

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A NEUTRALIZAÇÃO DA RELAÇÃO DE EMPREGO: RETROCESSO SOCIAL NA INCLUSÃO PREVIDENCIÁRIA

SUPREME FEDERAL COURT AND THE NEUTRALIZATION OF THE EMPLOYMENT RELATIONSHIP: SOCIAL BACKGROUND IN SOCIAL SECURITY INCLUSION

JUVÊNCIO BORGES SILVA¹

LUCAS DE SOUZA LEFHELD²

MARCELO BRAGHINI³

RESUMO: Com a promulgação da Lei nº 13.467/17, que introduziu a Reforma Trabalhista no Brasil, a nova redação do art. 442-B da CLT passa a disciplinar no texto celetista o trabalho autônomo em contraposição a relação de emprego qualificada pelos elementos fático-jurídicos do art. 2º conjugado com art. 3º da CLT. Desde o início houve uma celeuma doutrinária a respeito do sentido e alcance passível de ser alcançado pelo dispositivo legal, e afastando, a proposta doutrinária de um terceiro gênero correspondente a parassubordinação, propomos uma leitura do dispositivo que leve em consideração não apenas seu diálogo de fontes com o art. 593 do CC, mas, igualmente, os fundamentos de repercussão geral extraídos nos julgamentos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal na: ADC nº 48, ADC nº 66, ADI nº 5625. Desta forma, estaríamos por admitir três categorias no mundo do trabalho, com normatização distinta, quais sejam: relação de emprego, relação de trabalho regida por lei especial (com neutralização da relação de emprego), e, prestação de serviço autônomo. Dentro de um regime previdenciário *Bismarckiano* de filiação obrigatório e regime contributivo, este movimento representa um retrocesso social ao processo de inclusão previdenciária do mercado informal de trabalho.

ABSTRACT: With the enactment of Law 13.467/17, which introduced the Labor Reform in Brazil, the new wording of art. 442-B of the Labor Code starts to discipline in the Labor Code text the self-employment in contrast to the employment relationship qualified by the factual-legal elements of article 2 in conjunction with article 3 of the Labor Code. From the beginning there was a doctrinal uproar about the meaning and scope that can be reached by the legal provision, and moving away from the doctrinal proposal of a third gender corresponding at the independent contractor, we propose a reading of the provision that takes into account not only its dialogue of sources with art. 593 of the Civil Code, but also the grounds of general repercussion extracted from the judgments laid down by the Federal Supreme Court in: ADC nº 48, ADC nº 66, ADI nº 5625. In this way, we would be admitting three categories in the world of work, with normalization distinct, namely: employment relationship, employment relationship governed by a special law (with the neutralization of the employment relationship), and, autonomous service provision. Within a *Bismarckian* pension system of mandatory affiliation in a contributory system, this movement represents a social setback to the process of social security inclusion in the informal labor market.

¹Pós-Doutor em Direito pela Universidade de Coimbra, Professor do Programa de Mestrado e Doutorado pela UNAERP.

² Doutor em Direito pela PUC/SP, Pós-Doutor pela Universidade de Coimbra, e Professor do Programa de Doutorado em Direito pela UNAERP.

³ Doutor e Mestre pela UNAERP, Professor de Direito do Trabalho da UEMG e UNAERP, Advogado e autor dos livros: “Reforma Trabalhista: flexibilização das normas sociais do trabalho”, LTr, 2017, “Direito do Trabalho e Processo do Trabalho”, JHMizuno, 2019; Contrato de Trabalho de Emergência em tempos de crise (COVID-19), JHMizuno, 2020; e, “Direito do Trabalho e Processo do Trabalho em Volume Único”, 2ª ed. JHMizuno, 2022. braghini.advocacia@gmail.com. <http://lattes.cnpq.br/0758745102492628>. <https://orcid.org/0000-0003-0677-9249>

PALAVRAS-CHAVE: Reforma Trabalhista - Modelos de Relação Alternativa de Trabalho – Inclusão Previdenciária - *Status* Constitucional da Relação de Emprego.

KEYWORDS: Labor Reform - Alternative Employment Relationship Models – Social Security Inclusion – Constitutional *Status* of Employment Relationship.

SUMÁRIO: Introdução. - 1. Constitucionalismo Social. - 2. Princípio do não retrocesso social. - 3. Reserva do Possível. - 4. Inclusão Previdenciária. Conclusão.

