos reflexos da própria colonização que importa de forma inapropriada de alguns conceitos e formatos jurídicos “bem sucedidos” que possam ser extraídos do direito europeu, condições mínimas sem as quais seja possível verificar a rejeição das disposições normativas pela comunidade jurídica receptora.

No contexto da Guerra Fria, citamos a tese desenvolvimentista a nós imposta pelos juristas americanos como a única fórmula jurídica possível de alcançar o enfrentamento da “crise de governabilidade” identificada na América Latina, impondo as formulações teóricas “*top and down*” teve por sentido de promover o interesse dos agentes econômicos na região.

Nesse pretense processo de universalização dos conceitos, haveria opção de uma tese de convergência ortodoxa frustradas pela iniciativa de adoção de regras equivalentes a sociedades distintas, o que seria apenas alcançável por meio de uma aplicação fragmentada que leve em conta os aspectos locais.

Nesse processo, segundo as propostas dos principais tratadistas, haveria uma grande dificuldade de partirmos de conceitos jurídicos albergados por famílias jurídicas distintas como a *common law* e *civil law*, da forma como mencionado no julgamento do Supremo Tribunal Federal, devendo prevalecer na transposição proposta, um maior rigor científico, não circunscrito, a um simples processo universalista, convergente e acrítico.

Neste processo, as normas e institutos devem ser submetidos a um processo formal de “esfolamento”, que lhe suprima as influências sociais, políticas e econômica inerentes aos próprio processo histórico no qual estejam inseridas, deixando, ao menos na superfície, como fenômeno cultural específico hábil a transmutação, apenas “*comodities jurídica*”.

Segundo Rene David, ao analisar a teoria comparatista, para efeito da realização dos transplantes jurídicos faz-se necessária a indagação a respeito da inserção da regra de direito em cada uma das famílias jurídicas¹⁵:

Para detectar a existência de famílias legais, certamente é possível selecionar apenas uma ou outra para efeito de classificação. Do ponto de vista técnico, convém perguntar se alguém educado no estudo e na prática de uma lei será então capaz, sem muita dificuldade, de lidar com outra, se não se concluir que as duas leis não pertencem à mesma família. Isso pode ser devido às diferenças nos vocabulários das duas leis (elas não expressam os mesmos conceitos, ou porque a hierarquia das fontes e métodos de cada lei diferem em um grau considerável. Duas leis devem ser consideradas como pertencentes ao mesma família, ainda que empreguem os mesmos conceitos e técnicas, se fundamentarem em princípios filosóficos, políticos ou econômicos opostos e se buscarem alcançar dois tipos de sociedade inteiramente diferentes, os dois critérios devem ser cumulativos, não separados. (DAVID, 1978, p. 20).

O mesmo Rene David faz algumas observações pertinentes a respeito do *common law*¹⁶:

Em última análise, um ambiente diferente criou diferenças entre o *common law* dos países onde se originou e aqueles para os quais foi importado, esta observação é particularmente verdadeira no que diz respeito à família *common law* porque agrupa países como os Estados Unidos e o Canadá, onde um se formou uma civilização diferente em muitos aspectos da Inglaterra. As leis desses países gozam de um lugar amplamente autônomo dentro das famílias. (DAVID, 1978, p. 20).

Podemos a partir dos aspectos ligados a cada um dos fundamentos comuns de cada uma destas famílias normativas, identificar pontos de convergência como a moralidade cristã e o fenômeno cultura da renascença no que diz respeito a difusão dos direitos individuais perante as “*western laws*”.

Neste aspecto nos afastamos peremptoriamente do discurso de autoridade do sustentado “sujeito” doador proveniente da intenção deliberada de se adotar de forma

¹⁵ Texto original: To detect the existence of legal families, it is certainly possible to select only one or the other for the purpose of classification. From the technical standpoint advisable to ask whether someone educated in the study and practice of one law will then be capable without much difficult, of handling another if not be concluded that the two laws not belong to the same family. This may be so because of differences in the vocabularies of the two laws (they do not express the same concepts, or because the hierarchy of sources, and methods of each law differ to a considerable degree. Two laws to be considered as belonging to the same family, even though they employ the same concepts and technique if they are founded on opposed philosophical, political, or economic principles and if they seek to achieve two entirely different types of society the two criteria must cumulatively, not separately.

¹⁶ Texto original: A differently environment has ultimately created differences between the *common law* of the countries where it originated and that those into which it was imported this observation is particularly true with respect to the *common law family* because it groups countries such as the united states and Canada where a civilization different in many respects from of England has been formed the laws of these countries enjoy a largely autônomos place within the families. (DAVID, 1978, p. 20).

camuflada uma ideologia pré-determinada, o que pode ser exemplificado por meio das escolhas sociais realizadas no contexto de nosso próprio movimento constitucional, do qual, indevidamente o Supremo Tribunal Federal se distancia, gerando custos de transação na tomada de decisão que deva ser solidarizado por toda a nossa sociedade.

No âmbito privado, com maior ênfase, diante da ausência dos controles normativos exigidos nas estruturas jurídicas edificadas pela perspectiva do direito público, é possível visualizar com extrema nitidez, a absorção de um discurso de autoridade proveniente de uma elite jurídica, sem uma análise jurídica detida, crítica, e legitimada seja pela tese majoritária, que preserve as perspectivas pluralistas de ordem minoritária, inaugurada com a defesa intransigente dos direitos humano, um postulado ético capaz de fortalecer a identificação local com um sistema jurídico que se faça justo.

Desta forma ressaltamos o perigo de utilizarmos de um repositório global de normas jurídicas plenamente descontextualizadas, que não os conduza ao enfrentamento real e específico dos reais problemas setorizados que venham a serem enfrentados pelas sociedades contemporâneas, posto não haver possibilidade legítima no realimento dos fatos a viabilidade de uma aplicação universal da forma proposta por uma ideologia ascendente, e abstração conceitual resultante do processo de “esfolamento normativo” deve submeter-se sob a supervisão comparatista, de um processo de “recontextualização”, com a promoção da ruptura, a transformação, na intensidade almejada pela sua “idealização”, evitando consequências indesejáveis próprias das reações imunológicas do sistema jurídico receptor.

Ressaltamos, por oportuno, a necessidade de uma abordagem interdisciplinar indispensável ao desenvolvimento da teoria comparatista, ao propiciar precisão nos processos de simplificação, descontextualização e ressignificação na troca textual dos conceitos e institutos entre cada um dos sistemas.

E dentro deste contexto seria possível encontrar os traços de originalidade do direito latino americano segundo o próprio David, que congrega as variações europeias, preservando as especificidades inerentes ao seu próprio sistema de normatização:

O direito latino-americano é original em um primeiro sentido e é interessante de se estudar porque não adotou integralmente nem o direito francês, nem o espanhol, nem o português, nem o italiano, nem o direito alemão. Ele fez um esforço no sentido de tomar o melhor de cada um desses direitos, o mais satisfatório do ponto de vista teórico e prático, a maneira como eles combinaram e reconciliaram os princípios de direitos diversos constitui um experimento digno de interesse e confere a este direito a certeza da originalidade. (ESQUIROL, 2016, p. 1532)

Referidos aspectos de originalidade devem ser levados em consideração para identificar suas nuances que importaram em um melhor processo de identificação das melhores opções a serem absorvida pelo nosso sistema dentro da proposição doutrinária dos “*Transplantes Jurídicos Críticos*”.

De qualquer forma, sustentamos que por vezes a argumentação jurídica prevista nos votos do Supremo Tribunal Federal, ao entorno da construção de política legitimadora da própria tomada de decisão, especialmente na solução de questões práticas que ressemem de um comando normativo concreto e específico, pode vir a reproduzir algumas falhas na transposição de argumentos franqueados pelas bases comparatistas.

Haveria então uma continuidade na reprodução parcial de algumas ficções construída a partir do direito da América Latina.

Por vezes os transplantes jurídicos necessários a alcançar soluções aos problemas prementes da população são feitos a partir da projeção do próprio Direito Europeu, pelo fato que nossas próprias soluções, se apresentam destituídas de valor jurídico próprio, diante da preconcepção de sua insignificância no cenário jurídico internacional, rotulado pejorativamente ao direito proveniente de uma “República de Bananas”.

Haveria custos de transação repassados a toda a sociedade a partir da tomada de decisão em bases jurídicas equívocas, quando levado em consideração as condições culturais, sociais e econômicas locais.

Não negamos a conveniência deste crescente diálogo transnacional, que nos permita apresentar soluções criativas aos problemas atuais a partir da perspectiva da denominada “globalização do direito”.

E a partir destas premissas, alinhadas a um contexto cultural, econômico, mas principalmente institucionalmente peculiar, faz-se necessário à promoção das adaptações necessárias ao diálogo jurídico pluralista desenvolvendo a nossa própria tradição jurídica, em compasso, com a proposta de um resgate igualitário no plano social, por parte de um constitucionalismo vivo, hábil a superação de nossas mazelas institucionais, superando inclusive, as dificuldades inerentes às bases estruturais do nosso sistema jurídico que não nos permita o cumprimento das promessas de equalização das desigualdades sociais e econômicas com as quais conviva o próprio sistema jurídico em questão.

Registramos o ponto de vista de que a ideia de que o direito latino americano reflete a proposição de uma releitura adaptada às condições econômicas, sociais e

culturais a partir do Direito Europeu se justifica em certa medida por sintetizar a reprodução do colonialismo na perspectiva sociológica, ou mesmo antropológica, que promove um maior estreitamento das proposições argumentativas assumidas pelo conteúdo jurídico dos institutos aplicáveis em ambas as regiões.

Segundo Jorge L. Esquirol este argumento está solidificado no fato de ser certo que:

Existe uma longa história em que se podem apoiar com facilidade. Assim, por exemplo, os países da América Latina foram colonizados pela Europa durante três séculos, na segunda metade do século XIX os latinos americanos transplantaram uma grande quantidade de códigos europeus, e no início do Século XX, os latinos americanos continuam incorporando instituições, normas, e procedimentos europeus; ainda mais importante é que durante o século passado foi se consolidando o próprio discurso europeísta na América Latina, o que reforçou o imaginário coletivo a conexão nacional com o direito Europeu. (ESQUIROL, 2016, p. 507)

Diante destas particularidades, as reflexões desenvolvidas pelos comparatistas nos são úteis para identificar as principais barreiras sistêmicas na incorporação de conceitos jurídicos estrangeiros para a solução normativa nacionalizada, que compatibilize seus postulados com as condições locais, reduzindo significativamente os custos de transação a partir de uma melhor adequação das soluções jurídicas proposta a transposição de nossos problemas e desafios nacionais, e ofertando em certos aspectos, os argumentos sustentados para permitir a plasticidade do constitucionalismo social no âmbito do Direito do Trabalho.

4. ARUGUMENTO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DA EFICIÊNCIA ECONÔMICA

Com a crise do petróleo em 1973, e depois a queda do muro de Berlim em 1989, houve a hegemonia do pensamento neoliberal, refletida na construção da tese da desregulamentação do Estado do Bem-Estar Social (*Welfare State*), desenvolvida na Inglaterra, em 1979, por *Margaret Thatcher*, em 1980, nos Estados Unidos da América por *Ronald Reagan*, teoria esta, fundada no extremo da negação da intervenção Estatal na economia dos contratos, submetida à flutuação das livres forças de mercado, atestando a construção da tese do Estado mínimo.

Haveria a percepção de que o excesso de normas de proteção social acarreta como subproduto a ineficiência econômica e o aumento demasiado do custo de produção de bens e serviços, contribuindo sobremaneira para a ampliação da economia informal, revelada na realidade do desemprego estrutural.

Em meados da década de 1980, muitos economistas latino-americanos haviam abandonado a antiga visão estatizante das décadas de 1950 e 1960, a favor do que veio a ser denominado “*Consenso de Washington*”, propondo a ideia de que a melhor maneira de promover o crescimento é por meio de orçamentos equilibrados, inflação baixa, mercados desregulamentados e livre-comércio.

Este consenso de viés globalizante representa a institucionalização do neoliberalismo em 1989, sintetizado pelo mito da não intervenção do Estado na economia, impermeabilidade às possíveis investidas do Estado no domínio econômico, com a consagração dos direitos de propriedade, a fundamentação da livre iniciativa que fortalecimento da tese da desregulamentação do Direito do Trabalho.

Para Fabio Giambiagi e outros (2011, p. 135) a expressão acima citada decorre de:

[...] um encontro no *Institute for International Economics* em *Washington D.C.*, o economista *John Williamson* listou uma série de reformas que os países em desenvolvimento deveriam adotar na área econômica para que entrassem em uma trajetória de crescimento autossustentado. Esta lista foi intitulada pelo próprio Williamson de “*Consenso de Washington*”, pois ele acreditava ser um conjunto de medidas com que a maioria dos economistas ali presentes estaria de acordo. Sumariamente, as propostas de *Williamson* visava assegurar a disciplina fiscal e promover a ampla liberalização comercial e financeira, além de forte redução do papel do Estado na economia. (GIAMBIAGI, 2011, p. 135).

Diante das compreensíveis divisões ideológicas, inerentes a uma sociedade, no campo econômico, há grande discussão a respeito do dimensionamento do Estado em uma economia capitalista de livre mercado.

Para Milton Friedman¹⁷ o Estado deve prover apenas as regras do jogo, o que não poderia ficar a cargo do setor privado, franqueando maior eficiência ao processo econômico, que venha a atuar em conformidade com as diretrizes legais, preservando o sagrado direito de propriedade, e propiciando a competição econômica salutar, em igualdade de condições, vejamos:

Esses são, então, os papéis básicos do governo em uma sociedade livre: fornecer um meio pelo qual podemos modificar as regras, mediar diferenças entre nós sobre o significado das regras e fazer cumprir as regras por parte daqueles poucos que caso contrário, não jogaria o jogo. A necessidade de governo nesses aspectos surge porque a liberdade absoluta é impossível. Por mais atraente que a anarquia possa ser como filosofia, não é viável em uma palavra de homens imperfeitos. As liberdades dos homens podem entrar em conflito, e quando isso acontece, a liberdade de um homem deve ser limitada para preservar a de outro como um juiz da Suprema Corte disse uma vez: 'Minha liberdade de mover meu punho deve ser limitada pela proximidade de seu queixo'. O maior problema ao decidir as atividades apropriadas do governo é como resolver tais conflitos entre as liberdades de diferentes indivíduos. (FRIDMAN, 1992, p. 25).

Em sentido contrário, diante das teses desenvolvimentistas, Paul Krugman reconhece a efetividade de planos de estímulo econômico providos por intervenção Estatal:

A maioria dos economistas, quando reflete sobre o tema, considera a Grande Depressão de 1930 tragédia gratuita e desnecessária. Bastava que Hebert Hoover não tivesse tentado equilibrar o orçamento, em face do desaquecimento da atividade econômica; bastava que o Federal Reserve não houvesse defendido o padrão-ouro, as expensas da economia interna; bastava que as autoridades regulatórias tivessem bombardeado dinheiro para os bancos ameaçados, acalmado os mercados e atenuando o pânico bancário que se desenvolveu de 1930-31.[...] entre John Maynard Keynes e Milton Friedman [...] as autoridades públicas mais sofisticadas (para não mencionar o Fundo

¹⁷ Vejamos a posição de *Milton Friedman* no original (1992): (p. 25) “These then are the basic roles of government in a free society: to provide a means whereby we can modify the rules, to mediate differences among us on the meaning of the rules, and to enforce compliance with the rules on the part of those few who would otherwise not play the game. The need for government in these respects arises because absolute freedom is impossible. However attractive anarchy may be as a philosophy, it is not feasible in a world of imperfect men. Men’s freedoms can conflict, and when they do, one man’s freedom must be limited to preserve another’s as a Supreme Court Justice once put it, ‘My freedom to move my fist must be limited by the proximity of your chin’. The major problem in deciding the appropriate activities of government is how to resolve such conflicts among the freedoms of different individuals”.

Monetário Internacional) deveriam ser capazes de coordenar com rapidez pacotes de socorro que circunscrevessem as crises e evitassem o contágio”. (KRUGMAN, 2009, p. 27)

Ao analisarmos o contraponto do Estado Liberal com sua vertente Social, esclarecemos que o primeiro sempre esteve voltado à preservação das liberdades individuais perante a ingerência, a interferência, indevida do Estado, preservando ao indivíduo o seu poder de autodeterminação ligado ao valor constitucional da liberdade.

Perante o Estado Social, a regulamentação jurídica passa a exigir deste uma postura ativa, de caráter interventivo, consubstanciada na efetivação das políticas públicas direcionadas por comando legislativo, supera a ideologia econômica restritiva atrelada ao Estado Mínimo, pela contrapartida da preservação de um mínimo existencial.

Como dado histórico, e devido à severa retração econômica após a 1ª Guerra Mundial, ocorrido em 1929 com o *crash* da bolsa de valores de Nova York, passou-se a discutir a nova feição do Estado Social, havendo uma nova concepção interventiva idealizada pelo Presidente Americano *Franklin Delano Roosevelt* através de amplo programa Estatal de estímulo econômico denominado *New Deal* (1933), que promove uma alteração jurisprudencial na Suprema Corte Americana.

Dalmo de Abreu Dallari destaca:

Enfrentando a resistência dos empresários e dos tradicionalistas, *Roosevelt* lançou seu programa de governo conhecido como *New Deal*, que era, na realidade, uma política intervencionista. A própria Suprema Corte norte-americana criou obstáculos para a implantação dessa nova política, mas as solicitações sociais eram intensas, os resultados começaram a demonstrar o acerto da orientação e, afinal, o intervencionismo se tornou irreversível. (DALLARI, 2013, p. 274).

Em paralelo, tem-se a criação, sistematização e expansão da teoria dos direitos fundamentais, de cunho eminentemente jurídico, com o efeito de promover um contraponto ao fator político dos regimes totalitários: (i) Nazismo/Alemanha (1933 a 1945); (ii) Facismo/Itália (1922 a 1974); (iii) Salazarismo/Portugal (1932 a 1974); e, (iv) Franquismo/Espanha (1939 a 1974). Com a 2ª Grande Guerra Mundial (1939 a 1945), houve seguramente o ápice do *Welfare State* (Estado do bem estar social), com intensidade diferente em cada um dos países desenvolvidos e em desenvolvimento, para alguns destes últimos.

Sequer fora possível a real experiência de um Estado Social, havendo sempre uma inconciliável dificuldade teórica e prática de definição exata dos limites da responsabilidade do Estado no campo social, não havendo, como alternativa simplista, a

mera transferência destas responsabilidades consagradas no plano constitucional, por *benesses* legislativas deliberadas com intuito de isenção de responsabilidade própria a sua titularidade, a serem direcionadas ao setor privado, como se o *Welfare State* de natureza pública, pudesse assumir, indevidamente, feições privadas.

O papel do Estado na reativação dos ciclos econômicos de prosperidade está relacionado a uma abordagem interventiva, não realizável pelas iniciativas do próprio mercado, no sentido de sua autopreservação, com baixas doses de confiança institucional, a solução estaria nas teses desenvolvimentistas, em especial, pelas novas demandas sociais relacionadas a meio ambiente e previdência social.

Em que pese a argumentação jurídica em relação a postura, inclinação, da Corte Constitucional ao “realismo jurídico”, devemos observar em sentido contrário a posição defendida por Boaventura de Sousa Santos, revelando na iniciativa um traço conservador dos tribunais superiores como obstáculo ao avanço de uma agenda progressista:

Durante parte do século XX quando polêmicos ou objeto de acesa atenção pública, os tribunais inclinaram-se para o conservadorismo, para o tratamento discriminatório da agenda política ou dos agentes políticos progressistas. [...] Nos anos de 1936, destacou-se o Supremo Tribunal de Justiça dos Estados Unidos pelo modo como bloqueou sistematicamente as grandes reformas do Presidente *Roosevelt* conhecidas por *New Deal* invocando concepções de direito civil e propriedade estritamente individualistas que não permitiam avançar as reformas. (SOUSA SANTOS, 2014, p. 10).

A conversão da composição majoritária ao “realismo jurídico” do Supremo Tribunal Federal, por ser expresso no voto proferido pelo Ministro Luiz Fux na ADI nº 6363:

Como aqui foi destacado, o Direito não vive apartado da realidade. Então, quer a escola do Realismo Jurídico ou a escola Hermenêutica Brasileira, capitaneada por Carlos Maximiliano, nós estamos diante de um quadro excepcional, de um Direito excepcional, e que se interpreta com essa excepcionalidade que ele encerra. Tanto é que se trata de um ato normativo que traz no seu bojo o germe da sua própria extinção. De sorte que nós não estamos no quadro de normatividade usual, mas em um quadro de normatividade excepcional. Nesse primeiro momento, o papel da jurisdição constitucional, conforme destacado pelo Ministro Luís Roberto Barroso, efetivamente deveria ser decidir e não decidir, porque na falta *expertise*, experiência, e capacidade institucional daqueles segmentos científicos que elaboraram essa medida em tempo recorde. Entretanto, é imperiosa a palavra do Supremo Tribunal Federal, na medida que se elege, como causa *petendi*, a violação de direitos constitucionais. [...] O que nós estamos assistindo agora são interesses convergentes de empregados e empregadores no afã da

manutenção dos empregos, evitando um gravíssimo problema social, mercê da crise econômica que se abate nessas empresas que carregam esses empregos. Eu entendo que essa liberdade e autonomia, à luz do realismo jurídico, como assentava o justice *Oliver Holmes*, de *Massachussets*, não podem ser abandonadas. Esse realismo jurídico deve impregnar a nossa interpretação e exegese dos dispositivos constitucionais. Em primeiro lugar, porque o art. 7º assenta que são direitos dos trabalhadores, dentre outros, o seguro desemprego, salário mínimo, previdência social, piso salarial e a irredutibilidade do salário. Então, do texto constitucional, depreende-se que é possível a redutibilidade dos salários e a higidez de todos esses negócios que já foram empreendidos, remetendo-se, conforme a lei, a *posteriori*, esse documento para os sindicatos. O segundo fundamento é que nós não podemos olvidar que a reforma trabalhista trouxe, no seu bojo, um novo cunho ideológico em relação às entidades sindicais, não só porque o art. 8º da Constituição Federal dispõe que é livre a associação sindical, como também a reforma trabalhista, à luz das experiências práticas, concluiu exatamente que os sindicatos não estavam cumprindo os seus desígnios maiores, estabelecidos pela Constituição Federal.

Neste sentido, sob o argumento econômico expressado no “realismo jurídico”, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a constitucionalidade de diversas alterações paradigmáticas da Reforma Trabalhista, e o efeito vinculante de suas decisões, deve provocar uma revisão dogmática da teoria clássica do próprio Direito do Trabalho.

4.1. LIBERALISMO ECONÔMICO E A ORDEM PÚBLICA

O Estado de índole liberal tem o comportamento de mero espectador diante do desenvolvimento das relações contratuais privadas, em geral, representada pelo “*laissez-faire, laissez-passer*”, uma função restrita de garantia da ordem social e política, assegurando, assim, aos particulares, ampla liberdade de ação econômica.

Houve no desenrolar dos acontecimentos uma decadência do sistema liberal, ao assegurar a igualdade jurídica formal perante a lei, e na preservação da autonomia privada da vontade, houve inegavelmente a ampliação das desigualdades sociais.

Segundo Eros Roberto Grau (2013) a consagração constitucional do princípio da dignidade da pessoa humana na Constituição Federal de 1988, coloca o aspecto humanitário como epicentro do ordenamento jurídico, comprometendo o exercício da atividade econômica pela promoção da existência digna, por políticas públicas de Estado.

A evolução dos direitos sociais teve respaldo no papel exercido pela Igreja Católica na construção das bases promocionais dos direitos sociais, como postulados indispensáveis a proteção do trabalhador dentro da ideia de justiça social, como na

Encíclica “*Rerum Novarum*” (Coisas Novas) do Papa Leão XIII de 1891, para efetividade de uma justiça social, o trabalho não deve ser tratado como mercadoria submetida às leis de mercado de oferta e procura.

A corrente do liberalismo coloca a autonomia privada da vontade no centro de todos os ajustes contratuais dos quais dependam umbilicalmente o progresso econômico, com um ajuste fino de intensidade que ocorre de tempos em tempos, por intermédio do conceito jurídico de ordem pública, revelada pelo dirigismo contratual.

O dirigismo contratual, revelado em normas de ordem pública, representa imposições programáticas que amoldam a ordem econômica diante de um conteúdo social vinculante, possibilidade de transformação social nas diretrizes intencionadas pelo constituinte de 1988, não havendo um campo social de neutralidade, o constituinte inconformado com a realidade social circundante, estabelece aquelas diretrizes para que se possa, ao seu tempo, forjar uma realidade que arrefeça os excessos do liberalismo.

O dirigismo contratual na concepção do Estado Social, deve apresentar variações em seu grau de intensidade, a competência legislativa por indução normativa deverá calibrar tanto as vantagens, quanto os ônus econômicos a serem distribuídos entre grupos sociais diversos, fenômeno que afeta em particular o Direito do Trabalho, especialmente na perspectiva de flexibilização de seus postulados, que possam caminhar em diversos sentidos, com inegável ampliação a partir da Reforma Trabalhista (Lei nº 13.467/17).

Heloisa Carpena (2001) observa com acuidade a crise da autonomia da vontade no contexto da sociedade de massas pós-revolução industrial, havendo uma verdadeira relativização do direito de contratar, com a paulatina intervenção do Estado na economia do contrato, controlando o seu conteúdo, com a introdução de elementos éticos que possam permitir a própria oxigenação do sistema, de forma a não frustrar a legítima expectativa das partes no contrato, com arrefecimento da força vinculante dos contratos.

Há uma nova diretriz reveladora de um movimento pendular a qual se submete um sistema jurídico de tempos em tempos, adaptando-se às novas realidades sociais e econômicas do seu tempo, e neste contexto, a Lei de Liberdade Econômica (Lei nº 13.874/19) tem a pretensão de garantir maior segurança jurídica nas relações contratuais, limitando, a possibilidade de o Poder Judiciário interferir no conteúdo do contrato, sob o argumento teórico da preservação de sua função social do contrato.

O Parágrafo Único do art. 421 do CC passa a prever o princípio da intervenção mínima, prevendo de forma excepcional a revisão do contrato.