INTRODUÇÃO

Nos últimos tempos temos observado uma crescente inflação legislativa de normas especiais que tenha por objeto a neutralização da relação de emprego, em sentido diametralmente oposto, ao caráter expansionista, que se pretendeu imprimir ao direito do trabalho no plano constitucional, com a equiparação de direitos no inciso XXXIV, art. 7º, da CF, entre trabalhador avulso e trabalhador com vínculo empregatício.

Novas figuras jurídicas, criadas no universo do trabalho, antes, e mesmo com a Reforma Trabalhista (Lei nº 13.467/17), tem por efeito arrefecer a vulnerabilidade do trabalhador, com a contrapartida da ampliação da autonomia da vontade no contexto dos contratos atividade, seja pela *retipificação* do contrato de trabalho, ou 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.

Haveria, portanto, uma 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 alcançado no cenário pós-revolução industrial, como meio de inserção do trabalhador no sistema produtivo.

Iniciativa com a flagrante finalidade de franquear maior segurança jurídica, aos arquétipos contratuais alternativos a relação de emprego, dentro de um contexto socioeconômico de uma economia disruptiva, capitaneada pela sua digitalização, havendo a opção do legislador pelo recrudescimento aos efeitos deletérios da *pacta sunt servanda*, em contextos contratuais assimétricos, com vulnerabilidade latente de uma das partes da relação contratual, que em atípico contrato de adesão, que apenas anui com as condições contratuais impostas pela parte tomadora do serviço.

Acreditamos, como problema prático da garantia a uma maior autonomia da vontade, que ao fortalecer a segurança jurídica, com redução da judicialização dos conflitos do trabalho, abrimos um perigoso caminho para futura instabilidade, pois não haveria na normatização especial de origem formal-individualista, uma dosagem essencialmente interventiva, de ordem pública, com a função de proporcionar em correta intensidade interventiva do Estado Social, retirando a finalidade social dos contratos atividade de inclusão previdenciária obrigatório, em prestígio ao fortalecimento do Regime Geral da Previdência Social vigente no Brasil, contrariando a resultante da justiça social inerente a construção de uma sociedade justa e solidária (art. 3º, inciso I, da CF).

O sistema tributário instituído com a Constituição Federal estabelece no art. 195 da CF as fontes de custeio do Regime Geral da Previdência Social, sendo tributos de natureza vinculada a uma prestação estatal específica de natureza social, permitindo a manutenção e expansão dos benefícios, que podem decompor-se em prestações pecuniárias ou serviços, sob a responsabilidade do Instituto Nacional da Previdência Social (INSS).

Registramos, que a relação de emprego, a folha de salários em nosso sistema sempre fora a base de cálculo histórica, e não obstante estável de ingressos para efeito do custeio geral da Previdência Social, via contribuições sociais, a exemplo do art. 195, I, “a”, da CF, que na sua redação originária previa a incidência da alíquota de 20% (art. 22, I, da Lei nº 8.212/91). Contudo por autorização constitucional, no § 9º do dispositivo constitucional em destaque, redação pela EC nº 103/19, seja possível a substituição gradual pelo faturamento da empresa.

1. 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 a este conjunto de regras, diante de maiorias ocasionais formadas perante o Poder Legislativo no exercício do devido processo legislativo, com significativos impactos hermenêuticos na interpretação do ordenamento infraconstitucional.

Conforme destacado na história do Direito do Trabalho, o constitucionalismo social representa a inserção no texto constitucional das normas de proteção social do trabalhador, dando uma maior estabilidade aos direitos sociais conquistados a partir da supremacia da Constituição no plano do ordenamento jurídico interno, não permitindo o retrocesso social diante de maiorias legislativas ocasionais, o que repercute diretamente no processo

hermenêutico, diante do reconhecimento da inconstitucionalidade das disposições legais previstas no texto celetista, ou leis esparsas, que contraponham o núcleo protegido no texto constitucional.

Com a Constituição Federal de 1988 há a renovação do sistema jurídico por um novo paradigma representado por um sintomático sistema de valores, alinhado com o reconhecimento e efetivação dos direitos de personalidade, com a supremacia do interesse público sobre aquele meramente individual, arrefecimento do absolutismo do direito de propriedade, do individualismo, tendo por contraponto a inserção da dignidade da pessoa humana como valor central do sistema jurídico inaugurado com o texto constitucional vigente, razão pela qual, não obstante as regras proibitivas no plano infraconstitucional, representativas do conceito de ordem pública, viés instrumental dos princípios fundamentais no plano constitucional, estes traçam os limites, o contorno do conteúdo da normatização *justrabalista*, delineados pela análise conjugada de uma série de dispositivos constitucionais.