A revisão contratual tem repercussões na confiança dos investidores institucionais, revelando a disfuncionalidade do sistema econômico, a confiabilidade e estabilidade das relações jurídicas são determinantes ao tráfico social, reduzindo pela previsibilidade de comportamento a excessiva judicialização das relações privadas.

A publicização do contrato restringe a autonomia provada da vontade com lastro valor constitucional da liberdade, que na atuação dos agentes econômicos passa ter a proteção constitucional da “livre iniciativa”.

Para Américo Plá Rodríguez (2015) o direito do trabalho reconhece os traços do dirigismo contratual na indisponibilidade das suas disposições normativas, justificada pela posição de vulnerabilidade do trabalho, sob pena de insegurança jurídica, cede espaço da *pacta sunt servanda* na preservação das normas de ordem pública.

A Reforma Trabalhista (Lei nº 13.467/17) amplia não apenas espaços coletivos de posituação de norma jurídica (art. 611-A da CLT c/c art. 7º, inciso XXVI, da CF), mas vai além da medida, ao criar espaços individuais de autonomia privada da vontade no contexto de relação de emprego, campo de discricionariedade validado por acordos individuais aos quais poderá ser submetido ao trabalhador hiperssuficiente (art. 444, § único, da CLT).

Pelas diretrizes da própria OCDE (2019)¹⁸, não há no sistema jurídico dos países riscos, instrumento de descentralização da normatização trabalhista que reconheça, por completa ausência de poder de barganha pelo trabalhador subordinado e com dependência econômica, a possibilidade de submeter a processo negocial com o mínimo de paridade de armas.

A intervenção do Estado na economia via poder legislativo, está lastreada na concepção teórica da construção de um arcabouço jurídico que possa franquear à efetividade, no plano infraconstitucional, do conteúdo constitucional valorativo da justiça social, limitando o exercício pleno dos interesses privados de matriz formal-individualista, para maior equilíbrio na articulação dos fatores de produção.

Ao exercer o poder regulamentar o Estado induz a conduta dos agentes privados, para que sobressaia o interesse coletivo sobre o individual, espírito arraigado no ideal da função social da propriedade.

¹⁸ Original: “The alternatives to collective bargaining are often either state regulation or no bargaining at all, since individual bargaining is not always a realistic option as many employees are not in a situation to effectively negotiate their terms of employment with their employer”.

Reconhece a essencialidade do direito de propriedade nas experiências constitucionais contemporâneas, que não foram reveladas por movimentos revolucionários, mas na sua maioria pela transição pacífica do poder político das elites econômicas as lideranças sociais, pelas bases irreversíveis da construção de nova realidade social, sob reserva da preservação do direitos de propriedade daquelas elites, preservando seus direitos de propriedade da nacionalização ou expropriação dos meios de produção, alcançáveis pelo arcabouço teórico dos direitos fundamentais, preservados por uma corte constitucional.

Para Maria Helena Diniz a ordem pública representa:

A imperatividade absoluta de algumas normas é motivada pela convicção de que determinadas relações ou estados da vida social não podem ser deixados ao arbítrio individual, o que acarretaria graves prejuízos para a sociedade. As normas impositivas tutelam interesses fundamentais, diretamente ligados ao bem comum, por isso são chamadas de “ordem pública”. (DINIZ, 1998, p. 376).

Eros Roberto Grau admite algumas dimensões da ordem pública:

As normas de ordem pública estão voltadas à preservação das condições que asseguram e sobre as quais repousa a estrutura orgânica da sociedade, ao passo que as normas de intervenção por direção instrumentam políticas públicas cuja dinamização envolve não meramente a preservação da paz social, mas a perseguição de determinados fins, nos mais variados setores da atividade econômica; as normas de ordem pública não apenas são compatíveis com ela, mas se compõe no núcleo da ordem jurídica do liberalismo, enquanto que as normas de intervenção por direção conduzem à transformação dessa ordem jurídica. (GRAU, 2014, p. 62).

Arion Sayão Romita entende que os efeitos concretos das normas de ordem pública revelam a vinculação aos direitos fundamentais resguardados no plano constitucional:

A ordem pública está subordinada aos direitos fundamentais, até porque ela é instrumental, no sentido de que serve para garantir os direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito, a ordem pública é consubstancial e coexistente com os direitos fundamentais, pois é ela que delimita o exercício dos direitos, porém, reciprocamente, os direitos fundamentais contribuem para lastrear a ordem pública, nesta modalidade de Estado, a ordem pública não dispõe de autonomia: vale em razão de sua função, que é a de proteger os direitos fundamentais. (ROMITA, 2014, p. 25)

Logo, as intervenções na ordem econômica para preservação dos direitos e valores sociais professados no texto da Constituição, dependem inexoravelmente de

articulação legislativa, uma vez que a harmonia e independência entre os poderes; para sua manutenção efetiva, depende do respeito do Poder Judiciário aos contornos da legalidade (não usamos aqui estrito limite), por reconhecer uma discricionariedade de juízo de ponderação inerente à função jurisdicional (atuação com razoabilidade e proporcionalidade), mas que não deve atuar sem amparo legal.

4.2. EFICIÊNCIA ECONÔMICA E REALISMO JURÍDICO

A análise da constitucionalidade da terceirização da atividade-fim prevista no art. 4º-A da Lei nº 6.019/74 (com redação pela Lei nº 13.467/17) pelo Supremo Tribunal Federal, contraria o posicionamento assumido pelo Enunciado nº 77 da 2ª Jornada de Direito e Processo do Trabalho, externando dentro da perspectiva do realismo jurídico, os contornos de argumentação jurídica ligada a eficiência econômica.

Luiz Carlos Amorim Robortella reconhece:

A subcontratação dá origem a uma parceria entre empresas, cada qual especializada em determinada atividade, direta ou indiretamente ligada ao ciclo produtivo, com seus próprios empregados ou prestadores de serviços, sem qualquer relação subordinante entre elas, mas como divisão e definição de responsabilidades. Da mesma forma, os empregados da empresa contratada não se sujeitam ao poder de comando da empresa contratante. (ROBORTELLA, 1994, p. 240).

Não obstante o novo marco legal da terceirização no Brasil em 2017 (Lei nº 13.429/17 c/c Lei nº 13.467/17), o Supremo Tribunal Federal censura pela inconstitucionalidade, a distinção entre atividade-meio e atividade-fim do item III, da Súmula nº 331 do TST para efeito do reconhecimento da licitude da terceirização apenas na atividade meio.

Para o Ministro Luís Fux no voto exarado no RE nº 760.931 do STF: vejamos:

A dicotomia entre “atividade-fim” e “atividade-meio” é imprecisa, artificial e ignora a dinâmica da economia moderna, caracterizada pela especialização e divisão de tarefas com vistas à maior eficiência possível, de modo que frequentemente o produto ou serviço final comercializado por uma entidade comercial é fabricado ou prestado por agente distinto, sendo também comum a mutação constante do objeto social das empresas para atender às necessidades da sociedade, como revelam as mais valiosas empresas do mundo. (BRASIL, STF, RE n.º 760.931, 2017).

Para Gilmar Mendes:

Nesse sentido, o critério insculpido a partir da Súmula 331 do TST não se coaduna com a realidade empresarial e econômica moderna, sendo

um critério aplicável à luz do subjetivismo. E assim o sendo, sob o prisma jurídico, revela-se como um não critério, na medida em que dele não se pode retirar normatividade, em razão da falta de definição segura das suas hipóteses de aplicação. [...] O problema se agrava quando trazemos à consideração os efeitos sociais e econômicos nefastos de decisões judiciais que permitem ou proíbem a terceirização com base em um não critério. O próprio *Ronald Coase* já demonstrava preocupação com o modo pelo qual “os tribunais influenciam a atividade econômica de modo direto. (BRASIL, STF, RE n.º 760.931, 2017).

Para Luís Roberto Barros na ADPF n.º 324 do STF:

Desde que respeitados os direitos mínimos previstos na Constituição e na legislação, a Constituição não impõe adoção de um modelo específico de produção e não impede o desenvolvimento de estratégias flexíveis. E, portanto, a Constituição não veda nem implícita nem explicitamente a terceirização. Essa é uma projeção ideológica de quem a interpreta com viés antigo, com todo respeito a quem pense diferente. E, no tocante à segurança jurídica, a interpretação que tem sido dada pela Justiça do Trabalho a essa matéria criou um ambiente de extrema insegurança jurídica, porque trabalha-se com conceitos jurídicos indeterminados como atividade-meio, atividade-fim, atividade essencial, e, aí, cada um projeta nesses conceitos elásticos o que deseja. [...] Portanto, a permissão de que esses conceitos jurídicos indeterminados sejam definidores da jurisprudência acaba gerando um grande grau de subjetividade e uma incerteza jurídica imensa. (BRASIL, STF, ADPF n.º 324, 2019).

Com a possibilidade de responsabilização do poder público em contexto de terceirização, admitido no item V da Súmula n.º 331 do TST, o Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADC n.º 16 restringiu a hipótese de responsabilização do Estado por meio da prova da “*fiscalização ineficiente*”, por culpa “*in vigilando*”.

A partir do precedente do Supremo Tribunal Federal, a Justiça do Trabalho considerando o princípio da aptidão da produção da prova (art. 818, § 1º, da CLT), passou a admitir a redistribuição do ônus da prova, para que o Estado viesse a comprovar nos autos que não tivesse atuado com negligência em relação ao cumprimento dos direitos trabalhistas.

Dever-se-á considerar na argumentação jurídica a factividade da desincumbência do ônus da prova, ser por uma lado o dever de fiscalizar é fato positivo, inserido no quadrante da regra estática do ônus da prova, a fiscalização deficiente é

negativo, o que pode atrair a exigência da “*prova diabólica*”, exceção do próprio § 2º, do art. 818 da CLT.

Para o Ministro Alexandre de Moraes:

A consolidação da responsabilidade do Estado por débitos trabalhistas de terceiros, alavancada pela premissa de inversão do ônus da prova em favor do trabalhador, acabaria por apresentar risco de desestímulo à colaboração da iniciativa privada com a Administração Pública, estratégia essencial para a modernização do Estado (Informativos nºs 852 e 859 do STF).

E ainda na Reclamação nº 51483 o Ministro faz menção a um “*comportamento sistematicamente negligente*” do Poder Público no contexto de terceirização.

Para o Ministro Dias Toffoli na reclamação nº 17064: “*a autoridade reclamada vale-se de argumentos com caráter de generalidade para persistir no entendimento anteriormente sedimentado na Justiça do Trabalho e que deu ensejo à propositura da ADC 16/DF*”.

Pelos argumentos expostos, o fato econômico passa a ser elemento de distinção na construção da Teoria Moderna do Constitucionalismo Social previsto na Constituição de 1988, sob a ótica da atual composição do Supremo Tribunal Federal, precedente não seguido integralmente pela Justiça do Trabalho.

A não validade da distinção promovida no item III, da Súmula nº 331 do TST, que reconhece a ilicitude da terceirização atividade-fim, acarretando um passivo trabalhista gigantesco as empresas, vulnera a um só tempo a livre iniciativa (art. 170 da CF), como linha central da ordem econômica reconhecida no texto Constitucional, e ainda, o princípio da legalidade revelador de estabilidade e segurança jurídica inerente às relações providas, segundo o qual a: *ninguém é dado a fazer ou deixar de fazer algo sem previsão legal* (art. 5º, II, da CF).

A prestação de serviços que tenha por objeto a transferência da execução dos serviços a terceiro pode alcançar qualquer atividade lícita, aplicação do art. 104, inciso II c/c art. 594 do CC, este último admite, literalmente, a contratação de qualquer “*espécie de serviço ou trabalho lícito*”.

Há inegavelmente um reposicionamento do STF em favor da legalidade, e por via de consequência a segurança jurídica, como regra fundamental no ordenamento jurídico pátrio. A importância do marco jurisprudencial estaria na eliminação que questão interpretativa com alta carga de judicialização, centrado na força concendida pela

legalidade a racionalidade do sistema jurídico ao franquear a estabilidade do passado, compreensão do presente e previsibilidade do futuro.

Então, o Supremo Tribunal Federal, tese em sede de repercussão geral na ADPF nº 324 prescreve:

É lícita a terceirização ou qualquer outra forma de divisão do trabalho entre pessoas jurídicas distintas, independentemente do objeto social das empresas envolvidas, mantida a responsabilidade subsidiária da empresa contratante.

Não há evidentemente uma chancela ampla e irrestrita a terceirização, uma vez que as hipóteses lícitas de intermediação de mão de obra estão restritas ao trabalho temporário (Lei nº 6.019/74), havendo ilicitude da terceirização na ausência, por substrato contratua, da transferência da execução do serviço contratado, a uma empresa prestadora de serviço, que o faça de forma autônoma e independente, com a possibilidade de reconhecimento de vínculo de emprego direto com o tomador do serviço.

No caso em questão, não a relativização princípio da primazia da realidade (art. 9º da CLT) censurando o abuso de formas.

Segundo o Ministro Celso de Melo no RE nº 958.252, os eventuais abusos cometidos na terceirização devem ser reprimidos pontualmente:

Sendo inadmissível a criação de obstáculos genéricos a partir da interpretação inadequada da legislação constitucional e infraconstitucional em vigor, que resulte na obrigatoriedade de empresas estabelecidas assumirem a responsabilidade por todas as atividades que façam parte de sua estrutura empresarial. (BRASIL, STF, RE n.º 958.252, 2018).

Para o Ministro Luiz Fux no RE nº 760.931 do STF:

A cisão de atividades entre pessoas jurídicas distintas não revela qualquer intuito fraudulento, consubstanciando estratégia, garantida pelos artigos 1º, IV, e 170 da Constituição brasileira, de configuração das empresas, incorporada à Administração Pública por imperativo de eficiência (art. 37, caput, CRFB), para fazer frente às exigências dos consumidores e cidadãos em geral, justamente porque a perda de eficiência representa ameaça à sobrevivência da empresa e ao emprego dos trabalhadores. (BRASIL, STF, RE n.º 760.931, 2017).

Luis Roberto Barroso na ADPF nº 324 entende que a dinâmica do mercado não comporta soluções reducionistas:

Quanto aos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência, esses princípios asseguram às empresas a liberdade para o desenvolvimento

de atividades econômicas e das suas estratégias de produção em busca dos melhores resultados, maior eficiência e maior competitividade. Desde que respeitados os direitos mínimos previstos na Constituição e na legislação, a Constituição não impõe adoção de um modelo específico de produção e não impede o desenvolvimento de estratégias flexíveis. (BRASIL, STF, ADPF n.º 324, 2019).

Ainda que estejamos diante de uma Constituição sem neutralidade no campo social, qualquer inclinação intervencionista no domínio econômico (Social), deve ser comedida, reservando-lhe apenas a função reguladora e restauradora de mercado de trabalho deteriorada pelo descumprimento das garantias constitucionais, para que em juízo de ponderação com os valores sociais do trabalho, não haja a negação da livre iniciativa.

4.3. FATO ECONÔMICO SUPERVENIENTE

Na esteira da argumentação jurídica prevalente da eficiência econômica na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, façamos uma análise indispensável da permeabilidade do direito a alteração das condições econômicas.

Há um impacto marcante do fato econômico sobre o direito, pela inviabilidade da transformação do ser pelo dever ser, o fato econômico precede ao direito, devendo este àquele se moldar, o que venha a arrefecer o dirigismo contratual do Estado pelas normas tutelares do trabalho, em especial nas crises econômicas, pela permeabilidade do mercado formal de trabalho as condições impostas à regulamentação social.

Não há de permanecer impassível, impermeável, às crises econômicas, como contraponto, não há como abandonar a finalidade tutelar do direito do trabalho, que se não deve ser obstáculo ao desenvolvimento econômico, por sua vez, este mesmo desenvolvimento, não prescindir do social.

O direito represente uma ferramenta de transformação social, de conformação da realidade subjacente, e não apenas uma superestrutura de justificação das relações de poder.

Os fatos socioeconômicos não de influenciar o conteúdo das regras jurídicas, o direito não pode abrir mão do seu protagonismo histórica na transformação da própria

realidade social, avanços e retrocessos fazem parte da dinâmica da vida que, por vezes, encontra nas crises a oportunidade do seu renascimento.

Para Luiz Carlos Amorim Robortella há clara interconexão entre a economia e o direito:

Enfim, não se afigura cientificamente possível sustentar a independência do direito do trabalho no confronto com os fatos econômicos. Em determinada situação de crise, pode ser legítima a desmontagem de suas estruturas que se revelam inadaptáveis à conjuntura econômica. O estudioso do direito do trabalho não deve perder de vista a conjuntura econômica a que se aplica a norma tutelar, pois daí se verificará se palpita de acordo com a realidade efetiva, real, concreta, ou se fica no vazio, como um corpo disforme, sem vida. A proteção, quando desgarrada do contexto econômico, corre o risco de transformar-se em desproteção. Para Amauri Mascaro Nascimento, o direito do trabalho não pode construir obstáculo ao desenvolvimento econômico, mas ao mesmo tempo não deve esquecer o progresso social; por isto, propõe um modo integrado de desenvolvimento socioeconômico. (ROBORTELLA, 1994, p. 25).

Com apego a realidade cambiante do Direito do Trabalho, Amauri Mascaro Nascimento reafirma a função do direito do trabalho perante os desafios impostos na contemporaneidade, sem perder de vista o fator de legitimidade que lhe concede a prerrogativa de mecanismo de controle social, e ao mesmo tempo, possa na trajetória da dialética das mutações da história, conjugar o econômico com o social:

O direito do trabalho segue uma trajetória dialética de implicações e polaridade sujeita a mutações em cada período da história, de modo a conjugar, no período contemporâneo, o econômico e o social. Sua função primeira é proteger pelo desnível dos sujeitos do contrato de trabalho, mas, por atuar em contrato de trabalho, não ignora a outra parte, o empregador, procurando não comprometer o desenvolvimento econômico que reverterá em benefício do trabalhador, residindo aqui um dos seus pontos críticos. [...] O direito deve ser justo, sem o que pode comprometer a sua função. Logo, o justo não é um fim do direito. É condição de legitimidade de todo o ordenamento jurídico para que tenha condições de cumprir suas finalidades. É a legitimação do poder fator indispensável para a manutenção do direito como mecanismo de controle social [...] O direito do trabalho, portanto, para cumprir os seus fins de instrumento de controle dos conflitos sociais e da segurança jurídica, deve ser justo. (NASCIMENTO, 2011, p. 47).

Luís Roberto Barroso pondera a valorização do trabalho em contexto de livre iniciativa, afirmando que:

Tais princípios correspondem a decisões políticas fundamentais do constituinte originário e, por esta razão, subordinam toda a ação no âmbito do estado, bem como a interpretação das normas constitucionais e infraconstitucionais. A ordem econômica, em particular, e cada um dos seus agentes – os da iniciativa privada e o próprio estado – estão

vinculados a esses dois bens: a valorização do trabalho [e, *a fortiori*, de quem trabalha], e a livre iniciativa de todos – que, afinal, também abriga a ideia de trabalho -, espécie do gênero liberdade humana. [...] Cabe, nesse ponto, uma breve anotação sobre a teoria dos princípios e como eles se inserem na ordem jurídica como um todo. Como já assinalado, nenhum princípio é absoluto. O princípio da livre iniciativa, portanto, assim como os demais, deve ser ponderado com outros valores e fins públicos previstos no próprio texto da constituição. Sujeita-se, assim, à atividade reguladora e fiscalizadora do Estado, cujo fundamento é a efetivação das normas constitucionais destinadas a neutralizar ou reduzir as distorções que possam advir do abuso de liberdade de iniciativa e aprimorar-lhe as condições de funcionamento. A ponderação é a técnica utilizada para a neutralização ou atenuação da colisão de normas constitucionais. (BARROSO, 2001, p. 189)

Para José Afonso da Silva há uma simbiose entre o direito econômico e os direitos sociais:

O direito econômico tem uma dimensão institucional, enquanto os direitos sociais constituem formas de tutela pessoal. O direito econômico é o direito da realização de determinada política econômica, ou, segundo Geraldo Vidigal “é a disciplina jurídica de atividades desenvolvidas nos mercados, visando a organizá-los sob inspiração dominante do interesse social”. Os direitos sociais disciplinam situações subjetivas pessoais ou grupais de caráter concreto. Em certo sentido, pode-se admitir que os direitos econômicos constituirão pressupostos da existência dos direitos sociais, pois, sem uma política econômica orientada para a intervenção e participação estatal na economia, não se comporão as premissas necessárias ao surgimento de um regime democrático de conteúdo tutelar dos fracos e mais numerosos. (AFONSO DA SILVA, 2014, p. 288).

A proposta de unidade da constituição prevê a acintosamente a valorização do trabalho, que seja convergente com livre iniciativa para que o desequilíbrio na ponderação dos valores constitucionais não veja a sabotar a diretriz programática da justiça social, matéria de mérito, com competência constitucional destinada ao poder legislativo.

4.4. CONSTITUCIONALIDADE DA TERCEIRIZAÇÃO DA ATIVIDADE FIM

Por ausência de legislação regulamentando a terceirização no Brasil, e pela construção jurisprudencial do TST através da edição da Súmula nº 331 do TST, sempre houve a discussão a respeito da possibilidade da terceirização da atividade-fim, e antes mesmo do novo marco regulatório, referida possibilidade foi objeto de apreciação no

STF, por meio do ARE nº 713.211 de relatoria do Ministro Luiz Fux, e ADPF nº 324 de relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso.

Nestes processos discutiu-se a validade da Súmula nº 331 do TST, sendo que a legalidade da terceirização da atividade-fim tem por fundamento o princípio da livre iniciativa (art. 170 da CF), linha central da ordem econômica reconhecida no texto Constitucional, conjugado com o não menos fundamental princípio da legalidade, segundo o qual *a ninguém é dado a fazer ou deixar de fazer algo sem previsão legal* (art. 5º, II, da CF).

O contrato de prestação de serviços que tenha por objeto a transferência da execução dos serviços a terceiro pode alcançar qualquer atividade lícita, aplicação do art. 104, inciso II c/c art. 594 do CC, este último admite, literalmente, a contratação de qualquer *“espécie de serviço ou trabalho lícito”*.

Há inegavelmente um reposicionamento do STF em favor da legalidade, e por via de consequência a segurança jurídica, como regra fundamental no ordenamento jurídico pátrio. A importância do marco jurisprudencial estaria na eliminação da questão interpretativa com alta carga de judicialização, centrado na força a racionalidade do sistema jurídico ao franquear a estabilidade do passado, compreensão do presente e previsibilidade do futuro.

No julgamento da legalidade da terceirização da atividade-fim no período anterior ao novo marco regulatório, foi aprovado pelo Supremo Tribunal Federal tese em sede de repercussão geral, segundo a qual: *“é lícita a terceirização ou qualquer outra forma de divisão do trabalho entre pessoas jurídicas distintas, independentemente do objeto social das empresas envolvidas, mantida a responsabilidade subsidiária da empresa contratante”*.

Em sentido contrário na ADIN nº 5735, ajuizada pelo Procurador Geral da República Rodrigo Janot, em 27 de junho de 2017, questionando a inconstitucionalidade material da Lei nº 13.429/17, que trata da terceirização da atividade-fim, fora ressaltado que a relação de emprego, seja a opção do legislador constitucional quanto à fórmula preponderante para a gestão da força de trabalho no Brasil, e a inserção do trabalhador no sistema produtivo, demonstra no contexto da triangulação da terceirização uma profunda fragilidade jurídica e social, diante da previsão no art. 7º, inciso I, da CF prescrevendo uma *“relação de emprego protegida”*, revelando a intenção deliberada da precarização dos direitos trabalhistas.

Segundo o Voto do Ministro Luis Roberto Barroso na ADPF nº 342, a dinâmica do mercado não comporta soluções reducionistas, não obstante o discurso hegemônico do neoliberalismo que temos presenciado em todas as esferas de poder, ainda pra o Ministro, não há como sustentar um obstáculo ao seu próprio funcionamento, e a regulação do mercado de trabalho não pode atuar em descompasso com uma realidade invetável, usando para tanto, em tese consequencialista, a primazia da liberdade de iniciativa e de empresa, nos limites teóricos propostos pela análise econômica do direito.

Para o Ministro a inconstitucionalidade da vedação da terceirização da atividade-fim teria respando em três pilares constitucionais:

(i) Violação aos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência: - Para Luis Roberto Barroso, as empresas precisam gozar de maior liberdade, a fim de que adotarem estratégias de produção que “lhes assegurem melhores resultados, maior eficiência e maior competitividade”: Quanto aos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência, esses princípios asseguram às empresas a liberdade para o desenvolvimento de atividades econômicas e das suas estratégias de produção em busca dos melhores resultados, maior eficiência e maior competitividade. Desde que respeitados os direitos mínimos previstos na Constituição e na legislação, a Constituição não impõe adoção de um modelo específico de produção e não impede o desenvolvimento de estratégias flexíveis. E, portanto, a Constituição não veda nem implícita nem explicitamente a terceirização. Essa é uma projeção ideológica de quem a interpreta com viés antigo, com todo respeito a quem pense diferente. E, no tocante à segurança jurídica, a interpretação que tem sido dada pela Justiça do Trabalho a essa matéria criou um ambiente de extrema insegurança jurídica, porque trabalha-se com conceitos jurídicos indeterminados como atividade-meio, atividade-fim, atividade essencial, e, aí, cada um projeta nesses conceitos elásticos o que deseja. [...] Portanto, a permissão de que esses conceitos jurídicos indeterminados sejam definidores da jurisprudência acaba gerando um grande grau de subjetividade e uma incerteza jurídica imensa. E boa parte desses trabalhadores que estão na informalidade poderiam estar na formalidade trabalhando em empresas terceirizadas. Portanto, eu penso que esta jurisprudência traz insegurança jurídica e pessoalmente acho que traz, inclusive, desemprego. Por fim, não há nenhuma lei que proíba a terceirização. Portanto, essas restrições são todas impostas por criação da própria Justiça do Trabalho. A invocação que se faz dos arts. 2º e 3º da CLT é de que a CLT prevê que as relações trabalhistas sejam bilaterais e que a terceirização criaria um tipo de relação jurídica trilateral. Tecnicamente, não é isso que ocorre e nem faz nenhum sentido essa crítica, porque, na terceirização, há duas relações bilaterais: a primeira, entre a empresa contratante e a empresa prestadora de serviços, uma relação de natureza civil; e a segunda, uma relação entre a empresa terceirizada e o empregado, está assim uma relação de natureza trabalhista. Portanto, não há uma relação trilateral, o que há são duas relações bilaterais. E, de resto, no Direito Privado vigora a autonomia da vontade. Se não há lei proibindo a terceirização, não há por que se interpretar que exista esta proibição, desde que respeitados os direitos trabalhistas, tais como previstos na Constituição e na própria CLT;

(ii) Violação ao princípio da segurança jurídica – para ele, a dicotomia das atividades (fim e de meio) pela Súmula nº 331 promove a insegurança jurídica e tratamento não isonômico, impedindo a redução da litigiosidade: A postulante observa, ainda, que não há qualquer lei que restrinja ou vede a terceirização, que pudesse servir de base quer para as limitações instituídas pelo Enunciado 331 do TST, quer para as

interpretações que, a pretexto de aplicá-lo, estabelecem novas restrições à terceirização. Argumenta que, ao contrário do que vem sendo praticado pela Justiça do Trabalho, a Constituição prevê expressamente que ao particular será permitido todo comportamento que não lhe tenha sido vedado por lei. Chama atenção para o fato de que a Justiça do Trabalho tem deixado de observar a licitude da terceirização inclusive nos casos em que lei formal expressamente a autoriza, como seria o caso do art. 94 da Lei 9.472/1997. Saliencia que esse quadro compromete a geração de empregos formais que ocorreria por meio da terceirização, a competitividade dos produtos brasileiros, tanto no mercado interno quanto no mercado externo, e o tratamento isonômico entre concorrentes, na medida em que a insegurança hermenêutica que se instalou tem gerado decisões conflitantes acerca de terceirizações similares praticadas por agentes econômicos que disputam o mesmo mercado, gerando impactos assimétricos de custos para cada qual;

A validade da terceirização da atividade-fim, e sua distinção com relação comercial que pretensamente venha a afetar a responsabilidade, ao menos subsidiária, do tomador do serviço, deve ter seus abusos coibidos pelo Poder Judiciário, com o fortalecimento do princípio da primazia da realidade (art. 9º da CLT), especialmente se não houver a transferência de atividade, a ser desenvolvida de forma autônoma e independente pela empresa de prestação de serviço, ou ainda, havendo uma transferência integral de atividade, mas camuflada por contratos de prestação de serviços fora do limites conceituais da terceirização, que envolve processo econômico próprio.

Para o Ministro Celso de Melo no RE nº 958.252, os eventuais abusos cometidos na terceirização devem ser reprimidos pontualmente:

Sendo inadmissível a criação de obstáculos genéricos a partir da interpretação inadequada da legislação constitucional e infraconstitucional em vigor, que resulte na obrigatoriedade de empresas estabelecidas assumirem a responsabilidade por todas as atividades que façam parte de sua estrutura empresarial. (BRASIL, STF, RE nº 958.252, 2021).

A Ministra Carmem Lúcia destacou que a terceirização não é a causa da precarização do trabalho nem viola, por si só, a dignidade do trabalho: “se isso acontecer, há o Poder Judiciário para impedir os abusos. Se não permitir a terceirização garantisse por si só o pleno emprego, não teríamos o quadro brasileiro que temos nos últimos anos, com esse número de desempregados”.

Dentro desta linha de argumentação, a restrição das hipóteses de terceirização quanto à atividade-meio do tomador do serviço estaria por interferir na amplitude do direito fundamental de livre iniciativa, que tem por corolário direto a própria liberdade de contratar (art. 5º, II, da CF), esvaziando, por sua vez, a liberdade do empreendedor de organizar sua própria atividade empresarial, dentro dos estreitos limites da legalidade,

concebendo a organização dos fatores de produção segundo a concepção que lhe traga maior eficiência econômica.

4.5. LIMITES DO PROCESSO ECONÔMICO DA TERCEIRIZAÇÃO E DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO

A exigência de um novo modelo de organização empresarial, disseminado pelo mundo, passa a exigir o novo marco regulatório da terceirização no Brasil, com maior segurança jurídica nas relações de trabalho em contexto da terceirização, com reflexos diretos na redução da excessiva judicialização pautada na ilicitude entre atividade meio e fim, que na prática, por métodos gerenciais, organizacionais, não haveria de estabelecer limite seguro, aprioristicamente, em contornos abstratos, gerais e impessoais, a sua distinção em uma economia disruptiva.

No transcorrer das discussões judiciais, houve tentativas isoladas de introduzir a autorização da terceirização da atividade-fim em alguns ramos de atividade, através de lei especial, que não foram reconhecidas pela jurisprudência majoritária do TST, como o caso da Lei nº 9.472/97 que trata da organização dos serviços de telecomunicações, autorizando, no art. 94, inciso II, a contratação de terceiros para a realização de “*atividades inerentes*”, talvez um termo impreciso, mas passível de ser aprovado pelo crivo político do Congresso Nacional à época, por não haver dentre as diversas alas ideológicas consenso no que seja pertinente a liberação da terceirização da atividade fim.

De qualquer forma, a questão ideológica perfilada por detrás da discussão parlamentar está destacada na própria exposição de motivos do Projeto de Lei nº 4.330/04 que revela a necessidade premente da reformulação da legislação no Brasil, quanto a este processo de terceirização, por transferência, de parte do processo produtivo indispensável à consecução da finalidade econômica da atividade empresarial.

Sua consecução dar-se-á de modo segmentado e específico, atendendo os anseios da empresa moderna, pelo argumento da racionalidade econômica, em um ambiente empresarial de extrema competição internacional, permitindo a reformulação da organização do trabalho, nos moldes até então conhecidos, para que possa estar em consonância com os conceitos modernos de administração e gestão, no que seja pertinente da organização da própria produção.

Como requisito formal ligado à própria ideia de licitude da terceirização, com a contratação de serviço de terceiro delimitado no seu objeto, previsão em contrato de

prestação por terceiro, haveria para preservação do substrato conceitual do *business purpose*, que o terceiro tenha por objeto social uma atividade que atenda na contratação a *expertise* justificadora da transferência.

Há preferência legislativa a critérios claros para a definição da especialização de tarefas sugeridas na exposição de motivos das leis em análise, traço característico da Lei nº 13.429/17, ao exigir a terceirização de atividades “*determinadas e específicas*”, com regência em contrato escrito, requisitos, prontamente, arrefecidos pelas disposições genéricas da Lei nº 13.467/17 (Reforma Trabalhista), que retira do texto da lei referidas exigências.

Para Amauri Mascaro Nascimento (2011) a regulamentação da terceirização no Brasil representa um fenômeno estrutural no qual há a “contratação, por uma empresa, de terceiro, pessoa física ou jurídica, para desempenhar parte de suas atividades”, uma espécie de subcontratação da produção e dos serviços, desenvolvida através de uma relação triangular, sem os traços de mera intermediação de mão de obra, exigindo-se a efetiva transferência da execução do serviço, de modo a fragmentá-lo da atividade econômica principal da empresa contratante.

Por esta razão será exercido por terceiro, empresa de prestação de serviço, de forma autônoma e independente, sem a intervenção das diretrizes empregatícias dos prepostos da contratante “tomadora do serviço”, interferindo cotidianamente no modo da execução do serviço.

Com as alterações promovidas pela Lei nº 13.467/17, a licitude (art. 104, II, do CC c/c art. 594 do CC) está vinculada com os elementos destacados pelo Enunciado nº 77 da 2ª Jornada de Direito e Processo do Trabalho, classificados da seguinte no art. 4º-A, da Lei nº 6.019/74, e a ausência destes requisitos, pela configuração da intermediação de mão de obra fora das hipóteses legais, situação fraudulenta reconhecida pelo princípio do contrato realidade (art. 9º da CLT), acarreta o reconhecimento do vínculo empregatício entre o empregado da empresa prestadora do serviço com a tomadora. Vejamos:

- (i) Transferência da execução do serviço: exigir-se-á a efetiva transferência da execução das atividades da tomadora para a prestadora, de acordo com as especificações contidas no objeto contratual;
- (ii) Execução autônoma da atividade transferida: sob pena de incorrer em ilicitude, através da intermediação de mão de obra não autorizada pela lei, a execução dos serviços pela empresa prestadora deverá ser realizada de forma autônoma e independente, nos exatos limites do contrato de prestação dos serviços, para que não ocorra desvio de finalidade, e que seja preservada o aspecto hermenêutico

indissociável da atividade determinada e específica, exigida pela própria delimitação da natureza contratual da avença.

(iii) Capacidade econômica da empresa prestadora do serviço: a prática das relações laborais terceirizadas sempre evidenciou a tendência de precarização de direitos trabalhistas no contexto da terceirização, com a prestação de serviço recorrente por empresas não detentoras de capacidade econômica proporcional e compatível com o objeto social explorado, preocupação do próprio legislador ao exigir a subscrição e integralização de capital social compatível com a atividade empreendida pela prestadora, poder de barganha no plano político, com contornos jurídicos de legitimidade e licitude, após a promulgação da lei, como moeda de troca ao reconhecimento da terceirização da atividade-fim.

Observamos que a preocupação do legislador, legítima, a garantia de um mínimo de capacidade econômica das empresas de prestação de serviço que possam suportar, e não criar, passivos trabalhistas e previdenciários esbarra na sistemática meramente burocrática da exigência de subscrição de capital social mínimo a ser integralizada para o início das atividades econômicas, que a depender do modelo societário reproduz a limitação de responsabilidade de seus sócios perante os credores da sociedade, em especial o credor trabalhista.

Não há na prática qualquer fiscalização e controle de que esta suposta garantia persiste de forma superveniente a execução e desenvolvimento da própria prática empresarial.

Luiz Carlos Amorim Robortella reconhece, sob o aspecto jurídico, os traços elementares da subcontratação:

A subcontratação dá origem a uma parceria entre empresas, cada qual especializada em determinada atividade, direta ou indiretamente ligada ao ciclo produtivo, com seus próprios empregados ou prestadores de serviços, sem qualquer relação subordinante entre elas, mas como divisão e definição de responsabilidades. Da mesma forma, os empregados da empresa contratada não se sujeitam ao poder de comando da empresa contratante. (ROBORTELLA, 1994, p. 240).

Sem alguns conceitos claros de distinção há jurisprudência incipiente no Tribunal Superior do Trabalho afastando a um só tempo a terceirização, com garantia lastreada na responsabilidade subsidiária do tomador do serviço, um retrocesso que excede a própria ratio da lei de regência da matéria.

"I. AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DA LEI 13.015/2014. CONTRATO PARA TRANSPORTE DE CARGA. NATUREZA COMERCIAL. AUSÊNCIA DE TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. NÃO CARACTERIZAÇÃO. INAPLICABILIDADE DO ITEM IV DA

SÚMULA 331/TST. Evidenciada possível contrariedade ao item IV da Súmula 331/TST, impõe-se o provimento do agravo PROCESSO Nº TST-RR-1407-43.2016.5.12.0027 de instrumento, para melhor exame do recurso de revista. Agravo de instrumento provido. II. RECURSO DE REVISTA REGIDO PELA LEI 13.015/2014. CONTRATO PARA TRANSPORTE DE CARGA. NATUREZA COMERCIAL. AUSÊNCIA DE TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. NÃO CARACTERIZAÇÃO. INAPLICABILIDADE DO ITEM IV DA SÚMULA 331/TST. Caso em que o Tribunal Regional consignou a existência de contrato de prestação de serviços de transporte de carga, sob a modalidade de fretamento contínuo, firmado entre a primeira Reclamada (empresa empregadora do Autor) e a Recorrente (segunda Reclamada), tendo por objeto o transporte de madeira. A Corte Regional, concluiu, contudo: 'A contratação da transportadora para o deslocamento de madeiras não tem qualquer ilicitude, estando dentro de suas atividades periféricas. No caso, o reclamante, motorista, sempre foi empregado da transportadora, proprietária do caminhão utilizado na prestação dos serviços, e nunca esteve subordinado aos prepostos da indústria e desta jamais recebeu salários ou ordens. Portanto, à luz do disposto na Súmula 331 do TST, e em sendo observada uma atividade-meio, não há que se falar aqui em fraude e nem reconhecimento da existência do liame de emprego entre o autor e a indústria recorrente que, conseqüentemente, deverá ser absolvida de realizar as anotações na CTPS dele. Porém, e seguindo a mesma trilha da súmula supracitada, certamente que a recorrente, beneficiária também dos serviços prestados pelo reclamante, deverá ser responsável subsidiária pelos termos da condenação pecuniária imposta pelo juízo de origem.". O contrato de transporte é uma espécie de contrato civil e tem como objeto o transporte de passageiros ou de coisas, conforme dispõe o artigo 730 do Código Civil. Trata-se de ajuste que ostenta nítida natureza comercial, sem a prestação pessoal de serviços, e que não se insere nas etapas do processo produtivo da contratante. Nesse PROCESSO Nº TST-RR-1407- 43.2016.5.12.0027cenário, não há falar em responsabilidade subsidiária da empresa contratante, porquanto não se trata de intermediação de mão-de-obra, tampouco se discute o direcionamento da atividade contratada, mas os meros efeitos do contrato de natureza civil (prestação de serviço de transporte de passageiros). A situação dos autos não se amolda, portanto, à orientação contida no item IV da Súmula 331/TST. Precedentes desta Corte. Recurso de revista conhecido e provido" (TST- RR-10904-64.2016.5.03.0146 Data, 5ª Turma, Relator Ministro Douglas Alencar Rodrigues, DEJT 25/05/2018).

Por estes conceitos, estara-se-á por definir a distinção do processo de terceirização, com mera relação de ordem comercial entre empresas, para que com fundamento no princípio da primazia da realidade a tomadora do serviço venha a se furtar das responsabilidades devidamente estabelecidas em lei, como a responsabilidade subsidiária prevista no art. 5º-A, § 5º, da Lei nº 6.019/74, com redação pela Lei nº

13.429/17, com alargamento do contrato de prestação de serviço, em autonomia privada da vontade, prevista no art. 593 e 594 do CC.

5. SEGURANÇA JURÍDICA E DIREITO DO TRABALHO

Com a revitalização da segurança jurídica em matéria trabalhista, a partir dos precedentes do Supremo Tribunal Federal há de analisar o curso de desenvolvimento do Direito do Trabalho em particular, e do Direito em geral para a perfeita compreensão do principal fundamento da plasticidade proposta ao constitucionalismo social por mutação constitucional.

A amplitude dos contratos de prestação de serviços, com fundamento na autonomia privada da vontade, deve preservar nas regras de ordem pública o equilíbrio necessário a prestador de serviços que mantém as características de vulnerabilidade e fragilidade social, justificando um direito civil constitucional interventivo para que não haja desequilíbrios injustificáveis perante a ordem constitucional pelo “transbordo” decorrente do “estado de intensidade subordinante” incompatível com os limites do direito do trabalho.

No âmbito da livre iniciativa a aplicação das normas de ordem público são consideradas a salvaguarda da segurança jurídica, de uma proposta normativa moderada que possa levar preservar o equilíbrio das relações jurídicas dentro da proposta constitucional em vigor.

5.1. CRISE DE LEGALIDADE

No curso da evolução do direito a legalidade sempre esteve ligada a proteção da propriedade, em uma garantia não apenas das liberdades públicas nas relações verticais com o Estado, mas com a segurança jurídica das relações horizontais de direitos privados.

A crise do positivismo desencadeou a construção da jurisprudência pós-positivista que extrai força normativa da constituição para efeito da realização dos direitos sociais, da transformação social, ou ainda, esta mesma situação pode ser identificada, pela inflação legislativa, intenção do Estado de a tudo regular, sem garantias institucionais para a realização dos direitos assegurados na norma posta.

O ativismo judicial por intermédio de numerosa edição de Súmulas pelo Tribunal Superior do Trabalho, anteriores à edição da Lei nº 13.467/17, traz insegurança jurídica nas relações sociais do trabalho, além da excessiva judicialização dos conflitos decorrentes se sua aplicação, além da expressiva normatização em direito individual do

trabalho, complementado, por um centro alternativo de positivação de norma jurídica por negociação coletiva.

Para José Eduardo Faria, possivelmente, a insegurança jurídica não seja um subproduto dos direitos fundamentais sobrepostos na ordem constitucional vigente, e assegurados pelos Tribunais, mas uma consequência inerente à inflação legislativa:

[...] um sistema legal incoerente, fragmentário e incapaz de gerar previsibilidade das expectativas, dada a profusão de leis editadas para dar conta de casos específicos e conjunturais e de normas excessivamente singelas para situações altamente complexas. (FARIA, 2004, p. 105).

Com o advento da Constituição de 1988 houve o atendimento de demandas sociais represadas, reconhecendo a proteção constitucional à direitos individuais, e coletivos, ainda não reconhecidos, assegurando para este efeito o amplo acesso ao Poder Judiciário, havendo uma explosão de litigiosidade sem que o processo de visão atomista e, individualista, tenha condições de prover soluções definitivas, coerentes, e em prazo razoável, vindo a “reboque” da crise da legalidade, uma crise do próprio “sistema de justiça”, não franqueando a agentes sociais e econômicos ambiente para a tomada de decisões racionais.

Há um ciclo de retroalimentação de realidade da qual não possamos nos afastar, há uma dependência da estabilidade macroeconômica indispensável ao arrefecimento de uma “crise de governabilidade”, uma exigência de previsibilidade de condutas, havendo a possibilidade de um efeito corrosivo da “razão econômica” à progressiva erosão do Estado de Direito.

O Judiciário, por vezes, pressionado por fatores conjunturais, contingências, que lhes impõe as forças de mercado, pautando-se por correlações circunstanciais, na fundamentação de sua tomada de decisão, aparentemente, incongruentes, restringe direitos sociais na tentativa de coordenar, ou mesmo fomentar, o comportamento dos agentes produtivos.

Ao analisar confronto da segurança jurídica com a eficácia/realização dos direitos fundamentais Virgílio Afonso da Silva propõe em sentido contrário, uma racionalidade jurídica por detrás da técnica do sopesamento (“ponderação dos direitos fundamentais”), ao sustentar:

Se o sopesamento não é um procedimento racional para a solução de colisões entre direitos fundamentais, a decisão, em todos os casos que envolvam tais colisões, é algo que depende, pura e simplesmente da subjetividade do juiz. Já se tentou demonstrar acima que o sopesamento não é - ao contrário do que alguns críticos tentam fazer crer - um

processo necessariamente irracional e exclusivamente subjetivo. O problema da insegurança jurídica fica, pelo menos em parte, afastado a partir da possibilidade de algum grau de racionalidade no sopesamento. [...] A verdadeira previsibilidade da atividade jurisdicional se dá a partir de um acompanhamento cotidiano e crítico da própria atividade jurisdicional. Tal acompanhamento é tarefa precípua da doutrina jurídica. É o papel dos juristas exercer um controle social da atividade jurisdicional. É somente a partir da assunção desta tarefa, na forma de pesquisas jurisprudenciais sólidas e abrangentes e por meio de comentários a decisões importantes dos tribunais como o STF, que o grau de previsibilidade de decisões poderá ser aumentado. (AFONSO DA SILVA, 2017, p. 148).

José Eduardo Faria (2004, p. 105) destaca em sua argumentação, linha tênue entre inflação legislativa, litigiosidade, e “crise do sistema de justiça”, vejamos:

O resultado dessa estratégia legislativa é paradoxal. Quanto mais o Estado recorre a ela quer para regular e controlar o funcionamento da economia, quer para neutralizar as contingências advindas do jogo de mercado, menos vê suas metas concretizadas e suas decisões acatadas. Quanto mais normas edita para resolver problemas específicos e pontuais, mais o Estado os multiplica, pois essas normas se inter cruzam e criam intrincadas cadeias normativas, rompendo a unidade lógica, a coerência conceitual, a uniformidade doutrinária e a funcionalidade do próprio ordenadamente jurídico. Deste modo, em vez de propiciar certeza e aumentar o potencial de eficácia da legislação, pois todo caso bem-sucedido de aplicação das leis e de solução de controvérsias sempre acarreta efeitos de demonstração que fortalecem a confiança no sistema jurídico, ele produz o inverso. No primeiro poder, as tensões decorrem do fato de que ele é levado a funcionar não em função da lógica e dos valores inerentes à representação política, mas, antes, das necessidades conjunturais e do tempo decisório do Executivo. No segundo, as tensões decorrem do fato de que o cipoal normativo leva os tribunais superiores a serem chamados para tentar restabelecer ou assegurar um mínimo de coerência e unidade no sistema jurídico. (FARIA, 2004, p. 105).

Então, reconhecida a inflação legislativa em todos os ramos do direito, o próprio Código Civil/02 amplia seu campo de ação, pelo recurso de oxigenação do sistema ligado às “cláusulas abertas”, para Heloisa Carpena (2001), em passado recente, houve uma da crise da autonomia da vontade no contexto da sociedade de massas pós-revolução industrial, havendo uma relativização do direito de contratar contrária a rigidez de índole formal-individualista da *pacta sunt servanda*, com a intervenção do Estado na economia do contrato.

Lançando mão de preceitos éticos, o Estado passa a controlar o conteúdo do contrato, não frustrar a legítima expectativa das partes, uma vez que a força vinculante

dos contratos na ótica da moral cristã estaria alinhada com os interesses burgueses da produção da riqueza.

A hipertrofia jurisprudencial das Súmulas do Tribunal Superior do Trabalho, a par da legislação individual e da negociação coletiva, o que representa uma expressiva distinção do direito civil, pela aplicação residual determinada pelo art. 593 do CC/22, interfere em núcleo de autonomia privada, cerceada na medida delineada nas normas de ordem pública, subjugando a livre iniciativa às suas inclinações subjetivas, sob a argumentação de realização dos direitos fundamentais.

Arion Sayão Romita, alerta ao risco da adoção da tese de eficácia imediata dos direitos fundamentais no âmbito das relações privadas:

A aceitação da tese de eficácia imediata dos direitos fundamentais no âmbito das relações privadas não é isenta de riscos. Levada ao extremo, ameaça à própria ordem jurídica privada. Fala-se em “publicização do direito regulador das relações privadas”, anatematizando o princípio da autonomia privada. J. J. Canotilho, em oportuna intervenção, adverte contra à “colonização” do direito privado pela “hipertrofia irradiante” dos direitos fundamentais. (ROMITA, 2014, p. 232).

Em contraponto, a liberdade não congrega um valor constitucional absoluto, impermeável à censura do ordenamento, leia-se função legiferante, para tanto, Daniel Sarmiento destaca:

Essa autonomia significa o poder do sujeito de auto-regulamentar seus próprios interesses, de “autogoverno de sua esfera jurídica”, e tem como matriz a concepção de ser humano como agente moral, dotado de razão, capaz de decidir o que é bom ou ruim para si, e que deve ter liberdade para guiar-se de acordo com estas escolhas, desde que elas não perturbem os direitos de terceiros nem violem outros valores relevantes da comunidade. [...] De fato, negar ao homem o poder de decidir autonomamente como quer viver, em que projetos pretende se engajar, de que modo deve conduzir sua vida privada, é frustrar sua possibilidade de realização existencial [...] Se a autonomia privada fosse absoluta, toda a lei que determinasse ou proibisse qualquer ação humana seria inconstitucional. (SARMENTO, 2010, p. 237).

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, em matéria trabalhista, segue a tendência da “blindagem” da livre iniciativa, da garantia da segurança jurídica, ainda que ao preço da relativização da teoria do constitucionalismo social, admitindo uma plasticidade da teoria, no âmbito das relações privadas, com ressalva, a uma perspectiva horizontal, e não vertical, dos direitos fundamentais.

São os agentes econômicos, igualmente, detentores dos direitos fundamentais atrelados ao valor constitucional da liberdade, que promove sua autodeterminação na exploração de atividades econômicas que não demandam a autorização do Estado, pela

exigência de interesse público, admitindo-se um regulamentar e fiscalizatório (poder de polícia), lastreado nos estritos limites da lei, para que não ocorra interferência indevida no domínio econômico fora dos contornos constitucionais.

A revalorização da legalidade, da segurança jurídica no contexto das relações de trabalho, após a Reforma Trabalhista, fora acentuado na promulgação da Lei de Liberdade Econômica (Lei nº 13.874/19), com destaque para o Decreto nº 10.854/21, que institui o “*Programa Permanente de Consolidação, Simplificação e Desburocratização de Normas Trabalhistas Infralegais*”, consolidando, compatibilizando, a título de simplificar, os atos infralegais trabalhistas ao marco regulatório vigente, com o fortalecimento do “*compliance*”, atuação em conformidade com a legislação.

Ao discutirmos o espaço para uma contrarreforma trabalhista, ou a necessidade de um pós-reforma de aperfeiçoamento, de adequação, dos novos marcos regulatórios, sintetizamos através dos relatórios do Grupo de Altos Estudos do Trabalho (GAET), apresentados em novembro de 2021, enfatizando:

[...] necessidade de realizar a sintonia fina da reforma trabalhista de 2017, cuja MP 808/17, que seria a contribuição do Senado Federal para a questão laboral, não chegou a ser apreciada pela Câmara dos Deputados, de modo a não deixar fios soltos e corrigir eventuais distorções, aprofundando também em temas apenas esboçados e levando a cabo a reforma sindical, apenas começada com o fim da contribuição sindical obrigatória;

[...] não está dentro do escopo do grupo promover uma ampla reforma da CLT, quer em seus princípios, quer em seus procedimentos, mas completar o trabalho iniciado em 2016, de simplificação, racionalização e desburocratização das relações laborais e da forma de solução dos conflitos que geram, ofertando maior segurança jurídica para todos os atores sociais nessa seara.