A centralidade da dignidade da pessoa humana no art. 1º, III, CF, permite ao sistema jurídico, o abandono da visão meramente individualista que acompanha a construção do positivismo (formalismo jurídico preconizado por Hans Kelsen), que permite no aspecto burguês a previsibilidade do sistema capitalista, contudo, passa haver a relativização da propriedade como um valor absoluto, e a elevação daqueles valores intransigentes pela própria perenidade das condições humanas, e diante das incongruências apresentadas pelo positivismo em uma perspectiva histórica, emerge a construção da teoria dos direitos humanos, independentes e prévios à própria noção de Estado.

Em relação a adjetivação “social” Eros Grau reconhece:

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 outro – 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).

Segundo Eros Roberto Grau (2013) a consagração constitucional do princípio da dignidade da pessoa humana, de profunda relevância, coloca o aspecto humanitário como epicentro do ordenamento jurídico, assume a maior relevância ao comprometer o exercício da atividade econômica, delineada a partir da perspectiva da promoção da existência digna,

independentemente dos interesses individuais dos agentes econômicos que passam a desempenhar suas funções no mercado;

Pela ótica da solidariedade, estabelecida no art. 3º, inciso I, CF, não obstante a individualidade de que cada um de nós está revestido, e recebendo a efetiva proteção do ordenamento jurídico, não podemos nos furtar a um projeto comunitário, não restrito à somatória de projetos individuais aparentemente antagônicos, havendo irremediavelmente um espaço de diálogo e colaboração entre pessoas livres e iguais.

Com escólio nas lições de Wagner Balera (2012, p. 73) é possível traçar a dissociação, no contexto de um Estado laico, entre a doutrina cristã de matriz confessional e a construção política do Estado a partir da fraternidade como categoria jurídica constitucional (art. 3º, I, da CF), permeada em suas estruturas sociais e institucionais, com a reverência dos direitos humanos de nítida inspiração cristã, verdadeiro bem jurídico inalienável incrustado na consciência universal da humanidade.

Necessário, portanto, desvendar os horizontes hermenêuticos, traçar o consenso ao entorno da norma jurídica a ser extraída a partir do texto prescritivo da lei aprovada, diante da centralidade do Direito Constitucional na interpretação do direito contemporâneo, com respaldo no princípio do não retrocesso social e o Regime Constitucional do emprego socialmente protegido.

A crise do positivismo vivenciada no século anterior permitiu o desenvolvimento das novas teorias de justiça, seja pela incapacidade da lei promover a solução justa aos casos complexos, ou mesmo pela inércia do Poder Legislativo diante de matérias de grande repercussão social, resultando em uma visão pós-positivista do ordenamento jurídico pátrio, sendo que as regras constitucionais deixam para trás a paralisia das regras meramente programáticas estabelecidas no texto constitucional, admitindo certo grau de concreção com lastro na força normativa do texto constitucional, premissas, a partir das quais, vivenciamos a remodelação de algumas categorias jurídicas, e novo papel protagonizado pelo Poder Judiciário, sem descuidar do equilíbrio e harmonia dos Poderes, como proposto pelo legislador constituinte originário no art. 2º da CF.

Devemos refletir a respeito da importância alcançada pela teoria dos direitos fundamentais na tentativa de preservar um núcleo irrenunciável, inalienável e intangível de direitos trabalhistas, instituídos, garantidos e fomentados a partir do texto constitucional, verdadeiro alicerce que permite o equilíbrio do sistema, cuja construção depende da plena consecução do sistema de freios e contrapesos, preservado pelo ativismo judicial do Poder Judiciário, que nada mais é do que o modo proativo e expansionista de interpretação da

Constituição Federal, especialmente quando proveniente da Justiça do Trabalho, para alguns uma inclinação perdulária do Tribunal Superior do Trabalho ao conceder direitos e garantias não previstos em lei, com a elevação do custo da força de trabalho (visão eminentemente conservadora das funções deste ramo do direito).

Há um importante contraponto feito por Arion Sayão Romita entre a força normativa dos direitos fundamentais e o conceito de ordem pública, esta última representada, no Direito do Trabalho, pela imperatividade de suas disposições normativas, inderrogáveis pela autonomia da vontade de qualquer dos contratantes, restringindo a liberdade contratual, e esta mesma ordem pública representada na legalidade/segurança jurídica promovida pela Reforma Trabalhista, deve se submeter aos preceitos fundamentais da Constituição Federal para efeito de controle dos seus sentido e alcance, uma vez que:

[...] 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).