Durante as discussões e debates realizados pelo grupo, como também da análise das sugestões ofertadas pelas entidades que enviaram suas contribuições, foi possível perceber os núcleos básicos tanto das divergências quanto dos consensos que se formaram, o que se pode aplicar, sem sombra de dúvidas, aos confrontos dialéticos no seio do Judiciário Trabalhista:

a) há um consenso em torno dos fins a serem alcançados pela legislação trabalhista e pelo processo judicial do trabalho, no sentido de se promover uma adequada proteção ao trabalhador, a par de uma justiça social equilibrada e célere, que propicie justos salários aos trabalhadores e justa retribuição às empresas (CLT, art. 766).

b) as divergências dizem respeito fundamentalmente aos meios para se atingir tais fins, segundo o grau de intervencionismo estatal no domínio econômico sustentado pelas diferentes correntes de pensamento, que vai de um protecionismo exacerbado do trabalhador, com praticamente

todas as normas protetivas sendo consideradas indisponíveis, passíveis apenas de ampliação por negociação coletiva ou decisões judiciais, e sendo monopólio estatal a solução dos conflitos trabalhistas, até uma visão liberal, que prestigia as formas alternativas de composição dos conflitos individuais e coletivos do trabalho e confere ampla autonomia negocial coletiva, a par de simplificar o processo trabalhista ao máximo, em homenagem à celeridade e eficácia de suas soluções.

Segundo os precedentes formados pelo Supremo Tribunal Federal, conferindo plasticidade ao constitucionalismo social no âmbito das relações sociais do trabalho, com a preservação do “Direito Mínimo do Trabalho” do art. 7º da CF, a não ser que as melhores condições de trabalho decorram da lei, ou da autonômica coletiva da vontade, a força normativa dos direitos fundamentais deve ser refreada na expressão da ordem pública, Reforma Trabalhista chancelada em controle de constitucionalidade com efeitos vinculantes ao sistema.

Para Arion Sayão Romita

[...] a ordem pública está subordinada aos direitos fundamentais, até porque ela é instrumental, no sentido de que serve para garantir os direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito, a ordem pública é consubstancial e coexistente com os direitos fundamentais, pois é ela que delimita o exercício dos direitos, porém, reciprocamente, os direitos fundamentais contribuem para lastrear a ordem pública, nesta modalidade de Estado, a ordem pública não dispõe de autonomia: vale em razão de sua função, que é a de proteger os direitos fundamentais. (ROMITA, 2014, p. 25).

A crise de legalidade em matéria laboral fora superada pela disposição do art. 8º, § 2º, da CLT (Redação pela Lei nº 13.467/17), e ainda pelas decisões vinculantes do Supremo Tribunal Federal, que depura eventuais excessos de convencionalidade, um movimento que vai além da Reforma Trabalhista, observando que conteúdos de Súmulas não tratados na legislação, e que extrapolam os limites da legalidade, passam a ser objeto de ações de Arguição de Descumprimento Fundamental, como a ADPF nº 648 que discute a inconstitucionalidade da Súmula nº 443 do TST, que presume discriminatória a dispensa de portador de HIV, ou “doença grave” causadora de estigma.

De todo modo, a defesa transigente da segurança jurídica, não representa a negação dos direitos fundamentais, uma autocontenção que se impõe pelo movimento pendular do direito, mas com a inegável extensão negativa que recaia sobre o conteúdo abusivo da lei, inclusive por abuso do poder econômico na sua elaboração.

A realização concreta dos direitos não deve ir além da disciplina legal da matéria, do conteúdo da lei, sob a consequência de uma excessiva judicialização de

conflitos lastrados na extensão positiva dos direitos fundamentais, prejudica a função de profilaxia sistêmica representada no controle de constitucionalidade, extirpando a tempo e a modo, a patologia resultante do devido processo legislativo.

5.2. PRECEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS

Grande desafio hermenêutico da Reforma Trabalhista envolve a maior fricção das disposições infraconstitucionais do Direito do Trabalho com o Regime Constitucional do Emprego Socialmente Protegido, bem como a visão moderna do Direito Civil Constitucional, realçado pelo protagonismo exercido pelo Direito Constitucional na interpretação do conjunto infraconstitucional de regras jurídicas, e arrefecendo pela humanização, os seus institutos de matriz formal-individualista.

A desapatrimonialização do Direito Civil, em processo de humanização devida a sua própria constitucionalização do direito civil, com a relativização da patrimonialização inerentes aos institutos próprios dos códigos oitocentistas, segue a diretriz da inauguração dos *standards* jurídicos como efeito da colonização constitucional, da constitucionalização do direito privado, movimento representado na publicização dos seus institutos, com maior interferência do Estado no conteúdo e economia contratual.

Deste dirigismo contratual, extrai a possibilidade de revisão dos contratos para preservação da regra de equilíbrio, ainda que represente um maior risco a liberdade, a segurança jurídica, como ideias fundamentais de um sistema que pelo viés da ordem econômica, esteja fundamentado na livre iniciativa.

Como reforço das implicações dos direitos fundamentais nas relações privadas, esta vertente fora essencialmente captada pelo Código Civil de 2.002, que na sequência fundamenta construção doutrinária do Direito Civil Constitucional, crise da autonomia da vontade com maior dirigismo contratual, em contraposição ao Código Civil de *Napoleão* de 1804 e de *Clóvis Beviláqua* de 1916, no Brasil.

A intervenção não decorre apenas das regras de efeito concreto, prescritas no texto da lei, mas permitindo uma guinada promovida com fundamento nos preceitos da eticidade, socialidade e operabilidade, a esteira do *Bürgerliches Gesetzbuch* ou BGB Alemão de 1900 (Código Civil), ao incorporar o modelo normativo estabelecido por intermédio dos *standards* jurídicos, das cláusulas abertas, ou preceitos jurídicos indeterminados, que promove a reconciliação do direito com a ética.

Segundo as lições de Gilmar Ferreira Mendes (1999) a partir da análise da jurisprudência do Tribunal Constitucional da Alemanha, admitir-se-á aplicação dos direitos fundamentais na interpretação dos conceitos indeterminados, as *cláusulas gerais* representam a porta de entrada dos direitos fundamentais no âmbito do Direito Privado, admitindo a irradiação dos seus efeitos por todo ordenamento infraconstitucional desta natureza.

Para Luís Roberto Barroso (2015) a característica essencial das cláusulas gerais está no emprego de linguagem intencionalmente aberta e vaga, de modo a transferir ao intérprete o papel de completar o sentido da norma, em concordância com os elementos do caso concreto.

O poder de valoração concreta dos preceitos jurídicos indeterminados não se confunde com poder discricionário, formulação de juízos de conveniência e oportunidade, tendo por fundamento a impossibilidade de a lei antecipar todas as suas prováveis hipóteses de sua incidência.

Assim, há de delegar a competência da formulação de conteúdo da norma ao intérprete e aplicador, uma atuação eminentemente técnica com respaldo nas (i) regras de experiência (art. 375 do CPC), e (ii) nos Precedentes (art. 927 do CPC), com ordem direta a uma segurança jurídica reveladora da obrigação legal dos tribunais (art. 926 do CPC) de manterem sua jurisprudência: “*estável, íntegra e coerente*”.

No julgamento do RE nº 828.040 do STF, no qual, fora fixada a tese nº 932, reconhecendo a compatibilidade, integral, da teoria do risco do art. 927, § único, do CC com a responsabilidade do empregador por acidente/doença do trabalho, destacamos o posicionamento sagrado na tese vencedora, para o Ministro Alexandre de Moraes:

O artigo 927, parágrafo único, do Código Civil é compatível com artigo 7º, inciso 28 da Constituição Federal, sendo constitucional a responsabilização objetiva do empregador por danos decorrentes de acidentes de trabalho nos casos especificados em lei ou quando a atividade normalmente desenvolvida por sua natureza apresentar exposição habitual a risco especial, com potencialidade lesiva e implicar ao trabalhador ônus maior do que aos demais membros da coletividade.

[...]

No caso do Direito do Trabalho, na proteção dos direitos sociais o legislador constituinte quis estabelecer o mínimo protetivo, não o máximo. Mínimo. [...] Tanto que, o caput do art. 7º da Constituição traz e deixa claramente exposto que é possível a legislação ordinária estipular outros direitos sociais que melhorem, que valorizem a vida do trabalhador. O rol do art. 6º, assim como, sabemos, o rol do art. 5º e o

rol, aqui, do art. 7º não são taxativos. Logicamente, não se pode permitir abusos, e esse é o risco de se aplicar a exceção como regra. O parágrafo único é exceção e traz os requisitos para sua exata aplicação. O caput do 927 é a regra, seja no Direito Civil, seja no Direito Trabalhista na questão da indenização por acidentes no trabalho. Não é qualquer resultado danoso que pode ser considerado consequência de um risco habitual ocorrido na atividade. [...] Nós temos de ver se a atividade pressupõe o risco como inerente ao seu próprio exercício habitual. (BRASIL, STF, RE n. 828.040, 2020)

Em sentido contrário, o Ministro Luís Roberto Barroso entende haver a necessidade de um maior controle na aplicação dos preceitos jurídicos indeterminados em matéria trabalhista:

E a CLT até delega ao Ministério do Trabalho a possibilidade de, por ato normativo próprio, poder definir essas atividades, mas delega oferecendo standards que são bastante taxativos e que eu leio aqui brevemente. Diz o art. 193 da CLT [...] A lei quis dar, mas só para atividade de risco. E atividade de risco são essas duas possibilidades previstas na CLT. E, limitado a essas atividades de risco, o problema deixa de ser um problema grave, porque uma das dificuldades que, a meu ver, existe no Direito do Trabalho no Brasil - e assim tenho me pautado aqui - é criar para o empregador, para empresa um grau elevado de imprevisibilidade. (BRASIL, STF, RE n. 828.040, 2020)

Para o Ministro Gilmar Mendes a ampliação da teoria do risco em matéria de responsabilidade civil do empregador deve ter amparo na lei, aplicação restrita da primeira parte do § único, do art. 927 do CC, vejamos:

A exegese constitucional não permite qualquer interpretação que possibilite à legislação infraconstitucional ou à jurisprudência incrementar a espécie de responsabilidade a qual está submetido o empregador, diante do vocábulo ‘quando incorrer em dolo ou culpa’. Nessa situação, a Constituição Federal é clara no sentido de que, em caso de acidente de trabalho, além do seguro (a cargo da empresa), também há o direito de o trabalhador receber indenização em caso de comprovada o dolo ou a culpa do empregador.

[...]

Não se trata de aplicar lei posterior para fato anterior, mas para registrar que essa é a intenção atual do Legislador, a qual não pode ser desprezada pelo Poder Judiciário, que se arvora em aplicar o Código Civil para relações e situações bem díspares. Todavia, no atual arcabouço normativo-constitucional não existe essa discricionariedade legislativa, tampouco à doutrina e à jurisprudência. presunção de culpa.

[...]

A única exceção possível, é quando existir lei (formal e material) que reconhece determinadas atividades de alto risco, sendo aplicada, excepcionalmente, em virtude de expressa disposição legal, a responsabilidade objetiva, mediante aplicação supletiva do art. 927, parágrafo único, do Código Civil, Parágrafo único. Haverá obrigação

de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, Essa é a situação do art. 193 da CLT [...].

Desse modo, sintetizando o posicionamento: a regra geral, prevista no inciso XXVIII do art. 7º, é a responsabilidade subjetiva pura; nos casos de desenvolvimento de atividade de risco, a responsabilidade do empregador pode ser considerada subjetiva com presunção de culpa.

[...] apenas nos casos em que haja lei (em sentido formal e material) considerando determinada atividade como de risco, é que se aplica a disposição normativa do parágrafo único do art. 927 do CC, admitindo-se a responsabilidade objetiva do empregador (atualmente previsto no art. 193 da CLT). (BRASIL, STF, RE n. 828.040, 2020)

Tradicionalmente, a legitimidade dos contratos está restrita a higidez da manifestação da vontade, livre da incidência de quaisquer dos vícios do consentimento, o importante era apenas a existência de um consentimento livre, uma vez que atuação livre é o substrato filosófico da assunção de direitos e obrigações, assegurados no plano do formalismo jurídico pela *pacta sunt servanda*, conferindo segurança jurídica a todo o sistema.

Pela posição de vulnerabilidade do contratante, a liberdade contratual do art. 421 do CC/02 deve ser exercida dentro dos limites da função social do contrato, possibilitando o controle judicial para além do exame das cláusulas contratuais, o contrato deixa de ser visto a partir do ideário individualista então triunfante, para alcançar uma utilidade que preserve o seu sentido social, devendo ser coibida toda a avença que não alcance esta finalidade.

A força obrigatória dos contratos representada na cláusula *pacta sunt servanda*, prevista no art. 389 do CC, assegura que o contrato faz lei entre as partes, mas passa a ser contingenciada pela eticidade exigida das relações jurídicas em geral.

Nesta linha de raciocínio, o art. 422 do CC exige das partes a preservação dos princípios da probidade e boa-fé tanto na conclusão quanto na execução do contrato, não pela perspectiva individual de cada uma delas, mas pelo aspecto da boa-fé objetiva, estabelecida como um legítimo *standard* jurídico, uma cláusula geral de tipicidade aberta que franqueia ao Juiz poder discricionário, pela vagueza do conteúdo, diretrizes hábeis a nortear o intérprete na solução da patologia negocial.

Com evidente recrudescimento no campo legislativo, a revisão contratual, pela preservação da função social do contrato, passa a ser controlada pelo princípio da intervenção mínima nos contratos, com a nova redação do art. 421, § único, do CC pela Lei nº 13.874/19, Lei de Liberdade Econômica.

5.3. AÇÃO INTERVENTIVA E CONTROLADA DA LEI

Nas constituições de viés social, com destaque para a Constituição Federal de 1988, considerando o movimento pendular inerente ao direito, entre os extremos do *jusnaturalismo* e *juspositivismo*, haverá por parte do legislador maior inclinação intervencionista no domínio econômico (social), ou mais comedida, pelo exercício da função reguladora, que lhe é própria.

Cabe ao Estado, no plano infraconstitucional, resguardando o interesse da coletividade, regular a atividade econômica, impondo requisitos para o seu exercício racional, uma interpretação sistemática a ser extraída do texto constitucional, de forma a garantir a efetividade das medidas tomadas no contexto do regulamentar e fiscalizatório.

Ter-se-á uma viabilidade jurídica da readaptação normativa das leis protetivas, tutelares, imposta por nova realidade econômica, política e social subjacente, contudo, sem importar em ruptura da estrutura socioeconômica da constituição, ressaltando a plasticidade da teoria do constitucionalismo social nas relações sociais do trabalho.

A convergência dos interesses da valorização do trabalho em contexto de livre iniciativa fora destacada por Celso Antônio Bandeira de Melo, na análise da intervenção do Estado no domínio social:

Assim, o art. 173, ao indicar os fundamentos da ordem econômica explicitamente afirma que um deles é a valorização do trabalho humano e anota que dita ordem terá que se desenvolver na conformidade dos ditames de justiça social [...] há um programa constitucional em que está luminosamente explícita a prioridade ao que seja favorecedor do trabalho e dos trabalhadores, relegando-se a um segundo plano o que favoreça ao capital [...] evidentemente, não significa menoscabar seja a importância, seja a valia desta segunda ordem de interesses, por certo também de alta relevância; mas significa que a realização deles há de estar entrosada com a realização dos primeiros e atrelada à satisfação deles. (BANDEIRA DE MELO, 2008, p. 801).

Reconhecendo a particularidade do direito do trabalho, com a convivência constitucional de fonte de norma jurídica no art. 5º, inciso II, da CF e no art. 7º, inciso XXVI, da CF, não seria possível pela matéria a ser regulamentada, permitir a sobreposição do centro alternativo de positivação de normas jurídica, pela negociação coletiva, sobre o efeito interventivo da lei, para reparar mercado de trabalho deteriorado.

Como vetores de hermenêutica constitucional, o valor social do trabalho convive harmonicamente com a livre iniciativa, de modo a resultar na pretendida justiça

social (art. 170, *in fine*, da CF) e proteção do emprego (art. 170, inciso VIII, da CF), matérias de mérito no exercício de legítima competência constitucional legislativa.

O *caput* do art. 170 da CF, admite, por ação interventiva, e controlada, da lei, a ponderação dos valores constitucionais, valorização do trabalho e livre iniciativa, uma discricionariedade legislativa que venha a preservar suas diretrizes, alinhadas a uma realidade circundante.

Maurício Godinho Delgado reconhece a relativização de normas tutelares indisponíveis, por ação interventiva e controlada da lei:

Quer dizer que apenas em raríssimas situações - inquestionavelmente autorizadas pela ordem jurídica heterônoma estatal – é que a renúncia será passível de validade. É o que ocorre, por exemplo, com a renúncia à velha estabilidade celetista em decorrência da opção retroativa pelo regime do FGTS (períodos contratuais anteriores à Constituição de 1988. (DELGADO, 2019, p. 255).

As hipóteses excepcionais de redução de salário e suspensão contratual, por acordo individual, sem assegurar ao empregador qualquer discricionariedade contratual com fundamento na força maior, mas adotar as opções interventivas e controladas da lei houve o reconhecimento da constitucionalidade da MP nº 936/20 na ADI nº 6363, com a conversão medida de urgência na Lei nº 14.20/20.

Neste sentido, ressaltamos o papel interventivo da lei nas relações de trabalho, que em análise econômica do direito, dentro de estreitos limites descritos no seu conteúdo admita uma maior discricionariedade na regulação das condições do trabalho.

5.4. PONDERAÇÃO DO VALOR SOCIAL DO TRABALHO E DA LIVRE INICIATIVA

Como fundamento a plasticidade da teoria do constitucionalismo social nas relações de trabalho, delineando função contemporânea específica do direito do trabalho, e que venha impactar em alguns dos pilares da dogmática clássica dos direitos do trabalho, devemos estar atentos aos vetores interpretativos de conjugação do valor social do trabalho e da livre iniciativa.

Há um vetor interpretativo inafastável, que venha a conjugar os *ethos* sociais e econômicos professados no texto constitucional, valor social do trabalho e livre iniciativa convivem no mesmo *locus* constitucional, unidade da constituição, pela leitura

conjunta do art. 1º, inciso IV c/c art. 170, *caput*, da CF, que congrega a livre iniciativa, fundamento da ordem econômica constitucional, que não pode ser exercida ao preço de aniquilar o valor social do trabalho, por estar fundada na *valorização do trabalho humano*, vejamos:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

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

A livre iniciativa como expressão do direito de propriedade, apropriação particular dos bens e meios de produção (art. 5º, XXII c/c art. 170, II, da CF), representa a:

(i) liberdade de contratar, que no âmbito dos contratos de trabalho encontra-se mitigada pelo princípio da legalidade (art. 5º, II, da CF), previsão de regras tutelares indisponíveis, rótulo com força vinculante na própria lei de criação do direito, reconhecendo limites ao poder de autodeterminação dos agentes privados no mercado, poder que não é absoluto, seja pela lei indisponível na pretensão da regulamentação, ou atuação interventiva nos limites necessários a sua autopreservação (art. 170, inciso IV, da CF), pela livre concorrência, com a permissão de atuação;

(ii) repressiva na proporcionalidade do abuso ao poder econômico (art. 173, § 4º, da CF).

Para Eros Roberto Grau:

O que ora desejo observar é a circunstância de a Constituição – como o Direito, no seu todo – demandar permanentemente atualização, sem a qual não obterá efetividade. O discurso do texto normativo está parcialmente aberto à inovação, mesmo porque o que lhe confere contemporaneidade é a sua transformação em discurso normativo, isto é, em norma (transformação do texto em norma). Daí que ela há de ser atualizada pelos chamados intérpretes autênticos, os juízes, para que se apresente dotada de força normativa. [...] O intérprete da constituição não se limita a compreender textos que participam do mundo do dever-ser; há de interpretar também a realidade, os movimentos dos fatores reais de poder, compreender o momento histórico no qual as normas da Constituição são produzidas, vale dizer, momento da passagem da dimensão textual para a dimensão normativa. [...] O intérprete da constituição não se movimenta no mundo das abstrações, frequentando intimamente a constituição do povo ao qual ela corresponde. A *práxis* da interpretação constitucional, praticada pelo Poder Judiciário, ocorre no plano político-social, no qual a separação entre a dimensão textual e a dimensão normativa da Constituição desafia a generalidade das

exposições hermenêutico-jurídicas ancoradas na teoria da substanciação. Ainda que afirmá-lo desafie a doutrina e escandalize nossos constitucionalistas mais bem-comportados, o fato é que a constituição formal está sendo, enquanto norma, cotidianamente reelaborada, re-produzida. (GRAU, 2012, p. 165).

Pela perspectiva de Daniel Sarmiento (2009), dentro do universo dos direitos fundamentais, que explora a acepção da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, quando estes são transportados às relações de direito privado devem ser promovidas suas adequações necessárias, uma vez que não há como adotar a solução simplista de transplantar o particular para a posição de sujeito passivo dos direitos fundamentais, equiparando o seu regime jurídico ao dos Poderes Públicos, pois o indivíduo diversamente do Estado, também é titular de direitos fundamentais.

O indivíduo, lastreado na liberdade, está investido pela própria constituição em um poder de autodeterminação dos seus interesses privados, não servindo a função social da propriedade como argumento teórico para excluir responsabilidades que são exclusivas do Estado.

Para Gilmar Mendes o dimensionamento do constitucionalismo social consiste em iniciativa da competência exclusiva do legislador infraconstitucional:

Algumas normas constantes do catálogo de direitos previstos no art. 7º indicam que o constituinte pretendeu explicitar, em verdade, em dever geral de proteção por parte do legislador [...] em patamar semelhante parecem situar-se as disposições que preveem ‘ redução dos riscos inerentes ao trabalho por meio de normas de saúde, higiene e segurança (art. 7º, XXII) [...] todas essas normas parecem conter diretrizes dirigidas primariamente ao legislador, ou a este e à Administração com o objetivo de garantir a proteção necessária ao trabalhador [...] de obter a redução dos riscos inerentes ao trabalho, mediante providências de variada índole [...] nesses casos, não se pode falar, a priori, em um direito subjetivo em face do empregador, mas, mais precisamente, de deveres de proteção que devem ser satisfeitos e implementados pelo legislador e pela administração. É possível que tais deveres estejam a reclamar, continuamente, a edição e atualização de normas de organização e procedimento. (MENDES, 2014, p. 641).

Interessante a crítica feita por David Strauss (2010, p. 20)¹⁹ a respeito do *living constitution*, uma vez que o texto constitucional poderia ser manipulado pela Corte Constitucional, substituindo as preferências realizadas no texto original pela manifestação do poder constituinte originário, pelas preferências subjetivas de seus julgadores, o que

¹⁹ Original: “A central criticism of the idea of living constitution is that it is too manipulable – that a living constitution amounts to substituting judges’ own view for the Constitution itself. Originalism, it turn out, is vulnerable to the same criticism”.

certamente, para nós, promove uma alteração de paradigma na Teoria do Constitucionalismo Social inaugurado pela Constituição Federal de 1988.

A nova jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em matéria trabalhista apresenta-se permeável ao argumento da eficiência econômica remodelando o poder transformador dos direitos sociais, por aspectos práticos de um discurso hegemônico de alocação de recursos em contexto de escassez, permitindo uma maior garantia ao emprego pelo viés da garantia de um “Direito do Trabalho Mínimo”, revelado no catálogo de direitos do art. 7º da CF.

Na proposta de releitura do Direito do Trabalho pelo Fato Econômico, dentro da Teoria do Constitucionalismo Social, professada no texto da Constituição Federal de 1988, não podemos simplesmente excluir a proteção social intencionada pelo Constituinte, ressaltando Bruce Ackerman²⁰ o papel estabilizador do próprio documento em momentos de grande paixão, citando parábola de Ulysses que não foi seduzido pelo som das Sereias, assegurando a estabilidade institucional, vejamos:

Em sua opinião, os projetistas constitucionais enfrentam um problema semelhante ao dilema clássico enfrentado por *Ulysses* ao considerar as medidas para impedir o esforço das sereias de atrair seu navio para o desastre. Para desviar dessa ameaça, *Ulysses* ordena que seus marinheiros coloquem cera nos ouvidos para que não ouçam o canto das sereias. *Elster* aconselha os legisladores a tomarem precauções semelhantes. Eles deveriam projetar o moderno navio do Estado reconhecendo que os cidadãos podem sucumbir a momentos de paixão no futuro - e criar um sistema de direitos fundamentais e controles institucionais que permitirão ao governo permanecer mais ou menos no curso até a onda de conflitos emocionais diminuir. (ACKERMAN, 2019, p. 40).

Referida metáfora fora referenciada no voto do Ministro Ricardo Lewandowski na análise cautelar da ADI nº 6363:

A Constituição é claro não foi pensada para vigorar apenas em momentos de bonança. Ao contrário, o seu fiel cumprimento se faz ainda mais necessário em situações de crise, nas quais, na feliz metáfora de *Jon Elster*, ela serve como o mastro a que se prendeu *Ulisses* para que não se perdesse em meio ao canto das sereias, pois representa a derradeira barreira de proteção dos valores básicos da sociedade contra

²⁰ Original: “In his view, constitutional designers confront a problem similar to the classical dilemma faced by Ulysses as he considers steps to preempt the Sirens’ effort to lure his ship into disaster. To deflect this threat, Ulysses orders his seamen to put wax into their ears so that they will not hear the Sirens’ song. Elster advises constitution makers to take similar precautions. They should design the modern ship of state recognizing that citizens may succumb to moments of passion in the future - and create a system of fundamental rights, and institutional checks, that will permit the government to stay more or less on course until the wave of emotional subsides”.

paixões ou interesses de uma maioria ocasional. (BRASIL, STF, ADI nº 6363, 2020).

Destacamos o posicionamento do Voto do Ministro Luiz Fux proferido no julgamento RE nº 958.252, vejamos:

Refutada a existência de uma tensão inata entre o valor social do trabalho e a liberdade de iniciativa, prossegue-se à questão central deste julgamento: afinal, o texto constitucional impõe, a partir do parâmetro axiológico do valor social do trabalho (arts. 1º, IV, 6º e 170, *caput*), uma restrição à liberdade de iniciativa que condicione o modo de organização empresarial, limitando a possibilidade de divisão de trabalho entre quadros de pessoal pertencentes a empregadores distintos? Seria possível extrair de preceitos tão abstratos a necessidade de uma providência tão específica e de magnitude tão intensa? Nesse cenário, exsurge em importância o princípio fundamental e necessário em qualquer ordenamento constitucional, e que na Carta brasileira pode ser extraído do art. 5º, II: o princípio da liberdade jurídica, consistente na faculdade de agir ou deixar de agir conforme se aprover. (BRASIL, STF, RE nº 958.252, 2021)

A realidade cambiante do direito do trabalho sujeito as vicissitudes econômicas em movimento pendular exigirá constantemente um novo juízo de ponderação do valor social do trabalho e livre iniciativa, com a assunção das responsabilidades constitucionais das diversas instituições, de modo que a justiça social um conteúdo de mérito, técnico, sem carga decisória, seja apropriadamente regulado em política legislativa, a quem lhe compete, com a atuação sempre presente do Poder Judiciário em suas intervenções necessárias todas às vezes que o legislador se afaste das balizas constitucionais, remodeladas, atualizadas, com legitimidade social, pelo processo natural do passar do tempo.

5.5. DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL

Diante dos desafios hermenêuticos da Reforma Trabalhista, impondo maior fricção das disposições infraconstitucionais do Direito do Trabalho com o Regime Constitucional do Emprego Socialmente Protegido, seja através do controle de constitucionalidade ou convencionalidade, destacamos as perspectivas interpretativas decorrente da visão moderna do Direito Civil Constitucional, relacionada com o protagonismo exercido pelo Direito Constitucional na interpretação do conjunto infraconstitucional de regras jurídicas, substituindo o papel que outrora fora

desempenhado pelo Direito Civil na fundamentação sistêmica do ordenamento, permitindo a humanização dos seus institutos de matriz formal-individualista.

No campo do Direito Civil, houve a reformulação de diversos conceitos jurídicos, como o: enriquecimento sem causa, onerosidade excessiva, teoria da imprevisão, teoria do abuso de direito, atividade de risco etc.; acarretando a evidência, a *despatrimonialização* do Direito Civil, com destaque especial para a perspectiva contratual que incorpora a valorização da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF), a solidariedade social (art. 3º, I, da CF), e a igualdade substantiva proposta no art. 5º, *caput*, da CF.

A absorção dos princípios constitucionais humanista será de extrema valia na pretensa amplitude do contrato de prestação de serviço, para preservação de uma maior equilíbrio contratual, por dirigismo contratual, diante das opções feitas pelos precedentes do Supremo Tribunal Federal na direção da livre iniciativa e segurança jurídica, ainda, que não seja subordinado, o prestador de serviço deve valer-se do arcabouço normativo do Código Civil de 2022 fundado na eticidade, socialidade e operacionalidade, para que injustiças formais-individualistas não sejam perpetradas na resposta simplistas da *pacta sunt servanda*, a preservação da segurança jurídica, do ato jurídico perfeito (art. 5º, XXXVI, da CF c/c art. 6º da LINDB) não pode ocorrer em violação aos próprios preceitos de ordem pública.

5.5.1. TEORIA DO ABUSO DE DIREITO

Para que possamos avançar na discussão da amplitude da livre iniciativa, com um novo protagonismo da prestação de serviço, não mais residual da forma como proposto pelo art. 593 do CC, fomentada pela nova redação do art. 442-B da CLT, acreditamos que este teoria seja de grande valia para coibir abusos, seja na substancialidade das avenças, coibindo o abuso de das formas, e no deslocamento da competência para a Justiça Estadual, como forma de evitar os efeitos do princípio da primazia da realidade (art. 9º da CLT), que pode ser encontrado em “solo civilístico”.

O desenvolvimento de uma jurisprudência forjada a partir do parâmetro de segurança jurídica disseminado pela Lei nº 13.467/17, o que se vem confirmando perante às decisões do Supremo Tribuna Federal, especialmente pela natureza de fundamentalidade alcançada pelo suporte ético conferido pela boa-fé objetiva, no contexto dos contratos em geral, e do contrato de trabalho em particular, há um *ethos*

permeando a fundamentação de todo o ordenamento jurídico, sem distinções, e com maior força nos ramos do direito privado.

Especialmente, nas relações de direito privado que tenham por suporte a relação contratual, estabelecida entre os sujeitos de direito, que tenham suas posições jurídicas preservadas por um equilíbrio, com maior acuidade no Direito do Trabalho pela natural vulnerabilidade do trabalhador e assimetria contratual, que exigem o dirigismo contratual por normas patrimoniais indisponíveis e extrapatrimoniais inalienáveis.

De todo modo e dentro das perspectivas normativas alcançadas através da expressão contemporânea assumida pela função social da propriedade, com respostas normativas customizáveis diante dos novos desafios, merece destaque especial a extensão da teoria do abuso de direito, ato abusivo equiparado ao ato ilícito nos efeitos jurídicos, reconhecido pelo texto do art. 187, CC: *“também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”*, evidente hipótese de *standard* jurídico revelado através de um preceito jurídico indeterminado (cláusula aberta), sintonizado com o pilar da eticidade trazida pelo Código Civil de 2002.

A codificação civil na Alemanha em 1896, representada pelo BGB (Código Civil Alemão), ainda que resultado da evidência das vertentes do liberalismo e do positivismo, admite amplo espaço para a construção jurisprudencial através da ampliação, no seu texto, do recurso a técnica das *“cláusulas abertas”*.

Ter-se-á a obrigação de reparar o dano pela mera configuração do ato abusivo identificada no seu exercício, já que os atos abusivos são equiparados nos seus efeitos, e por força de lei, ao ato ilícito.

Neste sentido o art. 927 do CC dispõe: *“aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”*.

A raiz da antijuridicidade autônoma proposta pelo legislador consiste na conduta abusiva que subverte o fim social e econômico da regra jurídica, disposição concreta prevista em lei, sem afastar o alcance objetivo-finalístico proposto, de acordo com o Enunciado nº 37 da 1ª Jornada de Direito Civil: *“Art. 187: a responsabilidade civil decorrente do abuso do direito independe de culpa e fundamenta-se somente no critério objetivo-finalístico”*.

Da forma como destacado, o Enunciado nº 539 da 6ª Jornada de Direito Civil reconhece que: *“o abuso de direito é uma categoria jurídica autônoma em relação à responsabilidade civil.*

Por isso, o exercício abusivo de posições jurídicas desafia controle independentemente de dano”. Como antecedente histórico, o Art. 160 do Código Civil de 1916 já deixava entrever a assunção desta teoria no ordenamento jurídico pátrio, ao prescrever: “não constituem atos ilícitos: I. Os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido”.

A doutrina vem reconhecendo os efeitos práticos da teoria, para Heloísa Carpena, o instituto seria plenamente compatível com o contrato de trabalho, para a última:

O ilícito, sendo resultante da violação dos limites formais, pressupõe a existência de concretas proibições normativas, ou seja, é a própria lei que irá fixar limites para o exercício do direito. No abuso de direito não há limites definidos e fixados aprioristicamente, pois estes serão dados pelos princípios que regem o ordenamento, os quais contêm seus valores fundamentais. (CARPENNA, 2013, p. 34).

Caio Mário da Silva Pereira, citando, sintetiza o sentido do abuso do direito como:

Os direitos existem em razão de uma certa finalidade social e devem ser exercidos na conformidade deste objetivo. Todo direito se faz acompanhar de um dever, que é o de se exercer perseguindo a harmonia das atividades. A contravenção a esse poder constitui abuso de direito. (SILVA PEREIRA, 2002, p. 59).

Estes aspectos da teoria, não escapam as lições de Gustavo Tepedino, que reconhece que:

A intenção do legislador foi a de abarcar as diferentes concepções de abuso de direito, impondo limites éticos ao exercício de posições jurídicas, seja por meio do princípio da boa-fé objetiva, da noção dos bons costumes ou da função socioeconômica dos direitos. (TEPEDINO, 2013, p. 46).

É de suma importância o tratamento dispensado ao princípio da boa-fé nos limites do Direito do Trabalho, especialmente na tentativa de ampliação dos contratos especiais, ou mesmo da prestação de serviço, com o recrudescimento do espaço ocupado pela legislação trabalhista em uma sociedade homogênea.

Para Américo Plá Rodriguez (2015, p. 426) “a boa-fé que deve vigorar como princípio do direito do trabalho é a boa-fé lealdade, ou seja, que se refere a comportamento e não uma simples convicção”, sedimentado por uma diretriz de caráter ético que busca impedir o uso abusivo dos direitos, através da construção de uma conduta-padrão aceita como suporte cultural do próprio ordenamento, gerando a obrigação dos

contratantes de agir com probidade, comportando-se no negócio privado com cautela e prudência.

Ainda, para Américo Plá Rodriguez (2015) o *standard* jurídico da boa-fé foi construído através de um padrão comportamental de inegável maleabilidade, como inegável compatibilidade com o Direito do Trabalho, efeito integrativo da vontade que decorre da legítima expectativa das partes; diante de um grande número de pactos puramente verbais, e mesmo tácitos, a boa-fé constitui-se em um ingrediente de ordem moral indispensável ao adequado cumprimento do direito.

De qualquer forma, para nós, o conceito da boa-fé objetiva viabilizaria os limites e legitimidade da ampliação da negociação coletiva a partir da nova redação do art. 611-A da CLT, e, ao mesmo tempo, passa a estar positivado diante do novo canal de solução de conflitos, por meio do comitê empresarial, nos termos do art. 510-B da CLT: “A comissão de representantes dos empregados terá as seguintes atribuições [...] II - aprimorar o relacionamento entre a empresa e seus empregados com base nos princípios da boa-fé e do respeito mútuo”.

O *Dumping Social* pode ocorrer não só no plano internacional, para José Luiz Souto Maior (2014, p. 20) o fenômeno deve ser representado pelas:

“[...] práticas econômicas que visem a suprimir a concorrência também no mercado interno. E, quando essas práticas estão ligadas ao rebaixamento das bases sociais, ou seja, desconsideração dos custos necessários para efetivar os direitos trabalhistas e previdenciários, nada mais apropriado do que se denominar esse fenômeno de ‘dumping social’”. (SOUTO MAIOR, 2014, p. 20).

A utilização da boa-fé objetiva como critério jurídico suficiente para a imposição jurídica do dever de reparar o prejuízo causado, na seara da responsabilidade civil, pela perspectiva do dever anexo de lealdade e probidade, encontra seus contornos jurídicos na Teoria da Confiança, ou seja, pela proibição do *venire contra factum proprium*, frustrando por seu próprio comportamento a legítima expectativa que decorre do compromisso assumido no plano da *pacta sunt servanda*.

Neste sentido, para Valton Dória Pessoa a teoria pretende:

Impedir comportamentos contraditórios, ainda que tais comportamentos sejam lícitos se isoladamente considerados, quando a atuação de um dos sujeitos da relação jurídica cria expectativas e confiança legítima na parte adversa, que não poderá ser surpreendida pela incoerência. (PESSOA, 2016, p. 78).

Diante da supressão do conteúdo mínimo indisponível decorrente de norma de ordem pública, representativa da normatividade trabalhista, e a frente

subdimensionada previsão fundamental da previsão de direitos elementares nas leis especiais de neutralização da relação de emprego, quiçá na autonomia privada subvertida da prestação de serviço, a teoria da confiança, do abuso de direito, deverá merecer destaque na solução das controvérsias do trabalho, que vão para além das fronteiras do trabalho subordinado.

Pela inviabilidade das partes preverem com exatidão todas as consequências da execução do contrato, as situações inesperadas deverão ser reguladas concretamente pela boa-fé objetiva, e segundo o Enunciado nº 26 do Conselho da Justiça Federal: “a cláusula geral contida no art. 422 do Código Civil impõe ao juiz interpretar e, quando necessário, suprir e corrigir o contrato segundo a boa-fé objetiva, entendida como exigência de comportamento leal dos contratantes”.

Não obstante os avanços da teoria no âmbito do direito do trabalho, e nas relações que extrapolem seus limites e dependa da equidade promovida aos auspícios do Direito Civil Constitucional, a mesma parece confrontar o “choque de legalidade”, e de segurança jurídica a ser promovido pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal quanto à conformação da teoria do constitucionalismo social, ignorando por completo das propostas de ampliação do conceito restrito da subordinação subjetiva, seja pela subordinação objetiva, ou mesmo pela subordinação estrutural ou algorítmica.

6. PLASTICIDADE DO CONSTITUCIONALISMO SOCIAL E A REFORMA TRABALHISTA

Como já dito, os precedentes do Supremo Tribunal Federal não trazem substrato conceitual para a criação de teses abstratas sobre as diversas temáticas trabalhistas submetidas a sua apreciação, mesmo na condição de ato-regra das Súmulas Vinculantes, a disposição do art. 103-A, *caput*, da CF “*reiteradas decisões sobre matéria constitucional*”, e seu § 1º “*a súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual*”, mas de todo o modo seu efeito vinculante, nos permite traçar as diretrizes da plasticidade promovida ao constitucionalismo social do trabalho, com efeito na doutrina, e na sedimentação jurisprudencial que esteja por vir, com profundas transformações na dogmática trabalhista.

6.1. FUNÇÃO CONTEMPORÂNEA DO DIREITO DO TRABALHO

Como eixo teórico do Direito do Trabalho, a partir do Constitucionalismo Social inaugurado com a Constituição Federal de 1988, houve a assunção de uma perspectiva contemporânea assumida, de profilaxia na prevenção dos conflitos sociais, na dinâmica da relação de poder exercida entre capital e trabalho.

Sempre houve no desenvolvimento da disciplina jurídica, uma finalidade teleológica de cunho tutelar deste ramo jurídico, absorvendo o conjunto de valores sociais que sobressaíram em dado momento histórico, como forma de garantir a desmercantilização do trabalho, para que referida relação social não esteja à mercê das livres forças de mercado, convertidas à lógica perversa da lei da oferta e da procura.

Cesarino Junior (1957) propôs no passado a existência de uma terceira categoria de direitos (*tertium genus*), com respaldo na situação fática de hipossuficiência do trabalhador, revelando um caráter protetivo e social ao direito do trabalho, com intervenção estatal que tenha o intuito de garantir o equilíbrio das relações jurídicas desiguais no plano fático, social e econômico.

Alexandre Marcondes Filho na exposição de motivos da CLT destaca:

[...] em relação aos contratos de trabalho, cumpre esclarecer que a precedência das "normas" de tutela sôbre os "contratos" acentuou que a

ordem institucional ou estatutária prevalece sobre a concepção contratualista [...] a análise do conteúdo da nossa legislação social provava exuberantemente a primazia do caráter institucional sobre o efeito do contrato, restrito este à objetivação do ajuste, à determinação do salário e à estipulação da natureza dos serviços e isso mesmo dentro de "standards" e sob condições preestabelecidas na lei [...] ressaltar essa expressão peculiar constituiria certamente uma conformação com a realidade e com a filosofia do novo Direito, justificando-se assim a ênfase inicial atribuída à enumeração das normas de proteção ao trabalho, para somente em seguida ser referido o contrato individual.

Diante da inexorável desarticulação do mercado formal de trabalho em contexto macroeconômico que não contribui com a reversão de sua crescente informalidade, exigir-se-á, garantias de ordem pública, pautada na presunção de vulnerabilidade, do trabalhador, dentro dos contornos de uma relação jurídica do trabalho subordinada, assegurando as condições mínimas de trabalho previstas na lei e nos instrumentos de negociação coletiva.

Amauri Mascaro Nascimento (2014), pela dimensão e complexidade do atual momento contemporâneo, destaca uma função coordenadora do direito do trabalho, apta a permitir a convergência de interesses entre capital e trabalho, que leve em consideração as conjunturas econômicas internacionais, setoriais, e eventual desequilíbrio do mercado interno de bens ou serviços.

A simbiose entre o direito do trabalho e as condições econômicas subjacentes, atrai a máxima de Georges Ripert: *“quando o direito ignora a realidade, a realidade se vingará ignorando o direito”*.

Como já destacado a Constituição Federal de 1988 não reconhece desenvolvimento social dissociado de desenvolvimento econômico, razão da função coordenadora de convergência de interesses, livre iniciativa e valor social do trabalho convivem no mesmo *locus* constitucional (art. 1º, inciso IV c/c art. 170, *caput*, da CF).

O Direito do Trabalho deve ser tratado, inclusive, na sua função modernizante e progressista, que lhe permita busca incessantemente fórmulas alternativas à distribuição de renda, para que não venhamos a cair na armadilha de nos conformar com um mundo sem trabalho, relegando o trabalhador a ação assistencial do Estado por programas universais de renda mínima, com autocontenção do Poder Judiciário pela sobreposição da solução democrática prevista em lei.

Necessário enaltecer a sua função civilizatória e democrática, eis que o direito do trabalho pode ser traduzido em um direito fundamental de segunda dimensão (econômica e social), contextualizado na dinâmica de proteção aos direitos humanos,

permitindo a moderação pelas bases humanísticas assumidas pelo texto constitucional, assegurando a perenidade do desenvolvimento social sustentável sob os pilares da livre iniciativa.

Destacamos que o eixo central da ordem econômica inaugurada com o art. 170, *caput*, da CF, mescla a livre atuação dos agentes privados com a harmonização necessária à valorização do trabalho, para que resulte em efetiva justiça social, esta como um campo de discricionariedade transferido ao legislador infraconstitucional para a consecução dos programas e objetivos constitucionais que abandonam o campo de neutralidade em matéria de direitos sociais.

Fica a cargo do legislador a prerrogativa política de imprimir maior intensidade na intervenção do Estado Social, resguardando a um só tempo a transformação social e a segurança jurídica indispensável em regime de livre iniciativa.

6.2. FUNÇÃO SOCIAL REVERSA DA PROPRIEDADE: DIMENSÃO PASSIVA

A exigência constitucional da função social da propriedade (art. 5º, XXIII e art. 170, III, da CF/88), passa a irradiar em todo o ordenamento jurídico infraconstitucional a exigência de uma postura ética dos agentes econômicos, como a figura jurídica do empregado.

O novo paradigma do Código Civil 2002, que tenta desvencilhar-se do estuário formal da codificação precedente de matriz formal-individualista de 1916, recorre ao *Bürgerliches Gesetzbuch* BGB Alemão de 1900 (Código Civil), ao incorporar o modelo normativo estabelecido por intermédio dos *standards* jurídicos, das cláusulas abertas, ou preceitos jurídicos indeterminados, franqueando ao operador do direito uma maior discricionariedade para avaliação dos fatos e normas, alinhados ao conjunto de valores do sistema.

Tal possibilidade normativa, não exige a revisão constante por intermédio de nova codificação, franqueia a oxigenação das regras prescritivas pela ética Kantiana pautada na expectativa de conduta, na “confiança”, pela boa-fé objetiva do art. 113 do CC.

Para Gilmar Ferreira Mendes (1999), a partir da análise da jurisprudência do Tribunal Constitucional da Alemanha, admitir-se-á aplicação dos direitos fundamentais na interpretação dos conceitos indeterminados, as *cláusulas gerais* representam a porta

de entrada dos direitos fundamentais no âmbito do Direito Privado, admitindo a irradiação dos seus efeitos por todo ordenamento infraconstitucional desta natureza.

De acordo com Fábio Konder Comparato (1995) a empresa deve ser vista como uma instituição eminentemente social, com extremo poder de transformação da realidade social subjacente, provendo a garantia da dignidade humana a uma gama expressiva da população através do pagamento dos salários, como contraprestação mínima do trabalho subordinado, mantendo o orçamento das pessoas políticas por intermédio das receitas derivadas decorrente do pagamento dos tributos, fonte de recursos indispensáveis à manutenção dos programas sociais mantidos pelo próprio Estado.

Apenas, não se pode admitir o alargamento indevido da referida compreensão para que a empresa, sem disciplina legal específica (princípio da legalidade, art. 5º, II, da CF: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”), venha a absorver os deveres próprios do Estado no plano do desenvolvimento social.

Para Fábio Konder Comparato (2012) há a preocupação da teoria social da empresa ser utilizado como referencial teórico para a estratégia de abandono das políticas sociais pelo Estado, havendo, aqui, na verdade, sob a nossa percepção, uma relação de complementaridade que deve ser fomentada, tendo em vista o poder de regulamentação das relações intersubjetivas, por meio de instrumento de modernização das ferramentas de gestão da força de trabalho.

No plano infraconstitucional, a teoria da função social da propriedade ganha novos contornos pelo princípio da preservação da empresa, positivado no art. 47 da Lei nº 11.101/05 (inalterado pela Lei nº 14.112/20), que prescreve:

A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

Para a compreensão da função social da propriedade é indispensável analisar o sentido e o alcance da expressão “função”, para Judith Martins-Costa (2002) ela representa a atribuição de um poder sob a perspectiva de uma finalidade intencionada na norma, razão pela qual este poder se desdobra em dever, ou seja, aquele poder não está a serviço da satisfação de interesses meramente individuais, que devem e podem ser alcançados sem atingir a esfera dos interesses alheios.

No exercício da função social da empresa, que tem diretrizes inegáveis no aperfeiçoamento da legislação trabalhista, não há como imputar obrigações ao empregador sem amparo legal, ou convencional, por meio de negociação coletiva.

Neste ponto, Daniel Sarmiento (2009) rechaça a solução simplista de transplantar o particular para a posição de sujeito passivo dos direitos fundamentais, equiparando o seu regime jurídico ao dos Poderes Públicos, pois o indivíduo, diversamente do Estado, também é titular de direitos fundamentais, e está investido pela própria Constituição em um poder de autodeterminação dos seus interesses privados.

Daniel Sarmiento (2010) reconhece que na fricção entre os direitos fundamentais e a salvaguarda da autonomia privada, da autodeterminação dos agentes econômicos no tráfico jurídico, passa a ser necessário que a forma de incidência destes direitos não venha a ser igual para os particulares e os poderes públicos, havendo algumas ressalvas quando o ente privado exerce atribuições públicas (aplicação da *public function theory*), e dentre os direitos sociais, por uma questão de titularidade e imputação, há que se fazer a distinção entre direitos trabalhistas e não trabalhistas, embora inegável a relativização constitucional do direito de propriedade pela proibição de condutas antissindicais.

A função social da propriedade reversa, em sua dimensão passiva, estar-se-á fundada em novas linhas de hermenêutica constitucional, permitindo uma variação na percepção ativa da função social da propriedade (art. 5º, inciso XXIII, da CF c/c art. 170, inciso II, da CF), igualmente, como direito fundamental de autodeterminação dos agentes econômicos nas relações privadas concebidas em pleno regime de livre iniciativa.

Há uma dinâmica autorizante que pretende resguardar o direito fundamental de propriedade (art. 5º, *caput* e XXII, da CF) no mercado de bens e serviços, transpondo o empregador da visão clássica a posição passiva, pela função social da propriedade como unidade econômica fundamental a ordem econômica do art. 170 da CF.

6.3. DISFUNCIONALIDADE DO CONTRATO DE EMPREGO: STATUS INFRACONSTITUCIONAL.

Independente das novas figuras jurídicas criadas com a Reforma Trabalhista (Lei nº 13.467/17), arrefecendo o aspecto da vulnerabilidade do trabalhador com ampliação da autonomia da vontade no contexto do contrato de trabalho, seja pela *retipificação* do contrato de trabalho, com a ampliação dos contratos a prazo ou, ainda,

com a inexorável reabsorção de parcela das relações de trabalho pela prestação de serviço do Direito Civil, seja pela sua absorção residual, ou mesmo pelo superdimensionamento normativo de normas especiais de reduzam o universo da relação de emprego subordinante, por meio da neutralização decorrente de política legislativa individualizada.

Para Luiz Carlos Amorim Robortella (2010) haveria a revalorização dos contratos civis com a retomada do diálogo entre o Direito do Trabalho e Direito Civil, caminho inverso ao imperialismo da relação de emprego pós-revolução industrial, como meio de inserção do trabalhador no sistema produtivo, franqueando segurança jurídica da fórmula geral da teoria da confiança revelada pelo *non venire contra factum próprio*, um recrudescimento protetivo, diante do redimensionamento do princípio da primazia da realidade (art. 9º da CLT), que esbarra na prerrogativa jurisdicional da Justiça Especializada do Trabalho (art. 114 da CF), com violação de competência definida em texto constitucional.

Para Luiz Carlos Amorim Robortella (2010) a heterogeneidade do mercado de trabalho estimulado pelas novas tecnologias no contexto de uma sociedade da informação estaria por estimular o diálogo com o Direito Civil, a cada dia o trabalho intelectual mostra-se menos acomodável nos estreitos limites da relação de emprego, do conceito jurídico de enquadramento normativo celetista pelos limites da “subordinação”.

A Medida Provisória conhecida como “MP do Bem”, e de acordo com o art. 129, da Lei nº 11.196/05, ao admitir, para fins fiscais e previdenciários, a prestação de serviços intelectuais por intermédio de pessoa jurídica, ainda que sobressaia o caráter personalíssimo de seus sócios, amplia as hipóteses de “pejotização”, sem que haja um critério seguro para a distinção, havendo confusão doutrinária e jurisprudencial entre subordinação e hipersuficiência.