Eduardo C. B. Bittar (2019, p. 321) reconhece que perante um Estado Social e Democrático de Direito, não podemos apenas abrir mão dos eixos ideológicos do Estado Social, no que pertine a igualdade, e o Liberal, ao que se refere à liberdade, devendo destacar a realidade brasileira que reflete a “Teoria da Legislação”, sobressaindo a ideia de que a lei seja a “solução para tudo”, havendo destaque para a realização efetiva do viés regulatório do Estado, que irá depender das ações autônomas, independentes, mais interligadas, como as de: *“editar leis; promover políticas públicas; cooperar pela sociedade civil organizada; solucionar pela via judiciária litigante; prevenir, educar [...], somente, uma ampla articulação das instituições de Estado para a realização da finalidade constitucional plena.*

Nas palavras de Luís Roberto Barroso (2015), passa a alcançar uma roupagem mais sofisticada pelo desenvolvimento do pós-positivismo, reintroduzindo as ideias de justiça e legitimidade. A partir desta *terceira via*, sedimentada entre as concepções positivistas e jusnaturalistas, no atual estágio civilizatório, não há mais espaço à dissociação das normas jurídicas com os conceitos imanentes da ética.

A edificação do movimento que margeia e dá suporte à teoria dos direitos fundamentais decorre do princípio da dignidade da pessoa humana, que promove a reaproximação entre o direito e a ética, para Kant “as coisas têm preço, mas as pessoas têm dignidade, um valor que não tem preço”.

Não é demais esclarecer, a partir da distinção entre direitos humanos (carga jusnaturalista que precede a formação do Estado, com lastro no aspecto cultural) e os direitos fundamentais (positivados através de um texto constitucional), a doutrina reconhece no Direito do Trabalho um direito fundamental/humano de 2ª dimensão, vinculando-o ao Estado Social (Providência), não havendo qualquer hierarquia entre os direitos de 1ª e 2ª gerações, posto que a inexistência dos primeiros inviabiliza a própria fruição dos segundos, e sem o segundo os primeiros não teria as condições mínimas de sua materialização do mundo real, como falar em “liberdade” sem a garantia do “mínimo existencial”?

Essa garantia passa pelo fortalecimento do Direito do Trabalho, por estar intrinsecamente relacionado com o Direito Previdenciário, o enfraquecimento do primeiro representa, na sua exata medida o do segundo. Esse enfraquecimento não vem apenas da Lei, mas da posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal quanto a viabilidade de lei especial prover a neutralização da relação de emprego, vejamos: ADC nº 48, ADC nº 66 e ADI 3961⁴).

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 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).

O viés transformativo do Estado Democrático de Direito é observado 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

⁴ Tese em repercussão geral: 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.

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 assecuramento 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, uma ampla desconexão de um direito ficcional, havendo, nos anos de 1960 e 1970, um transplante jurídico das teses desenvolvimentistas americanas ao nosso modelo Europeu Continental, com vistas à garantia de um crescimento econômico atrelado a justiça social, que não evidentemente não se concretizou, uma argumentação social como ferramenta útil a retórica legitimadora de posições estabelecidas.

Vejamos a posição de Jorge L. Esquirol (2016, p. 1403) quanto à amplitude tomada pela tese desenvolvimentista na América Latina:

“O Chile de *Pinochet* é um vigoroso exemplo. É principalmente essa versão do desenvolvimentismo que sobreviveu ao longo dos anos 1980. Os direitistas, em última análise, voltaram-se aos mercados privados, em vez de aos militares, como caminho para o crescimento econômico. À esquerda, a promessa de crescimento econômico passou a ser vista como ilusória, a relação entre países desenvolvidos e subdesenvolvidos, como mais estática e simbiótica, em vez de colaborativa e dinâmica. A teoria da dependência baseou-se nessas noções. Atualmente, os progressistas que estão engajados nos debates sobre desenvolvimento econômico adotam principalmente uma postura defensiva: argumentam por algum papel contínuo do Estado sobre o mercado e enfatizam o custo humano de uma lógica econômica desenfreada”. (ESQUIROL, 2016, p. 1403).

O aspecto de convergência institucional, diretrizes legislativas realizadas por políticas públicas administrativas sob controle, e, fiscalização, alcançáveis pela intervenção do judiciário, não passou a margem das análises do comparatista Jorge L. Esquirol, vejamos:

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).