A constitucionalidade da medida, inclusive para fins trabalhistas, consta expressamente do Voto da Relatora da ADC nº 66 Ministra Carmen Lúcia, anunciando os diversos precedentes do Supremo Tribunal Federal em prol da livre iniciativa, e da segurança jurídica dos ajustes entre atores privados que lhe seja inerente, vejamos:

A controvérsia que permeia a presente ação é determinada pela incerteza gerada por prestadores de serviços intelectuais e para os tomadores desses serviços sobre eventual desconsideração de sua relação jurídica pela Administração Pública ou pelo Poder Judiciário que, a pretexto de coibir fraudes e simulação em favor da primazia da realidade, possa a eles impor regramento previdenciário e fiscal mais gravoso que aquele destinado às pessoas jurídicas ou, ainda, reconhecer

a formação de vínculo empregatício entre a pessoa física do prestador e a tomadora dos serviços. O receio sobre a eficácia das escolhas empresariais e a dúvida sobre os limites dos compromissos assumidos comprometeria a segurança jurídica, mais ainda, o equilíbrio das relações firmadas, sem o que não se tem como garantido o livre exercício da atividade empresarial e o pleno desenvolvimento econômico. 10. A norma do art. 129 da Lei n. 11.196/2005 harmoniza-se com as diretrizes constitucionais, especialmente com o inc. IV do art. 1º da Constituição da República, pelo qual estabeleceu a liberdade de iniciativa situando-a como fundamento da República Federativa do Brasil. Dessa liberdade econômica emanam a garantia de livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão e o livre exercício de qualquer atividade econômica, consagrados respectivamente no inc. XIII do art. 5º e no parágrafo único do art. 170 da Constituição da República. 11. A valorização do trabalho humano e a livre iniciativa conjugam-se para fundamentar a ordem econômica e dirigem-se a atingir os objetivos fundamentais descritos no art. 3º da Constituição da República, pelo que são elementos indissociáveis para a compreensão e o desate da presente controvérsia jurídica. Embora o art. 129 da Lei n. 11.196/2005 apenas se refira expressamente implicações fiscais e previdenciárias decorrentes da prestação de serviços intelectuais, incluídas as de natureza científica, artística ou cultural, por pessoa jurídica, não podem ser negada validade no direito de eventuais repercussões secundárias, a determinar os termos e os efeitos de relação jurídica estabelecida entre a tomadora do serviço e a pessoa que desenvolve as atividades em seu benefício. A complementariedade entre os valores sociais do trabalho e a livre iniciativa é tema recorrente nos julgamentos deste Supremo Tribunal, que, atento ao sistema constitucional e às transformações das relações de trabalho, não tem se esquivado do exame aprofundado do tema. A ênfase dada a esses vetores constitucionais pode ser exemplificada no julgamento do Recurso Extraordinário n. 958.252 (Tema 725 da repercussão geral) e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 324. (BRASIL, STF, ADC nº 66, 2020).

Neste sentido, identificamos dois caminhos a serem percorridos pela legislação heterônoma estatal: em um primeiro plano, reconhecendo um movimento de flexibilização heterônoma no sentido do esvaziamento do conteúdo do Direito do Trabalho, com a paulatina absorção das modelagens contratuais do Direito Civil reconhecidas nos contratos de atividade englobados pela prestação de serviço, com algumas regulamentações pontuais por regras especiais, sem avançar na criação de uma figura intermediária própria da *parassubordinação*, com a indução legal de uma proteção social proporcional e razoável, e, segundo, reconhecendo figuras jurídicas anômalas como na hipótese do trabalhador *hipersuficiente*.

Outro problema prático, não obstante a restrição da autonomia da vontade nos contratos de Direito Civil, pela aplicação da teoria da boa-fé objetiva, não haveria na formulação jurisdicional formal-individualista a dosagem de institutos a partir da correta

sensibilidade social finalística, uma justiça social proporcional à vulnerabilidade do trabalhador, contrária à ideia liberal da simetria contratual, autonomia da vontade artificial

Acrescemos, como hipóteses normativas de neutralização no próprio texto celetista, a relação de trabalho prestada por intermédio de cooperativas de trabalho, atividades laborativas de proveito comum (art. 2º, da Lei nº 12.690/12) excluído da proteção trabalhista por força do art. 442, parágrafo único, da CLT, dispositivo que afasta a formação do vínculo de emprego entre o cooperado e a cooperativa, ou entre aquele e o tomador do serviço.

Em sentido contrário aos precedentes que se apresentam perante o Supremo Tribunal Federal, sob a pecha da inconstitucionalidade do art. 442, parágrafo único, da CLT, com vulneração aos valores sociais do trabalho estampados no art. 1º, inciso IV, da CF, Jorge Luiz Souto Maior analisa os efeitos do modelo cooperado no Brasil, que deveria representar apenas uma forma alternativa de organização do trabalho, com o arrefecimento do intuito meramente lucrativo no âmbito do sistema capitalista, e com inegável viés comunitário, vejamos:

Diga-se, ademais, que não é com a prestação de trabalho, mediante o sistema de cooperativas, sem formação de vínculo empregatício, que os trabalhadores irão alcançar melhores condições de vida, até porque, nesse sistema desvirtuado, os trabalhadores não deixam de ser meros prestadores de serviços, não participam da atividade econômica e não usufruem, portanto, livremente, o produto do seu trabalho”. (SOUTO MAIOR, 2000, p. 324).

A Reforma Trabalhista abre espaço para novos tipos contratuais ao tratar da diferença entre trabalho subordinado e autônomo, adaptando o texto celetista ao art. 114, I, da CF, que, com a EC nº 45/04, amplia a competência material da Justiça do Trabalho para conhecer e julgar a relação de trabalho e não somente o trabalho subordinado, tratando, pela primeira vez, do trabalhador autônomo no texto infraconstitucional de proteção do trabalho.

Dispõe o art. 442-B da CLT que:

“A contratação do autônomo, cumpridas por este todas as formalidades legais, com ou sem exclusividade, de forma contínua ou não, afasta a qualidade de empregado prevista no art. 3º desta Consolidação”.

As primeiras impressões a respeito do dispositivo eram no sentido de tratar-se de uma regra lógica, a mera ausência dos requisitos da relação de emprego, por si só,

não permite o reconhecimento do vínculo empregatício, e as formalidades legais não são passíveis, por elas próprias, de afastar este mesmo reconhecimento, pela sobreposição do princípio da primazia da realidade.

Não estaríamos por admitir uma cláusula geral alternativa à formulação teórica da relação de emprego, uma garantia da ampliação do fenômeno contemporâneo da *pejotização*, em qualquer das áreas do Direito; o legislador, no novo dispositivo, estaria por relativizar dois elementos da relação de emprego:

- (i) Exclusividade: retratada pela dependência econômica do prestador do serviço ao tomador, expressa pela formação de uma relação jurídica duradora e permanente condizente com a exclusividade da fonte pagadora, ainda que esta não seria um requisito próprio da lei, mas uma característica de dependência muito próxima ao requisito da subordinação, uma situação indiciária de vínculo de emprego afastada pela lei, uma presunção a *contrário sensu*;
- (ii) Não eventualidade: indução da figura jurídica do trabalhador semidependente, em que a não eventualidade exigível no contrato atípico, afasta a subordinação pela intencidade, mas reconhece uma inserção permanente, contínua, do prestador de serviço no âmbito da atividade econômica explorada pelo tomador do serviço, um viés colaborativo fundamentado em todo poder residual de comando inerente ao adimplemento de contratos atividade.

Com o avanço da interpretação do art. 442-B da CLT por leis especiais neutralizantes da relação de emprego, estra-se-ia por fazer a transição do “emprego”, trabalho subordinado, pela ampliação da prestação de serviço em regime de livre iniciativa, com garantias a segurança jurídica das avenças, instando ao Supremo Tribunal Federal promover, por maioria, uma remodelação da Teoria do Constitucionalismo Social, em matéria trabalhista, platicidade alcaçável por mutação constitucional, revisitando a dogmática do direito do trabalho, e rechaçando, pela interpretação conforma a constituição dos novos dispositivos normativos, os posicionamentos clássicos da doutrina, e estrutura normativa do Direito do Trabalho.

Devemos destacar que o STF no dia 28 de outubro de 2021, por maioria de votos, com voto vencido dos Ministros Edson Fachin e Rosa Weber, reconheceram a constitucionalidade da Lei nº 13.352/16, reafirmando a tendência da licitude da “pejotização”, por disposição do art. 594 c/c art. 104, inciso II, do CC, e por disposição expressa de lei, fazemos uma, a tempo e modo, no sentido da reformulação proposta pelo

art. 442-B da CLT, compatível com o resultado da ADI nº 5625, em tese de repercussão geral:

“É constitucional a celebração de contrato civil de parceria entre salões de beleza e profissionais do setor, nos termos da lei 13.352/16. É nulo o contrato civil de parceria referido quando utilizado para dissimular relação de emprego de fato existente, a ser reconhecida sempre que se fizer presente seus elementos caracterizadores”.

O voto vencido do Ministro Edson Fachin retrata a posição sedimentada na doutrina em relação aos preceitos basilares e angulares do Direito do Trabalho:

Assim, os destinatários das normas constitucionais de 1988 são legitimados para reivindicarem, sob os auspícios da Constituição positivada, direitos sociais fundamentais trabalhistas como corolários primários do modelo político alcunhado de Estado Democrático de Direito. Não raro se associa o fenômeno de mitigação dos direitos fundamentais sociais, especialmente os trabalhistas, em face de contingências da realidade social, econômica e política, as quais supostamente seriam impeditivas da sua plena concretização. Sem maiores divergências, porém, a proteção jurídica ao trabalho é considerada como direito fundamental social, de modo que, sempre que são necessários ajustes nas condições jurídicas estabelecidas para o contrato de trabalho, sua regulamentação pelas normas infraconstitucionais não pode afrontar a proteção constitucional que lhe é endereçada. Com efeito, da convergência de variados preceitos constitucionais no sentido da prevalência dos direitos trabalhistas na ordem jurídica, aferida sob a perspectiva de proteção social (arts. 1º, III e IV; 3º, I, II, III e IV; 4º, II; 5º, caput e § 2º; 6º; 7º, caput, incisos e parágrafo único; 8º até 11; 170, caput e incisos III, VI e VII; 193, todos da Constituição Federal de 1988), sobrevém inequívoca presunção constitucional em favor do vínculo empregatício na hipótese de incontroversa prestação de serviços por pessoa natural.

[...]

Confira-se trecho da lição doutrinária do i. Ministro Godinho quanto ao tema:

[...]

No Brasil, desponta a singularidade de esta antiga presunção jurídica ter sido incorporada, de certo modo, até mesmo pela Constituição da República de 1988, ao reconhecer, no vínculo empregatício, um dos principais e mais eficazes instrumentos de realização de notável bloco de seus princípios cardeais, tais como o da dignidade do ser humano, o da centralidade da pessoa humana na ordem jurídica e na vida socioeconômica, o da valorização do trabalho e do emprego, o da inviolabilidade física e psíquica da pessoa humana, o da igualdade em sentido substancial, o da justiça social, o do bem-estar individual e social, o da segurança e o da subordinação da propriedade à sua função socioambiental. Com sabedoria, a Constituição percebeu que não se criou, na História do Capitalismo, nessa direção inclusiva, fórmula tão eficaz, larga, abrangente e democrática quanto a estruturada na relação de emprego.

[...]

É a interpretação doutrinária do i. Professor Amauri Cesar Alves, em seguida colacionada:

‘O legislador infraconstitucional somente pode afastar o vínculo empregatício, presentes os requisitos do art. 3º da CLT, em situações excepcionais em que haja claramente interesse público, o que não é o caso. Tal compreensão se dá em razão da centralidade, da presunção e da prevalência do vínculo de emprego no plano das relações capital-trabalho no Brasil e da incidência de princípios constitucionais que protegem especialmente o trabalho’. (BRASIL, STF, ADI nº 5625, 2021)

Há uma divergência entre vencidos, como a posição adotada pelo Ministro Edson Fachin para quem: “Numa sociedade em que é preciso resguardar o direito a ter direitos, ter direito ao trabalho é o primeiro pressuposto de uma vida digna.”

E pela vertente majoritária o Ministro Nunes Marques reconhece: “O princípio da valorização do trabalho não se concretiza apenas com a tradicional fórmula do vínculo empregatício (...) Há de se facultar aos trabalhadores, e aos empregadores, alternativas legítimas para que exerçam seu ofício.”

Pela ótica do Supremo Tribunal Federal, entre licitude ou ilicitude da “pejotização”, neutralização da relação de emprego pela lei, resulta na solução por tese de repercussão geral que a relação de emprego não detém *status* constitucional, não há uma fórmula exclusiva reconhecida no texto do art. 7º, inciso I, da CF, prevendo a relação de emprego protegida.

Fórmulas alternativas, dentro do universo das relações do trabalho em sentido *latu* (assento constitucional do art. 114, inciso I, da CF), não é matéria a ser submetida ao crivo do Poder Judiciário, mais ao crivo político do legislador, que poderá neutralizar a relação de emprego dentro das diretrizes do art. 442-B da CLT.

Estas diretrizes começam a reverberar na jurisprudência dos Tribunais Regionais do Trabalho, vejamos:

Enfim, não é tarefa simples solucionar o conflito sob os matizes do direito do trabalho subordinado, quando, claramente, as duas partes nunca tiveram interesse nessa forma de contratação, nunca sequer a aventaram, e é princípio fundamental do direito negocial (art. 112 do Código Civil) que a intenção deve ser o elemento cognitivo prevalecente.

[...]

Portanto, creio que, no desejável ambiente de boa-fé que a vida em sociedade e a vida negocial impõem, o aspecto que deve diferenciar as modalidades contratuais para os trabalhadores hipersuficientes, desde que não haja ilegalidade flagrante - como não parece haver, pois não caracterizada subordinação expressiva -, é a opção manifestada, no ato da contratação, entre sujeitos bem informados e esclarecidos, que exterioriza a intenção legítima das partes.

[...]

Neste momento histórico, diante do impositivo § único do artigo 421 do CCB ("Nas relações contratuais privadas, prevalecerão o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual") não mais se mostra possível o exercício judicial pretendido, de transmutação da natureza jurídica do contrato, exceto em hipóteses extremas, nas quais o desequilíbrio jurídico entre os contratantes é tão manifesto que admitiria ao poder judiciário, sob modalidades substancialmente comprovadas de vício de consentimento, sobrepor-se aos valores da liberdade contratual e da segurança dos contratos. (BRASIL, TRT 9ª Região, Processo nº 0001221-93.2019.5.09.0028, 2021).

Há a necessidade de debater qual o critério de emancipação subordinante, a subordinação como modo de concretização do serviço contratado, a ausência, sem base normativa da hipossuficiência, uma vez que a hipossuficiência do art. 444, § único, da CLT com redação pela Lei nº 13.467/17 é absorvida pelas regras de enquadramento do art. 2º e 3º da CLT, ou seja, trabalhadores celetistas são dignos de boas remunerações, ou ainda, se haveria critério jurídico válido de aferição da substancialidade da autonomia privada da vontade bilateral, substancial, em que o objeto contratual denote de modo contraprestativo o equilíbrio econômico-financeiro.

Deste modo, há dúvidas da relativização do princípio da primazia da realidade, violação constitucional a regra de competência da jurisdição trabalhista (art. 114 da CF), que tem sua primazia na ideia de especialidade, justiça especializada, não comportando a imputação de subsidiariedade em resguardo ao princípio da intervenção mínima dos contratos, introduzido pela Lei de Liberdade Econômica (Lei nº 13.874/19, alterando o § único, do art. 421 do CC), como substrato infraconstitucional da supremacia da segurança jurídica perseguida pelo Supremo Tribunal Federal.

6.3.1 RELATIVIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRIMAZIA DA REALIDADE

Fazemos o alerta de que a disposição do art. 442-B da CLT ao referenciar: “*a contratação do autônomo, cumpridas por este todas as formalidades legais*”, possa induzir a uma relativização do princípio da primazia da realidade perante a iniciativa de uniformização pelo Supremo Tribunal Federal envolvendo questões trabalhistas contrárias, de forma a franquear segurança jurídica, mas com vulneração do princípio do devido processo legal (art. 5º, inciso LIV, da CF), uma vez que retirar a atribuição das análises probatórias inerentes à jurisdição, viola a constituição, ao transformar a Corte Constitucional em um Tribunal Plenipotenciário, sem a garantia de acesso a um ordenamento jurídico justo (art. 5º, XXXV, da CF).

No voto do Ministro Barroso, proferido na ADC nº 48, haveria um erro conceitual, que conseqüentemente alcança a própria Justiça competente para a análise da natureza jurídica de certas demandas, com esvaziamento da competência material da Justiça do Trabalho, em sentido inverso, da ampliação de sua competência material pela EC nº 45/04²¹.

Embora, a Constituição conviva com instrumentos regulatórios distintos das relações de trabalho, referenciando a relação de emprego no art. 7º, inciso I, da CF (em consonância com as regras de enquadramento infraconstitucionais do art. 2º e 3º da CLT), igualmente admite, no sentido técnico-jurídico, a relação de trabalho do art. 114, inciso I, da CF (art. 442-B da CLT c/c art. 593 do CC como fórmula residual de trabalho autônomo).

Mas o legislador vai além, para afastar o princípio da primazia da realidade, bindando sua opção política, se afasta semanticamente da dicotomia “relação de emprego” e “relação de trabalho”, ambas, inegavelmente, submetidas a jurisdição trabalhista por uma interpretação simplista do texto, e passa reconhecer um conceito de sobreposição, em contexto similar, ao referenciar a “relação comercial” que afasta o vínculo empregatício:

[...] 2 - O prazo prescricional estabelecido no art. 18 da Lei 11.442/2007 é válido porque não se trata de créditos resultantes de relação de trabalho, mas de relação comercial, não incidindo na hipótese o art. 7º, XXIX, CF. 3 - Uma vez preenchidos os requisitos dispostos na Lei nº 11.442/2007, estará configurada a relação comercial de natureza civil e afastada a configuração de vínculo trabalhista. (BRASIL, STF, ADC nº 48 e ADI 3961, 2020).

Ou ainda:

Preenchidos os requisitos dispostos na Lei 4.886/65, compete à Justiça Comum o julgamento de processos envolvendo relação jurídica entre representante e representada comerciais, uma vez que não há relação de trabalho entre as partes. (BRASIL, STF, RE nº 606.003, 2020).

²¹ Ao analisar a amplitude do termo “relação de emprego”, o STF no julgamento da medida cautelar concedida através de juízo monocrático pelo Ministro Nelson Jobim, na ADI nº 3.395-6/DF, referenda o entendimento que a expressão inserida no texto constitucional não admite a inclusão da relação jurídica estatutária, firmada entre o Poder Público e o servidor público, por tratar-se de uma relação jurídico-administrativa, regulamentada no âmbito da União pela Lei nº 8.112/90, acarretando o cancelamento da OJ nº 205, da SDI-1 do TST, que no item I permitia a discussão quanto ao desvirtuamento da relação de emprego, ou no item II, inexistência da situação emergencial que autoriza a contratação temporária do art. 37, IX, da CF. Interpretação referendada pelo Tribunal Pleno em voto do Ministro Marco Aurélio em 2015.

Para efeito de segurança jurídica, no campo do direito material, não como fórmula genérica no art. 442-B da CLT, mas na observância dos requisitos formais da lei especial da qual o dispositivo celetista faz referência “*a contratação do autônomo, cumpridas por este todas as formalidades legais*”, temos um primeiro efeito que é a criação de contratos de trabalho, sob a denominação de “contrato comercial que afasta o vínculo empregatício”, neutralizando aprioristicamente a relação de emprego, errefecendo o princípio da primazia da realidade.

Mas não basta a iniciativa no campo do direito material, não obstante a maior sensibilidade social do Juiz do Trabalho, o mesmo tem melhores instrumentos do que o Juiz Cível, razão pela qual há o enfraquecimento do movimento de expansão da EC nº 45/04, no sentido de que as “relações comerciais”, peseudo “relações de trabalho”, sejam submetidas ao julgamento da Justiça Civil.

A forma de neutralizar o princípio da primazia da realidade, em uma reaproximação do direito do trabalho com o direito civil, assegurando contratos de trabalho alternativos à relação de emprego, com maior segurança jurídica, pretensão por detrás do art. 442-B da CLT, evitando a judicialização excessiva das ações de reconhecimento de vínculo de emprego).

Para nós, como já destacado, não houve avanço em relação ao trabalhador *parassubordinado* na Reforma Trabalhista de 2017, o art. 442-B da CLT apenas inseriu a relativização da exclusividade e não eventualidade para as situações fronteiriças da dicotomia constitucional entre relação de emprego e trabalho, com uma inegável predileção das formalidades legais como opção legislativa, em prol da segurança jurídica, prevalecendo a forma sobre o conteúdo, e mais, uma regra geral de neutralização da relação de emprego que, ao exigir formalidades legais, aglutinaria as regras esparsas em vigor ou a serem aprovadas, com esvaziamento da relação de emprego, pontualmente a um universo de trabalhadores a serem estratificados do núcleo de proteção celetista vinculado ao trabalho subordinado. Posicionamento com chancela dos precedentes do Supremo Tribunal Federal, importando na plasticidade do constitucionalismo social por mutação constitucional.

Para Maurício Godinho Delgado a interpretação a ser franqueada ao art. 442-B da CLT deve ser em conformidade aos preceitos constitucionais:

A interpretação lógico-racional, sistemática, e teleológica do art. 442-B da Consolidação das Leis do Trabalho, conduz, inegavelmente, ao seguinte resultado interpretativo: o que importa ao Direito do Trabalho é a presença (ou não) dos elementos fático-jurídicos da relação de

emprego, ao invés do simples envoltório formal conferido ao contrato entre as partes. (DELGADO, 2017, p. 152).

Os parágrafos acrescentados ao art. 442-B da CLT pela MP nº 808, de 14 de novembro de 2017, editada 3 (três) dias após a entrada em vigor da Lei nº 13.467/17, diante da polêmica de algumas alterações legislativas no bojo da Reforma Trabalhista, não alteram o panorama normativo, especialmente pelo fato de não ter sido convertida em lei, mas denota a incoerência do texto original, com notória simbologia para os efeitos hermenêuticos de interpretação da norma jurídica.

A simbologia com efeitos hermenêuticos na interpretação da norma jurídica, que se extrai da MP nº 808/17, ainda que não convertida em lei, mas com a inegável finalidade de arrefecimento dos excessos cometidos na tramitação do projeto de lei 6.787/16 (Reforma Trabalhista), reafirma e fortalece posição quanto à inexistência de uma cláusula residual de neutralização da relação de emprego no art. 442-B, *caput* da CLT, não como uma autorização geral do fenômeno da “pejotização”, mas de neutralização no mesmo plano normativo da lei de enquadramento da relação de emprego, desde que “*cumpridas pelo autônomo todas as formalidades legais*”, o que fica evidente pela § 5º do disposto que perde a validade pela não conversão em lei, mas que previa:

“motoristas, representantes comerciais, corretores de imóveis, parceiros, e trabalhadores de outras categorias profissionais reguladas por leis específicas relacionadas a atividades compatíveis com o contrato autônomo, desde que cumpridos os requisitos do *caput*, não possuirão a qualidade de empregado prevista o art. 3º”.

A substancialidade do comportamento do próprio prestador do serviço provoca a reflexão quanto à distinção dos modelos analisados, com o arrefecimento do poder diretivo do empregador pela ingerência contratual, o parassubordinado tem maior disposição de sua atuação, não está obrigado a permanecer na espera de ordens provenientes do tomador do serviço, e tampouco, ficar à sua disposição, substituindo o parâmetro tempo à disposição (art. 4º da CLT), pelo resultado, contudo, o adimplemento da obrigação contratual assumida exige a fixação do modo, tempo e lugar da execução dos serviços, sob pena da desnecessidade e imprestabilidade da própria prestação.

Haveria, para este fim, de segurança jurídica, um deslocamento da competência jurisdicional para solução dos conflitos surgidos a partir destes “contratos de trabalho” para a Justiça Comum, pela perspectiva de uma “relação comercial”

aprioristicamente definida em lei, independente da substancialidade factual essencial ao negócio jurídico válido, que não seja simulado (art. 167, § 1º, inciso II, do CC), vez que o direito, em qualquer dos seus vernizes não compactua com o desvio de finalidade (art. 50 do CC).

Evidente recrudescimento da ampliação da competência material da justiça do trabalho intencionada pela EC nº 45/04, utilizando de relações comerciais simuladas em lei, que apenas neutralizam a relação de emprego, exceto, diante da substancialidade referendada pelo equilíbrio econômico-financeiro inerente a autonomia privada da vontade plena.

O Ministro Luiz Edson Fachin reforça a defesa, intransigente, do princípio da primazia da realidade:

Sendo assim, a questão constitucional em debate deve ser solucionada tendo como vetor hermenêutico o princípio da primazia da realidade, ou seja, a compreensão de que todas as partes de uma relação contratual devem agir com boa fé, em direção à confiança recíproca e igualdade substancial, no que tange aos seus direitos e deveres nessa relação. Em última análise, o princípio da primazia da realidade impõe compromisso e vontade de respeitar a Constituição e, mais especificamente, os direitos fundamentais por ela reconhecidos. [...] Assim, em consonância com o princípio da primazia da realidade, impõe-se a declaração de inconstitucionalidade das disposições normativas ora impugnadas, porque afirmam, peremptoriamente e de forma apriorística, que o vínculo que se estabelece entre pessoas físicas ou empresas com transportadores rodoviários de cargas sempre será de natureza comercial. (BRASIL, STF, ADC nº 48, 2020).

Na tese de repercussão geral aprovada, há a possibilidade interpretativa da admissão de arranjos normativos artificiais, simulando legítimos contratos de prestação de serviço, com a dissimulação relação de emprego, como um preço a ser paga para a segurança jurídica (art. 5º, inciso II, da CF), revelada no ato jurídico perfeito (art. 5º, inciso XXXVI, da CF c/c art. 6º da LINDB), vejamos o Voto do Ministro Luís Roberto Barroso:

Por todo exposto, entendo que, uma vez preenchidos os requisitos dispostos na Lei nº 11.442/2007, estará configurada a relação comercial de natureza civil e afastada a configuração de vínculo trabalhista. Entendimento contrário é justamente o que tem permitido que, na prática, se negue sistematicamente aplicação à norma em exame, esvaziando-lhe o preceito. Portanto, o regime jurídico que se presta como paradigma para o exame da natureza do vínculo é aquele previsto na Lei nº 11.442/2007. (BRASIL, STF, ADC nº 48, 2020).

O redimensionamento da jurisdição trabalhista especializada, como prerrogativa constitucional da organização do Poder Judiciário, com esvaziamento de funções primordiais, não escapa ao voto da Ministra Rosa Weber, para quem:

Na esteira da compreensão externada no voto do Ministro Edson Fachin, o cerne da questão constitucional objeto de controle concentrado situa-se na constitucionalidade da predeterminação da natureza autônoma da relação jurídica da prestação de serviços pelo texto da norma impugnada de forma desvinculada dos elementos da realidade social, dos dados reais do caso concreto e, a partir dessa formatação apriorística, não somente fixar a competência jurisdicional e o prazo prescricional, mas também estabelecer legalidade da terceirização. Os paradigmas de controle são os arts. 1º, IV, 7º, 5º, XIII, 114, I, e 170 da Constituição Federal. Na minha compreensão, esse preceito revela o embotoamento do legislador ao complexo entrelaçamento entre trabalho e poder privado na realidade da organização do trabalho no mundo contemporâneo. A pretensão reducionista de classificar *a priori* o vínculo jurídico mantido entre as empresas e os transportadores de cargas, peremptoriamente negada qualquer possibilidade de subsunção dos fatos à norma, implica verdadeiro menoscabo dos direitos fundamentais do trabalhador previstos no art. 7º da Constituição Federal, com nítida chancela de fraude à legislação trabalhista, no que manifestamente nega ao trabalhador questionar no Poder Judiciário, órgão constitucionalmente competente, a definição da real configuração do vínculo jurídico em que se deu a prestação dos serviços em ofensa aos arts. 5º, XXXV, 114, I, da Constituição Federal. Nesse sentido, diversamente do Ministro Relator, entendo que a Lei 11.442/2007 também tangencia o conteúdo material da relação entre a empresa transportadora de cargas e o motorista empregado, no que fomenta a fraude à legislação trabalhista, furtando-lhe direitos fundamentais individuais e coletivos, suprimida a possibilidade de configuração do vínculo de emprego, mesmo que presentes os seus elementos na concretude da realidade da prestação dos serviços. Rememoro o seu teor: Art. 5º As relações decorrentes do contrato de transporte de cargas de que trata o art. 4º desta Lei são sempre de natureza comercial, não ensejando, em nenhuma hipótese, a caracterização de vínculo de emprego. (BRASIL, STF, ADC nº 48, 2020).

Embora não haja referências na tese de repercussão geral aprovada:

1 - A Lei 11.442/2007 é constitucional, uma vez que a Constituição não veda a terceirização, de atividade-meio ou fim. 2 - O prazo prescricional estabelecido no art. 18 da Lei 11.442/2007 é válido porque não se trata de créditos resultantes de relação de trabalho, mas de relação comercial, não incidindo na hipótese o art. 7º, XXIX, CF. 3 - Uma vez preenchidos os requisitos dispostos na Lei nº 11.442/2007, estará configurada a relação comercial de natureza civil e afastada a configuração de vínculo trabalhista.

Em seus esclarecimentos, após os questionamentos dos dois Ministros acima apontados, o próprio Ministro Luís Roberto Barroso relativiza a suposta divergência estabelecida na corte quanto ao dimensionamento do princípio da primazia da realidade:

Logo, se a hipótese que se puser concretamente for a de alguém que esteja trabalhando como empregado, eu concordo com o Ministro Fachin. Mas, se esta for a hipótese, não incide a Lei. A hipótese que está prevista na Lei eu considero que é válida e legítima. Portanto, entendo a posição do Ministro Fachin de explicitar isso, mas não há uma divergência de fundo, porque acho que a lei, com clareza, exclui a possibilidade desta malversação, salvo hipóteses de fraude.

No julgamento da Adin nº 5625, o Supremo Tribunal Federal, em tese de repercussão geral, reconhecendo a constitucionalidade do contrato de parceria instituído pela Lei nº 13.352/16, faz referência expressa ao princípio da primazia da realidade:

É constitucional a celebração de contrato civil de parceria entre salões de beleza e profissionais do setor, nos termos da lei 13.352/16. É nulo o contrato civil de parceria referido quando utilizado para dissimular relação de emprego de fato existente, a ser reconhecida sempre que se fizer presente seus elementos caracterizadores.

Preservada, por ora, a relativização do princípio da primazia da realidade, em prol da narrativa da segurança jurídica aos contratos de trabalho, haveria como alternativa o deslocamento de competência, com mera subsidiariedade da Justiça constitucionalmente especializada, subvertendo a lógica constitucional da organização judiciária, que confere a Justiça Comum as competências residuais não preenchidas nos dispositivos especiais (art. 114 da CF).

6.3.2. REDIMENSIONAMENTO DA COMPETÊNCIA JURISDICIONAL DA JUSTIÇA DO TRABALHO

Pela teoria do diálogo das fontes, a ampliação do campo da autonomia da privada da vontade no universo do trabalho, fraqueia maior flexibilização de direitos, mas exige para sua consecução segurança jurídica com a preservação do ato jurídico perfeito, havendo na Justiça Comum um ambiente regulamentar mais suscetível a proteção destes valores encampados pelos precedentes do Supremo Tribunal Federal analisados.

Ainda, que haja um vasto campo de desenvolvimento de um maior equilíbrio nas relações estabelecidas por intermédio do contrato de prestação de serviço, com fundamento no Direito Civil Constitucional, por não dizer Direito Civil Constitucional

do Trabalhador não subordinado, para efeito de retrocesso, não há instrumentos normativos disponíveis ao Juiz Civil que lhe permita a atuação sociais presentes na prática trabalhista.

O Juiz do Trabalho dispõe para atendimento da finalidade constitucional da Justiça Especializada, na busca incessante por justiça social material, substancial, dos seguintes instrumentos: (i) princípio da primazia da realidade (art. 9º da CLT); (ii) conteúdo mínimo obrigatório (art. 444, *caput*, da CLT); e, (iii) inalterabilidade contratual lesiva.

No julgamento do RE nº 606.003 que tinha por objeto a justiça competente para análise dos conflitos de interesses decorrentes dos contratos autônomos, o Ministro Luís Roberto Barroso consignou em seu voto:

É válido observar, igualmente, que a proteção constitucional ao trabalho não impõe que toda e qualquer relação entre o contratante de um serviço e o seu prestador seja protegida por meio da relação de trabalho (CF/1988, art. 7º). Com base neste entendimento, o Supremo Tribunal Federal proferiu decisão, nos autos da ADPF 324, reconhecendo a compatibilidade da terceirização de toda e qualquer atividade - inclusive da atividade-fim - com a Constituição, tendo, mais recentemente, reafirmado a conclusão ao julgar a ADC 48, em relação ao transporte de carga, disciplinada na Lei nº 11.442/2007. 22. Como visto, os elementos do contrato de representação comercial o fazem diferente da relação de trabalho, de modo que, mesmo após a entrada em vigor da EC 45/2004, a preservação da competência da Justiça Comum, na forma do art. 39 da Lei 4.886/65, não representa violação ao art. 114, já que trata-se de contrato típico que não configura relação trabalhista. (BRASIL, STF, RE nº 606.003, 2020).

Nesta decisão do Supremo Tribunal Federal fora determinando a competência da Justiça Comum para o julgamento dos contratos de trabalho que envolva a Representação Comercial, com efeitos indiretos na relativização do princípio da primazia da realidade, houve inegável desidratação da Reforma do Poder Judiciário levada a efeito pela EC nº 45/05, com a ampliação da competência material da justiça do trabalho, pela nova redação do inciso I, do art. 114, da CF, vejamos a redação da tese de repercussão geral aprovada no RE nº 606.003:

Preenchidos os requisitos dispostos na Lei 4.886/65, compete à Justiça Comum o julgamento de processos envolvendo relação jurídica entre representante e representada comerciais, uma vez que não há relação de trabalho entre as partes.

Nova decisão tomada pela Corte Constitucional que contraria seu próprio posicionamento adotado no julgamento da ADI nº 3.395-6, que ao analisar o sentido e a extensão do termo “relação de trabalho”, inserido no inciso I, do art. 114 da CF, pela EC

nº 45/04, em medida cautelar, concedida por juízo monocrático do Ministro Nelson foi reconhecida a maior ampliação da competência material da Justiça do Trabalho, apenas com a exclusão da relação jurídica administrativa-estatutária estabelecida no âmbito do Poder Público, interpretação referendada pelo Plenário em 2015 por voto do Ministro Marco Aurélio Melo.

Pela perspectiva do diálogo das fontes há uma relação de complementaridade direta entre o direito do trabalho e o civil (art. 8º, § 1º, da CLT), o que não ocorre no sentido inverso, por exemplo, na aplicação da lei do representante comercial (Lei nº 4.886/65), regras de ordem pública, dirigismo contratual que leva em consideração a intensidade de subordinação (mais rarefeita na comparação com a relação de emprego), mas com similar vulnerabilidade e assimetria contratual, não havendo sensibilidade ao Juízo Civil para utilizar do Direito Civil Constitucional do Trabalho não subordinado para evitar eventual, fraude, simulação, ou injustiças contrárias à mesma ordem pública que se pretende preservar em normas especiais desta natureza.

Ainda, que superada a questão da terceirização da atividade-fim pelo Supremo Tribunal Federal, ainda, para este fim, e para ampliação do espectro dos contratos de prestação de serviço no universo do trabalho, vale o alerta que fizemos (2019) em relação a tese da substancialidade:

Atendendo ao argumento da necessidade da especialização dos serviços, a nova lei, inicialmente, passou a admitir a terceirização de serviços determinados e específicos, conforme disciplinado na redação do art. 4º-A e seguintes da Lei nº 6.019/74, incluídos pela Lei nº 13.429/17 (posteriormente alterados pela Lei nº 13.467/17)¹⁶², razão pela qual tinha sido supostamente autorizada a terceirização da atividade-fim no Brasil desde que relacionada aos serviços determinados e específicos previstos em contrato escrito¹⁶³, com a vedação expressa ao desvio de função daqueles empregados terceirizados, suas atividades restringir-se-ão àquelas discriminadas no contrato em questão, observada, inclusive, a especialidade da empresa prestadora do serviço. Referido conceito foi abandonado pela alteração legislativa promovida pela Lei nº 13.467/17, mas subsiste sua carga hermenêutica diante da representatividade do elemento indispensável à transferência segmentada do serviço, ao prestador, do conjunto de atividades que compõe o objeto social explorado pela tomadora, uma terceirização global a uma única empresa seria inviabilizada pela própria existência de qualquer lastro jurídico de legitimação da operação empresarial, ou ainda, por ausência da substancialidade que decorre da teoria da empresa albergada pelo art. 966 do CC, cabendo ao empresário a articulação dos fatores de produção no desenvolvimento da atividade econômica organizada, com destaque para a mão de obra que lhe seja indispensável. (BRAGHINI, 2019, p. 170).

Na lei de regência dos contratos de representação comercial há diversos direitos assegurados por normas de ordem pública, um dirigismo contratual, uma interferência do Estado na economia do contrato, e no tráfego econômico com nítida intenção de proteger o prestador de serviço ainda vulnerável, não mais submetido a mesma intensidade de subordinação inerente a relação de emprego, mas em assimetria contratual pelo detalhe que lhe tenha permitido o “transbordo” dos limites mais estreitos da relação de emprego.

Dentre vários direitos expressos, como a indenização de 1/12 do art. 27, alínea “j”, da Lei nº 4.886/65, que pode ser relativizado na discussão da causa para o rompimento unilateral do contrato, ou mesmo direitos indiretos, como a indenização de transferência de “zona” exclusiva de exploração pelo representante para readequação do negócio, diante do poder residual de controle inerente a modalidade contratual.

Direitos estes, que pelo abuso de formas admitido em contexto de livre iniciativa, na vertente liberdade de contratar, admite a validade de cláusulas de quitação geral de direitos e obrigações consagrados em norma de ordem pública, com fundamento na autonomia privada da vontade expressa na no instituto da transação do art. 841 do CC.

Vejamos o posicionamento do Tribunal de Justiça de São Paulo:

ACÇÃO DE INDENIZAÇÃO – REPRESENTAÇÃO COMERCIAL
Contrato rescindido Pretensão da empresa autora de cobrança de diferenças no valor das comissões Sentença de parcial procedência
Insurgência da ré Cabimento - Celebração de acordo de distrato pelo qual foi dada plena e geral quitação das obrigações oriundas da representação comercial Validade da transação que versou sobre direitos patrimoniais disponíveis (CC, art. 841). Precedentes do E. TJSP
RECURSO PROVIDO. (BRASIL, TJ/SP, Apelação Cível nº 1015271-52.2019.8.26.0071, 2021)

Ainda que no campo dos direitos patrimoniais disponíveis, o sistema constitucional concede estabilidade à relação jurídica com distrato bilateral pelos efeitos do ato jurídico perfeito (art. 5º, XXXVI, da CF), discutível apenas pelo viés dos vícios do consentimento, e não pelo descumprimento de conteúdo mínimo previsto para aquele contato de trabalho, como norma de ordem pública, com evidentes prejuízos a parte com maior fragilidade social, pelo prisma socioeconômico.

A discussão da essencialidade do princípio da primazia da realidade ao sistema de proteção trabalhista não passou despercebido por Homero Batista Mateus da Silva, para quem:

O legislador parece impressionado com o cumprimento das formalidades legais ignorando que o Direito do Trabalho enaltece o princípio da primazia da realidade ... e em caso de colisão entre a forma e o conteúdo, este sempre prevalecerá sobre aquela”, presunção meramente relativa e não absoluta da inexistência da relação de emprego. (SILVA, 2017, p. 68).

Os Enunciados nº 51 e 52 da 2ª Jornada de Direito e Processo do Trabalho enaltecem o princípio da primazia da realidade, viabilizando o reconhecimento da relação de emprego todas as vezes que houver fraude na relação de emprego pelo desvirtuamento do trabalho autônomo.

Ou ainda, pelo Enunciado nº 53 da 2ª Jornada de Direito do Trabalho e Processo haveria uma violação do Regime Constitucional do Emprego Socialmente Protegido, vinculado às características intrínsecas da relação de emprego, sempre que “... o trabalhador, não organizando a própria atividade, tenha seu labor utilizado na estrutura do empreendimento e integrado à sua dinâmica”.

Dissertando a respeito da autonomia da vontade, sempre em contraposição à inderrogabilidade das normas de ordem pública que permeiam toda a sistemática protetiva do direito do trabalho, Alice Monteiro de Barros (2016) informa que as partes ao regular seus direitos recíprocos podem excluir a própria subordinação, impedindo a qualificação diversa quanto à relação estabelecida, sem a possibilidade de subtrair a prerrogativa do Poder Judiciário quanto ao contexto de fraude (art. 9º da CLT), em relação aos elementos da relação de emprego (art. 2º e 3º da CLT), aplicação analógica do art. 123 do CTN, segundo o qual as convenções particulares que disciplinam diversamente a responsabilidade tributária não são oponíveis ao fisco.

A propósito da similitude de efeitos ao cumprimento da norma tributária, e da norma trabalhista, para preservação de interesses coletivos, não passa despercebido por Marco Aurélio Greco ao analisar a distinção de elisão e evasão fiscal pela simulação de atos privados, com a finalidade precípua de dissimular o fato gerador da espécie tributária:

A elisão fiscal é a economia tributária lícita, decorrente de atos e omissões do contribuinte, anteriores a ocorrência do fato gerador, que, sem violar a lei, inclusive sem simulação, evitam ou postergam a ocorrência da situação legalmente descrita como hipótese de incidência. (GRECO, 2008, p. 189).

O interesse coletivo inerente ao gênero trabalho, subordinado ou autônomo, exige a preservação da ordem pública de forma intransigente, seja em qualquer esfera do

Poder Judiciário, com fundamento no Direito do Trabalho, ou Direito Civil, este em sua perspectiva constitucional pela vedação inversa de diálogo de fontes de complementaridade, pois o Direito do Trabalho se vale do Direito Comum na hipótese de lacuna (art. 8º, § 1º, da CLT), e jamais o contrário. O abuso de direito, o abuso de formas tendente a simulação, devem ser coibidos de qualquer modo, independentemente, das diretrizes apontadas pelos precedentes do Supremo Tribunal Federal para os novos rumos do Direito “ao” Trabalho.

Para Tércio Sampaio Ferraz Júnior:

A teoria do abuso do direito surgiu, então, com a finalidade de corrigir esse absolutismo. Quando examinamos o problema do direito subjetivo, vimos que em regra, a um direito correspondente a uma obrigação: *ius et obligatio sunt correlata*. A sociedade é, mais uma vez, credora desta obrigação. E a principal obrigação que pode exsurgir de um direito é a que concerne ao seu exercício, de modo a ser ele conduzido sem causar um prejuízo a coletividade. Tal é o destino de um direito subjetivo. Baseia-se precipuamente na concepção filosófica, consoante a qual o direito individual é limitado pela sociedade na proporção do interesse geral, e o conceito de abuso de direito não faz mais do que realizar esta doutrina. (FERRAZ JÚNIOR, 2003, p. 113).

Estar-se-ia diante de um ajuste contratual entre agentes privados, com assento na livre iniciativa do art. 170 da CF, sem oposição da lei, princípio da legalidade estampado no art. 5º, II, da CF, ao revelar a prestação lícita de um serviço (art. 594 c/c art. 104, II, do CC).

Diante da existência desta figura intermediária, e utilizando-nos da doutrina tradicional de Sérgio Pinto Martins (2014) o elemento de distinção entre o trabalhador autônomo e o subordinada está justamente na assunção dos riscos do negócio, de forma efetiva e não dissimulada, posto que a figura jurídica do autônomo somente se justifica quando houver efetiva autonomia no desempenho de suas atividades, em total contraposição ao conceito de subordinação.

Lorena Vasconcelos Porto ao dissertar a respeito da releitura necessária da subordinação em sua perspectiva objetiva, permitindo a ampliação do conceito de subordinação, faz uma avaliação criteriosa da “assunção dos riscos”:

Se tradicionalmente esse fator sempre foi considerado como um indicador fiel da ausência da relação de emprego, nos tempos atuais ele não pode mais ser visto desse modo pelo intérprete. Este deve avaliar se o trabalhador de fato assume os riscos - ou se o faz apenas aparentemente - e se essa assunção é realmente efetiva e substancial.

Isso ocorre quando o obreiro atua de forma realmente independente no mercado, assumindo, contemporaneamente, os riscos – possibilidade de perdas e prejuízos – e as oportunidades do negócio – chances de ganho e lucro”. (PORTO, 2009, p. 74)

Vemos pela posição do Supremo Tribunal Federal, um esvaziamento da jurisdição do trabalho, pela sua suposta subsidiariedade, com repercussões nos Tribunais Regionais do Trabalho:

INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. RELAÇÃO CIVIL ENTRE PESSOAS JURÍDICAS. Pelo que dos autos consta, a relação formalmente existente entre as partes era um contrato de prestação de serviços mantido entre pessoas jurídicas. A questão sobre eventual vício de vontade do reclamante, ou nulidade, ou ainda irregularidade, por conta do contrato acima mencionado, deve ser dirimida, inicialmente pela Justiça Comum. Invoca-se o precedente da RCL 46.443 MC/PE, de lavra do Excelentíssimo Ministro Luís Roberto Barroso. Declara-se de ofício a incompetência da Justiça do Trabalho para apreciação desta demanda. (BRASIL, TRT 2ª Região, Processo nº 1000861-57.2020.5.02.0043, 2022).

Deste modo, está em curso na legislação e no Supremo Tribunal a reaproximação do Direito do Trabalho com o Direito Civil, com enfraquecimento da Teoria do Constitucionalismo Social, franqueando a aclamada segurança jurídica, e redução da judicialização dos conflitos do trabalho, pela fixação apriorística da relação civil na lei, e substituição o trabalho como atividade de resultados apropriados por outrem, deslocamento da jurisdição, e relativização do princípio da primazia da realidade, sob o argumento de que a segurança jurídica, franqueando efeito jurídico válido às transações entre prestadores de serviço e tomadores de serviço, com valor probante absoluto das quitações celebradas entre tomadores de serviço e prestadores de serviço, sobressaindo a da teoria da confiança, pela legítima expectativa, mas com a observação da boa-fé objetiva às avessas.

Com isso, aos arautos do neoliberalismo, ter-se-á o efeito do fortalecimento do mercado “formal” de trabalho, com preservação de um “Direito do Trabalho Mínimo”, como o caminho inexorável, para que não venhamos assistir à extinção completa da “relação de emprego” forjada no mundo industrial, que não existe mais, no mundo pós-industrial ter-se-á a substituição do trabalho pelo emprego, o que poderá acarretar maior instabilidade social.

6.4. SEGURANÇA JURÍDICA

As decisões do Supremo Tribunal Federal a respeito da constitucionalidade da Reforma Trabalhista, objeto de controle concentrado de constitucionalidade, apresentam majoritariamente a sedimentação ao entorno do valor sistêmico de revalorização da segurança jurídica relação jurídica estabelecida entre empregado e empregador.

Uma notória inclinação da preservação do Direito do Trabalho Mínimo em sede constitucional, o legislador constitucional lança mão de uma proteção mínima e não máxima, a melhoria das condições sociais do trabalho depende da articulação institucional do Congresso Nacional, com um dever de autocontenção do Poder Judiciário.

Em primeiro lugar, fora observada a flexibilização mais ampla de direitos dentro do contexto da relação de emprego, com a negociação coletiva *in pejus*, com limites infraconstitucionais delineados no art. 611-B da CLT, um controle efetivo da atividade normativa da categoria profissional, que depende da autorização em assembleia geral de trabalhadores (art. 8º, inciso VI, da CF), elo de legitimação, tendo o referenciamento do objeto ilícito do art. 104, inciso II, do CC, censurável pelo Poder Judiciário (art. 8º, § 3º, da CLT), nos limites da proposta normativa de um princípio da intervenção mínima na autonomia coletiva da vontade.

Em segundo lugar, a autorização da terceirização da atividade-fim, vem no conjunto de um arrefecimento do âmbito de ação da legislação do trabalho interventiva, ampliando na ponderação de valores segurança jurídica e valorização do trabalho, a fórmula da *pacta sunt servanda*, haja vista que os contratos de prestação de serviço pela regra residual do art. 593 do CC, ou as leis especiais de neutralização da relação de emprego ganham destaque, sem qualquer contrapartida expressiva que fique apenas relativize a proteção própria de contexto subordinado com o comprometimento de uma integração permanente e contínua na atividade econômica do tomador do serviço, que não se confunde com a essência do trabalho autônomo, tudo com a chancela de constitucionalidade do Supremo Tribunal Federal.

Humberto Theodoro Junior disserta a respeito do confronto entre a onda reformista do direito e o princípio da segurança jurídica:

Existe a lei como garantia máxima de liberdade e independência do indivíduo frente à sociedade e ao Estado que a representa, porque de seu império nem este escapa [...] o que menos se vê no pensamento jurídico dito pós-moderno é a preocupação com a garantia fundamental da legalidade [...] advoga-se ostensivamente a supremacia de valores abstratos, por engenhosas e enigmáticas fórmulas puramente verbais,

que simplesmente anulam a importância do direito legislado, de maneira que acabam por permitir a predominância de “tendenciosas posições ideológicas, sem preceitos claros e precisos que as demonstram genericamente”. (THEODORO JUNIOR, 2006, p. 16)

A defesa da segurança jurídica pode ser revelada em voto divergente do Ministro Alexandre de Moraes no âmbito da ADI nº 6363:

Portanto, Presidente, com todas as vênias do eminente Ministro Ricardo Lewandowski, que produziu voto com fundamentos relevantes e o defendeu, ontem, aguerridamente, e do Ministro Edson Fachin, com aportes sofisticados, como sempre o faz, irei alinhar-me à posição divergente, no sentido de negar ratificação à medida cautelar, não apenas por considerá-la materialmente impossível em boa parte dos casos como, ademais, por entender que geraria insegurança jurídica. Os acordos individuais que venham a ser firmados ficariam sujeitos, no caso de celebração futura de acordo coletivo, a condição resolutive e ainda criar-se-ia um problema para o Estado, pois parte do benefício assistencial já teria sido pago quando sobreviesse acordo coletivo em bases eventualmente diversas. (BRASIL, STF, ADI nº 6363, 2020).

Jon Elster²² destaca a essencialidade, a fundamentalidade do *ethos* constitucional da segurança jurídica em efeito pendular que coíbe, expurga, os excessos do ativismo judicial:

O principal elemento protetor dos direitos nas constituições modernas é o “princípio da legalidade”; para ser punível, um ato deve ser expressamente proibido por uma lei em vigor no momento em que o ato foi cometido. O efeito do princípio da legalidade é excluir a punição arbitrária e, muito importante, a legislação retroativa. Não deve ser confundido com o requisito, por vezes referido como o “estado de direito”, de que as leis devem ser (relativamente) estáveis e previsíveis. O princípio da legalidade sustenta que no presente não se legisla para o passado, enquanto o estado de direito permite legislar para o futuro. Ambos são importantes para garantir a segurança e a tranquilidade, sem as quais não é possível o bom funcionamento de qualquer sociedade; entretanto, o princípio da legalidade prevalece como condição fundamental. (ELSTER, 2019, p. 187).

Para Goffredo Telles Junior seria inegável a fundamentalidade da segurança jurídica ao sistema jurídico em vigor:

²² Original: “El principal elemento protector de los derechos las constituciones modernas es el ‘principio de legalidad’; para ser punible, un acto debe estar explícitamente prohibido por una ley vigente en el momento en que se cometió la acción. El efecto de principio de legalidad es excluir el castigo arbitrario y, algo muy importante, la legislación retroactiva. No debe confundirse con el requisito, a veces designado como ‘imperio de la ley’, de que las leyes deben ser (relativamente) estables y previsibles. El principio de legalidad sostiene que en el presente no se legisle para el pasado, mientras que el imperio de la ley permite que se legisle para el futuro. Ambos son importantes para garantizar la seguridad y la paz del espíritu, sin las cuales no es posible el buen funcionamiento de cualquier sociedad; no obstante, prevalece el principio de legalidad como lá condición fundamental”.

O princípio da legalidade é fundamental na ordem jurídica. Ele resume, por assim dizer, a razão-de-ser de toda e qualquer estrutura do Direito [...] Tais permissões e tais proibições são reveladas a todas as pessoas em normas éticas. Entre tais normas, encontram-se, precisamente, as normas jurídicas, cujo conjunto forma o Direito Objetivo. (TELLES JUNIOR, 2008, p. 293).

O posicionamento do Supremo Tribunal Federal aponta na possibilidade de um aperfeiçoamento legislativo da Reforma Trabalhista (Pós-Reforma), mas não havendo espaço institucional para uma contrarreforma, que ocasionaria insegurança jurídica na inclinação ideológica, uma vez que há a necessidade de se alcançar consensos na regulamentação, a partir de um cenário de estabilidade franqueado ao Direito do Trabalho.

A discricionariedade interpretativa propiciada pelo ativismo judicial estaria por inviabilizar segurança jurídica, com reflexo na excessiva judicialização das relações do trabalho, que vão para além do conteúdo da Consolidação das Leis do Trabalho, normas especiais, Normas Regulamentares em matéria de meio ambiente do trabalho (Art. 155, inciso I, da CLT), além do cumprimento do objeto de Acordos Coletivos do Trabalho e Convenções Coletivas do Trabalho.

A este Direito Mínimo do Trabalho haverá pela proteção do Constitucionalismo Social plástico em matéria laboral, que passa a ter estabilidade, previsibilidade e confiabilidade das regras um de seus preceitos fundamentais.

Na interpretação do Supremo Tribunal Federal há espaço para a revitalização da segurança jurídica, em um momento de estabilização do Direito do Trabalho Pós-Reforma Trabalhista, mesmo que a segurança jurídica, em direitos sociais, não venha em juízo de ponderação a ser levada ao ponto máximo, sob pena de ser fossilização da transformação da realidade social, o que não impediu a promulgação da Lei nº 14.151/21, 14.297/22 etc.

Entre o legalismo e a força normativa dos Princípios Constitucionais de natureza fundamental, Roberto Lyra Filho (1982) entende que os desafios sociais devam ser renovados no tempo, após um período prolongado de estagnação econômica, e sempre haverá de exigir, a tempo e a modo, respostas inovadoras do direito no campo social.

Há uma fricção contínua entre a proteção, a expansão do direito tutelar, e a modernização das regras trabalhistas no Brasil, franqueando-lhe a legitimidade no suporte teórico entre as vertentes filosóficas do juspositivismo e do jusnaturalismo, que acabam

por se alternar no tempo, obedecendo a um movimento pendular, e as construções e percepções jurídicas oscilam entre cada um destes epicentros.

Diante do argumento da insegurança jurídica, a Reforma Trabalhista inova em alterações dogmáticas profundas e não cosméticas, mas preserva a espinha dorsal do direito do trabalho (art. 9º, 444 e 468 da CLT), que afasta qualquer possibilidade de similitude com o Direito Civil.

O dirigismo contratual persiste, como deve ser pela presunção de vulnerabilidade social do trabalhador, e o Supremo Tribunal Federal, por não criar tese abstrata em suas decisões (art. 103-A da CF), ao propor solução do caso concreto, com plasticidade ao constitucionalismo social, traz previsibilidade a argumentação jurídica própria das relações sociais do trabalho.

Humberto Ávila ao dissertar sobre a segurança jurídica, reconhece:

A expressão que melhor representa o conceito de segurança jurídica defendido nesta obra é “segurança no direito”, pois é esta que melhor ilustra a compreensão de que a segurança jurídica não é uma qualidade intrínseca do Direito ou de suas normas, vinculada à sua prévia determinação, porém um produto cuja existência, maior ou menor, depende da conjugação de uma série de critérios e de estruturas argumentativas a serem verificadas no próprio processo de aplicação do Direito. Isso justifica a ênfase dada à segurança jurídica em geral e à sua realização “no” Direito. (ÁVILA, 2021, p. 152)

Diante das imposições da realidade, o padrão decisório do Supremo Tribunal Federal na plasticidade do constitucionalismo social que encontra amparo na segurança jurídica, contribui para colocar a dogmática do Direito do Trabalho em perspectiva, superando na adaptabilidade do texto constitucional, com a interpretação conforma a constituição que permita o conflito intranormativo identificado com as novas regras da Reforma Trabalhista de 2017 com o suporte legitimador estrutural da disciplina do Direito do Trabalho, a ser preservado em uma infinidade de contextos e dinâmicas econômicas com maior compatibilidade aos contornos da exigência subordinante.

Fizemos uma observação, em conjunto com Lucas de Souza Lehfeld (2021) no sentido de que os movimentos de plasticidade do constitucionalismo social em direção às exigências econômicas devem ser realizados sob uma justificável cautela:

Igualmente, não devem passar impassíveis, impermeáveis, as crises econômicas. A finalidade tutelar não deve ser obstáculo ao desenvolvimento econômico que, por sua vez não deve prescindir do desenvolvimento social. Não há como negar o impacto dos fenômenos da economia na formulação das regras de direito que, por serem fatos, a ordem jurídica deve reconhecê-los sem promover a negativa dos valores da ordem econômica, para não recolher a sua própria

insignificância, mas realçar a finalidade interventiva, corretiva, justificada na medida necessária a ministrar o remédio de correção, não se excedendo, atuando na linha do razoável para permitir a eliminação das disfuncionalidades do sistema, ainda que transitórias, insumos indispensáveis ao seu processo de transformação. (BRAGHINI, 2021, P. 40).

As experiências ocidental-contemporâneas ligadas à construção do Estado Moderno, comportam o movimento interpretativo informal da mutação constitucional, alteração do sentido sem alteração do texto, pela preferência constitucional a normas de tessitura aberta, sem normatividade de efeitos concretos, uma discricionariedade política da Corte Constitucional que decorre da própria indeterminação de conteúdo, motivo pelo qual Luís Roberto Barroso (2015, p. 205) reconhece que:

Para além desse núcleo, existe um espaço de conformação, cujo preenchimento é atribuído prioritariamente aos órgãos de deliberação majoritária, por força do princípio democrático. Aí não caberia mais ao Judiciário impor sua visão do que seria a concretização ideal de determinado princípio. (BARROSO, 2015, p. 205).

Contudo, para a segurança jurídica efetiva na linha divisória da terceirização da atividade fim, por pessoa física sob a roupagem de pessoa jurídica, ou ainda, pela ampliação da prestação de serviço autônomo há a necessidade da teorização de um marco teórico, uma vez que a subordinação é o elemento intranormativo do Direito do Trabalho, que não se confunde com dependência econômica, quiçá com capacidade econômica e intelectual, posto que o legislador inseriu o trabalhador hiperssuficiente de dentro do contexto trabalhista.

A autonomia privada da vontade despida de simulação depende para nós da verificação do objeto contratual, das cláusulas contraprestativas, inseridas em favor do prestador do serviço, para que não haja abuso de direito, simulação, sobreposição da forma sobre a substancialidade de um ajuste com liberdade de contratação, preservando a equação do “equilíbrio econômico-financeiro” da cláusula contratual específica, com assunção de riscos mas com expectativa de ganhos não enquadráveis em contornos celetistas, ainda que envolto de subjetividade, mas sem a presença das amarras inerentes a subordinação, apenas rarefeita a partir do poder residual de comando inerente a figura jurídica do tomador de serviço em contexto de prestação de serviço.

A 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal no julgamento da Reclamação nº 47843, pelo voto divergente do Ministro Alexandre de Moraes, reverteu a condenação do TRT da 5ª Região que em sede de Ação Civil Pública reconheceu fraude a contratação de

médicos por pessoa jurídica (“pejotização”), entendimento vencido da relatora Ministra Carmem Lúcia. Talvez, pelos fundamentos que não sejam os mais adequados, ao admitir os precedentes de terceirização do STF na ADPF nº 324 e RE nº 958.252, que o fez dentro de um contexto concreto de transferência de “unidade econômica”, a ser realizada de forma autônomo e individual, não pela prestação individual de profissionais, ainda que com alto nível de formação e sem os traços de hipossuficiência.

A questão central, está na subordinação, elemento de distinção entre o celetista e o autônomo, já que a lei celetista no art. 444, § único, da CLT, comporta o trabalhador subordinado hipersuficiente e com alto nível de formação, em contexto celetista, norma de ordem pública, opção do próprio legislador.

Ao tentar a todo custo franquear a segurança jurídica o Supremo Tribunal Federal atual de modo plenipotenciário, superando o ônus da prova do elemento da subordinação que toca constitucionalmente ao devido processo legal (art. 5º, LIV, da CF), sem uma formatação clara da nova teorização do constitucionalismo social do trabalho, no que tange a ampliação da autonomia privada da vontade.

De todo modo, superando a mera presunção de legalidade da Reforma Trabalhista de 2017, com as teses vinculantes do Supremo Tribunal Federal, a defesa da segurança jurídica passa a ser um elemento de legitimação na argumentação jurídica da dogmática do Direito do Trabalho, com impactos profundos na transformação da doutrina e jurisprudência até então sedimentada em seus conceitos clássicos.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Constituição Federal de 1988 dentro da proposta de um Estado liberal democrático de Direito, com uma preocupação sensível sob a ótica social e humanista, não tem a intenção apenas de navegar no nominalismo de suas disposições, não permanece neutra no campo social.

Pretende transformar a realidade social subjacente, circundante, com o fortalecimento da coesão do tecido social, reconhecendo demandas sociais represadas como a proteção de bens jurídicos específicos como os direitos de personalidade e patrimoniais, vinculados ao trabalho decente.

Com a disseminação da prevalência do interesse social sobre o meramente individual, e o reforço aos direitos individuais de 1ª dimensão (civis e políticos), liberdades negativas do cidadão, perante o Estado Democrático recém-convertido, ainda por exorcizar as raízes autoritárias do passado recente, permite a construção de nova hermenêutica constitucional, na busca da eficácia do seu texto, em direção a transformação social, e não a mera legitimação de poder.

Alguns paradigmas limitantes à eficácia do Constitucionalismo Social, em matéria de condições laborais, foram jurisprudencialmente transpostos, no âmbito da Justiça Especializada do Trabalho. Os Tribunais relegaram ao segundo plano as funções meramente interpretativas e integrativas de plenitude da ordem jurídica relativa aos princípios constitucionais.

Com supedâneo doutrinário nos direitos fundamentais de 2ª dimensão, de conteúdo social e econômico, passam a reconhecer a força normativa da Constituição, síntese do movimento teórico e jurisprudencial representativo do pós-positivismo, o que permitiria um novo comportamento do Poder Judiciário, diverso da perspectiva individual-formalista.

Pela nova vertente, houve a concretização de políticas públicas por intermédio do ativismo judicial, com decisões judiciais passíveis de realizar o *ethos* constitucional de preservação dos direitos sociais, fortalecendo-os no ambiente jurídico nacional e, despertando, no Brasil, a crise da legalidade, que como subproduto estaria por acarretar um arrefecimento do, igualmente, pilar constitucional da segurança jurídica.

Na seara do Direito do Trabalho houve a crescente promoção de novos direitos sem respaldo estrito na lei. As Súmulas do Tribunal Superior em movimento

pendular excederam os limites da lei em diversas passagens, imputando ao setor privado, obrigações sem respaldo em decisões de conteúdo democrático.

A insegurança jurídica que alimentou a excessiva judicialização dos conflitos do trabalho no Brasil permitiu, com Reforma Trabalhista de 2017, uma reação, um movimento pendular revitalizador da segurança jurídica.

Com atuação contramajoritária, o Poder Judiciário faz prevalecer preferências constitucionais, na ponderação de direitos minoritários em desacordo com o interesse do poder econômico, cumprindo a determinação da Constituição, com a preservação da coesão do tecido social, sem descuidar da independência e harmonia provida essencialmente do art. 2º da CF.

O Direito do Trabalho, seja pela nova legislação, ou mesmo pelo controle de constitucionalidade do Supremo Tribunal Federal, passa a sofrer uma reformulação de seus princípios basilares, um reencontro com sua função de coordenação de interesses entre capital e trabalho, uma convergência e não um antagonismo.

Tivemos, pela plasticidade do constitucionalismo social, em matéria trabalhista, que resguarda no texto um Direito do Trabalho Mínimo, expresso em normas de baixa densidade normativa, uma prevalência principiológica sem concreção, inviabilizando expectativa de um efetivo controle de constitucionalidade, quiçá de convencionalidade, pelo respaldo teórico da vedação ao retrocesso social.

Fora constitucionalmente conferido a lei, as opções políticas majoritárias do legislador, a expansão e maximização do conteúdo trabalhista, desde que não seja violado o conteúdo do catálogo mínimo de direitos invioláveis do art. 7º da Constituição Federal, um Direito Mínimo do Trabalho, em confronto, ou em ponderação com os postulados da livre iniciativa.

O texto constitucional propõe uma hierarquia das fontes normativas que afetam especificamente o Direito do Trabalho. A lei ao regular a atuação legítima da negociação coletiva, permite a convivência harmônica de fontes normativas distintas no art. 5º, inciso II, da CF, e art. 7º, inciso XXVI, da CF, que se entrecruzam, se completam, que não sejam excludentes, proposta em precedente vinculante que provoca um redimensionamento do princípio da norma mais favorável previsto do art. 7º, *caput*, da Constituição Federal.

Haverá uma convivência harmônica entre o princípio da autonomia coletiva da vontade e a fonte de positivação heterônoma da direito do trabalho representada no princípio da legalidade, e este delimita o campo de atuação daquele, não tendo mais o

primeiro o ideal de uma sobreposição absoluta sobre a lei, eis que o objeto ilícito do art. 611-B da CLT reproduz o art. 7º da CF, em quase sua totalidade.

Ao reforçar a submissão do Direito do Trabalho ao processo democrático majoritário que tenha expressão na lei (art. 5º, inciso II, da CF c/c art. 22, inciso I, e 59 da Constituição Federal), não podemos deixar de observar que esta convivência harmônica sempre estará voltada, quanto possível e necessário, ao fortalecimento das fontes alternativas de positivação complementar/supletiva, uma vez que pelas condições cambiantes desse ramo do Direito, o legislador constituinte não deixa de reconhecer este o centro alternativo de positivação de norma jurídica do art. 7º, XXVI, da CF, ganha protagonismo em nosso sistema a partir do precedente do RE nº 590.415 do Supremo Tribunal Federal, mas sem o efeito de sobreposição, e tampouco, negação da fonte de positivação primária reconhecida na lei.

A mutação constitucional do Princípio da Autonomia Coletiva da Vontade, a maior amplitude à autonomia individual, por não haver o reconhecimento do *status* constitucional da relação de emprego, passa a ser admitido pela plasticidade da Constituição aos novos desafios impostos a uma realidade socioeconômica distinta, sem afastarmos do originalismo do texto, mas ampliando as possibilidades interpretativas da textualidade, pela dinâmica do próprio constitucionalismo social.

Na nova conformação da Tese do Constitucionalismo Social, pela perspectiva do Direito do Trabalho, não há como utilizar da norma mais favorável para efeito de hierarquia de fontes genuinamente constitucionais, a primariedade, a precedência da lei, se faz presente quando o núcleo do sistema constitucional a elege como fonte de controle de exercício da própria autonomia coletiva da vontade, ao restringir seu conteúdo, gestando segurança jurídica quanto matérias negociáveis no art. 611-A da CLT, e àquelas imantadas de indisponibilidade absoluta no art. 611-B da CLT, avançando no processo de mutação constitucional.

A reaproximação com o direito civil exige, para que possa haver a devida contenção do abuso de forma, o reconhecimento do princípio da primazia da realidade “às avessas”. A preservação da liberdade de contratação como fundamento da livre iniciativa não pode vulnerar a ordem pública. Há uma exigência imanente ao objetivismo, e não o subjetivismo paralisante, a favor do equilíbrio da equação jurídico-econômica, apresentando a disfuncionalidade da relação de emprego, que não tem haver com hipossuficiência, mas com subordinação.

Assumir riscos, ter independência técnica e econômica, preservando a essencialidade de uma liberdade de contratação, afasta o delineamento teórico da subordinação, que se adapta à força vinculante de uma plasticidade do Constitucionalismo social exarada nas decisões do Supremo Tribunal Federal, em controle de constitucionalidade da Reforma Trabalhista.

Há um compromisso da Suprema Corte em não suprimir do poder legiferante a competência legislativa, a quem cabe deferir densidade normativa aos postulados, preceitos e princípios constitucionais, reconhecendo conteúdo concreto ao valor constitucional “justiça social”, matéria de mérito, que exige uma posição minimalista do Poder Judiciário, sobre pena da sobreposição da determinação de deliberação democrática pelo Parlamento.

Os efeitos vinculantes das decisões do Supremo Tribunal Federal não decorrem de tese abstrata, mas do delineamento das novas diretrizes do constitucionalismo social em matéria trabalhista na aplicação do texto da constituição à análise do caso concreto, com espaço para sua evolução e não petrificação.

Há consequências nefastas na tomada de decisão pelo Poder Judiciário, sem a expertise técnica, exigindo-se uma valoração da estabilidade normativa, uma vez que a ponderação contínua dos valores constitucionais descende da convivência do valor social do trabalho e da livre iniciativa no mesmo *locus* constitucional.

O reposicionamento do vetor constitucional da livre iniciativa se faz presente na argumentação jurídica de que o empregador, igualmente, ao trabalhador também é sujeito passivo de direitos fundamentais, e o fato econômico superveniente relativiza qualquer discussão referente à cláusula de barreira constitucional imposto pelo não retrocesso social.

O perfil constitucional do princípio do não retrocesso social (art. 7º, *caput*, da CF) se harmoniza com o fato econômico superveniente. Admite, dentro da densidade normativa das regras constitucionais de conteúdo social, sem efeito concreto, uma flexibilidade aos contornos dos direitos fundamentais, com a sua conformação a nova realidade econômica e social, dentro de alguns limites, com destaque a reversibilidade fática do princípio que se assenta às recessões e crises econômicas, o que permite o realinhamento com a proteção dos direitos prestacionais de conteúdo social.

Há uma função social da propriedade reversa, revelada em sua dimensão passiva, diante das novas linhas admitidas na hermenêutica constitucional proposta pela

Suprema Corte, ponderando a autodeterminação do agente econômico nas relações privadas.

Novos institutos foram incorporados em definitivo ao ordenamento por interpretação conforme a constituição, em realinhamento do princípio da livre iniciativa, sem descuidar da valorização do trabalho, mas pela exigência atual de segurança jurídica nas relações do trabalho em geral.

A valorização do trabalho do art. 170 da CF não reconhece *status* constitucional a relação de emprego protegida (art. 7º, inciso I, da CF), permitindo ao legislador a adoção de meios alternativos de prestação do serviço, mas com a preservação do “Direito do Trabalho Mínimo”, revelado pelo catálogo mínimo de direitos sociais do trabalho do art. 7º da CF imantado pela qualidade de cláusula pétrea, ou no mínimo, dependente de procedimento qualificado das Emendas Constitucionais a sua transformação.

Para a reversão de um mercado de trabalho deteriorado, devemos preservar o aspecto da ação interventiva e controlada da lei, mas na medida do necessário, para que a intervenção legislativa seja hábil a reparar mercado de trabalho deteriorado, resguardar a justiça social (art. 170, *in fine*, da CF) e proteção do emprego (art. 170, inciso VIII, da CF).

A admitida plasticidade do constitucionalismo social em matéria trabalhista, não abrirá mão da segurança jurídica, mas o ato jurídico perfeito ainda deverá ser amplamente debatido pela necessidade de linhas divisórias mais claras, mais objetivas a serem sedimentadas pela jurisprudência, com a preservação do Direito do Trabalho Mínimo do Trabalho ao universo subordinado, a equalização da autonomia privada da vontade pelos instrumentos do Direito Civil Constitucional, e um realinhamento da subsidiariedade do Justiça Comum, ante a atuação primacial da razão constitucional de organização de um Justiça Especializada.

Não haverá a extinção do Direito do Trabalho, da Justiça do Trabalho, agregada ou não a Justiça Federal, mas haverá uma revolução dogmática para simplificação dos limites materiais e processuais das proposições expostas em precedentes vinculantes do Supremo Tribunal Federal.

REFERÊNCIAS

- ACKERMAN, Bruce. **Charismatic leadership and rule of law**. London: Cambridge, 2019.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria da segurança jurídica**. 6ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2021.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- BARROSO, Luís Roberto. **A ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços**. Revista de Direito Administrativo. p. 187-212. Rio de Janeiro: out/dez 2001.
- _____. **Interpretação e Aplicação da Constituição Fundamentos de uma Dogmática Constitucional Transformadora**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- _____. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012.
- BRAGHINI, Marcelo. **Reforma Trabalhista: flexibilização das normas sociais do trabalho**. São Paulo: LTr, 2017.
- _____. **Direito do Trabalho e Processo do Trabalho**. Leme: JHMizuno, 2017.
- _____. **A teoria do constitucionalismo social e o fato econômico: na ótica do Supremo Tribunal Federal**. Revista de direito constitucional e internacional RDCI. Revista dos Tribunais Ano 29. 128. Nov-Dez 2021.
- BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 10ª. ed. São Paulo: LTr, 2016.
- CALCINI, Fábio Pallaretti. **Princípio da legalidade: reserva legal e densidade normativa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. 16 reimp. Coimbra: Almedina, 1941.
- CESARINO JUNIOR, Antônio Ferreira. **Direito social brasileiro**. 4ª. ed. 1º. v. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1957.

COMPARATO, Fábio Konder. **Direito empresarial: estudos e pareceres**. São Paulo: Saraiva, 1995.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 32^a. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

DAVID, René. **Major Legal Systems in the World Today: An introduction to the comparative study of law**. The Free Press: New York, 1978

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 13^a. ed. São Paulo: LTr, 2014.

_____. **A reforma trabalhista no brasil**. São Paulo: LTr, 2017.

DE MELLO, Luiz Philippe Oliveira e outros. **O Supremo Tribunal Federal e a Reforma Trabalhista: construção jurisprudencial da reforma trabalhista de 2017 pelo Supremo Tribunal Federal**. Porto Alegre: Editora Fi, 2021.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 10^a. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

ELSTER, Jon. **Constitucionalismo y democracia**. Fondo de Cultura Económica: México, 2019.

ESQUIROL, Jorge L. **Ficções do direito latino-americano**. São Paulo: Saraiva, 2016.

FARIA, José Eduardo. **O sistema brasileiro de justiça: experiência recente e futuros desafios**. n° 51. Estudos Avançados. 2004.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 4^a ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FRIEDMAN, Milton. **Capitalism and Freedom**. 2009. Kindle Edition.

FUKUYAMA, Francis. **Political order and political decay: from the industrial revolution to the globalization of Democracy**. New York: FSG books, 2014.

GIAMBIAGI, Fábio. **Economia brasileira contemporânea [1945-2010]**. 2^a. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

GINSBURG, Tom. **How to Save a Constitutional Democracy**. The University of Chicago Press: Chicago, 2018.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 16^a ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

GRECO, Marco Aurélio. **Planejamento tributário**. 2^a ed. São Paulo: Dialética, 2008.

KEYNES, John Maynard. **The General Theory of Employment, Interest and Money**. Reading Essential: 1936. *Kindle Version*.

- KRUGMAN, Paul. **A crise de 2008 e a economia da depressão**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.
- LYRA FILHO, Roberto. **Direito do capital e direito do trabalho**. Porto Alegre: Fabris Editor, 1982.
- LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la constitución**. 2ª. ed. Barcelona: Editorial Ariel, 1973.
- MAGANO, Octavio Bueno. **Manual de direito do trabalho**. Parte Geral. 2ª. ed. São Paulo: LTr, 1980.
- MARTINS, Flávio. **Direitos sociais em tempos de crise econômica**. São Paulo: Saraiva, 2020.
- MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**. 30ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.
- MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. 2ª ed. São Paulo: Celso Bastos. 1999.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Direito contemporâneo do trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2011.
- NEVES, Marcelo. **Constituição e direito na modernidade periférica**. São Paulo: Martins Fontes, 2018.
- OECD. Employment Outlook 2018. Disponível em: <http://www.oecd.org/social/oecd-employment-outlook-19991266.htm>. Acesso em: 17/06/20.
- _____. **Negotiating Our Way Up: collective bargaining in a changing world of work**. 2019
- PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Assédio moral laboral e direitos fundamentais**. São Paulo: LTr, 2014.
- PESSOA, Valton Doria. **A incidência da boa-fé objetiva e do venire contra factum proprium nas relações de trabalho**. Salvador: Juspodivm, 2016.
- PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e direito constitucional internacional**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Princípios de direito do trabalho**. 3ª. ed. São Paulo: LTr, 2015.
- PORTO, Lorena Vasconcelos. **A subordinação no contrato de trabalho**. São Paulo: LTr, 2009.

POSNER, Richard A. **How Judges Think**. Massachusetts: Harvard University Press, 2010. Kindle Version.

_____. **Law, pragmatism and democracy**. Massachusetts: Harvard University Press, 2003. Kindle Version.

ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim. **O moderno direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 1994.

_____. **O direito do trabalho na empresa e na sociedade contemporânea**. São Paulo: LTr, 2010.

ROMITA, Arion Sayão. **Direitos fundamentais nas relações de trabalho**. São Paulo: LTr, 2014.

RUSSOMANO, Mozart Victor. **Curso de direito do trabalho**. 6ª. ed. Curitiba: Juruá, 1997.

_____. **Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho**. Vol. SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça**. 3 ed. São Paulo: Cortez Editora, 2014.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

SHOUERI, Luis Eduardo. **Normas tributárias indutoras e intervenção econômica**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 38ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

SILVA, Homero Batista Mateus da. **Comentários a reforma trabalhista**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

SILVA, Virgílio Afonso da. **O judiciário e as políticas públicas: entre a transformação social e o obstáculo a realização dos direitos sociais**. Rio de Janeiro: Lumen Jures, 2008.

SILVA PEREIRA, Caio Mario. **Instituições de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. **O direito do trabalho como instrumento de justiça social**. São Paulo: LTr, 2000.

_____. **Dumping social nas relações de trabalho**. 2ª ed. São Paulo: LTr, 2014.

STRAUSS, David A. **The Living Constitution**. The Oxford University Press: New York, 2010.

- STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 11^a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.
- SÜSSEKIND, Arnaldo. **Direito internacional do trabalho**. 3^a ed. São Paulo: LTr, 2000.
- _____. **Curso de direito do trabalho**. 2^a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- SUSTEIN, Cass R. Arnaldo. **One case at time: judicial minimalism on the supreme court**. Boston: Harvard University Press Paperback, 2001.
- São Paulo: Método, 2016.
- TELLES JUNIOR, Goffredo. **Iniciação na ciência do direito**. 4^a ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 4^a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- THEORODO JUNIOR, Humberto. **A onda reformista do direito positivo e suas implicações com o princípio da segurança jurídica**. Revista da EMERJ, v. 9. 2006. p. 16.
- VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena. **Relação de emprego estrutura legal e os supostos**. 2^a ed. São Paulo: LTr, 1999.