Assistimos ao movimento pendular inerente a evolução do direito, sem o qual este se ressentiria de efetividade, seja pela promessa de direitos promocionais jamais cumpridos, ou mesmo, por um “decisionismo” Judicial desagregador de uma ordem que não prescinde da garantia da própria segurança em suas relações jurídicas, a guinada da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em matéria trabalhista ao franquear segurança jurídica ao sistema, paga o preço de fragilizar a posição social do trabalhador, com retrocesso ao próprio constitucionalismo social, revelador na sua gênese de um regime constitucional do emprego socialmente protegido.

Eis o posicionamento de Fábio Zambitte Ibrahim quanto a essa questão do custeio da Previdência Social sob o privilégio da ampliação do mercado formal:

“A questão sobre as contribuições sociais sobre a folha de pagamento e seus efeitos no mercado de trabalho é antiga, sendo que muitos defendem sua redução ou mesmo extinção em prol da geração de empregos. A ideia resume-se na expectativa de maiores contratações de mão-de-obra uma vez que os encargos sobre a remuneração sejam reduzidos”. [...] “A contribuição previdenciária patronal sobre a folha de pagamento existe desde a gênese da previdência social, no modelo bismarkiano, sendo a sua substituição algo temerário. A incidência por esta base possibilita a quantificação atuarial dos recursos necessários à manutenção dos ingressos do trabalhador quando de seu afastamento, temporário ou definitivo, do mercado de trabalho. A substituição de bases de incidência poderá quebrar este liame necessário e, pior, possibilitar o desvio de recursos da previdência para outros segmentos, em violação ao texto constitucional (art. 167, XI, da CRFB/88)” (IBRAHIM, 2009, p.120)

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 nossa posição quanto à existência 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”*.

Desta forma, a autorização da neutralização da relação de emprego trás retrocesso social em duas frentes, não apenas na proteção dos direitos do trabalhador inerentes ao contrato de trabalho, mas as garantias previdenciárias providas pelo Estado na forma de benefícios (Lei nº 8.213/91), resguardando os riscos sociais imputados ao próprio Estado no art. 201 da CF.

2. PRINCÍPIO DO NÃO RETROCESSO SOCIAL

Especialmente, 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, caminhando no sentido de não admitir o retrocesso social em relação às normas de proteção ao trabalho, incrustadas no texto constitucional, proteção esta idealizada no contexto constitucional a partir da centralidade que a dignidade da pessoa humana ao sistema, posta pelo caráter humanizante das diretrizes fundamentais que a Constituição Federal de 1988 pretende imprimir.

A construção da teoria dos direitos fundamentais assentada na força normativa dos princípios constitucionais, com coerência interna assegurada na aplicação do critério de ponderação dentre os valores constitucionais por meio dos quais venha a ser exteriorizado, o que se admite na hipótese de colisão daqueles princípios que lhe sejam fundamentais, por não haver resposta simplista do ordenamento cingida na revogação da norma, por qualquer dos critérios, aceitos, estes, para a solução de eventual antinomia normativa, a ponderação dos princípios, pela sua dimensão peso, envolve a avaliação do caso concreto, com o mero preterimento de alguns deles sob a prevalência de outro, como meio de preservar a coexistência em um elo de coerência intranormativa.

Ao discorrer sobre o princípio do não retrocesso social no âmbito internacional, Daniela Muradas Reis (2010) salienta o papel exercido pela Organização Internacional do Trabalho em prol da promoção dos valores universais do trabalho, por meio da universalização das condições mínimas de trabalho, que congrega o valor inalienável do “trabalho decente”, considerando a diversidade socioeconômica dos países membros, iniciativa, que possa refrear o *dumping social*, sem criar obstáculo ao desenvolvimento econômico das nações, que não prescinde de exigências ético-jurídicas, para a promoção da pessoa humana pelos contornos da justiça social.

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 a *progressividade*, o que impacta diretamente a legislação infraconstitucional instrumental, responsável pela concretização dos direitos fundamentais.

Desta forma, as disposições convencionais somente incorporam no plano nacional se “*de algum modo traduzem o progresso sociojurídico dos trabalhadores, cumulando-se às vantagens já consagradas no plano nacional*”, valendo destacar, que o princípio do não retrocesso social está positivado na Constituição Federal de 1988, e representa um direito fundamental do trabalhador, segundo a previsão da parte final do *caput*, do art. 7º, que prescreve: “*são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social*”.

Segundo o próprio J. J. Gomes Canotilho, ao tratar do efeito de contenção do patamar de direitos sociais consagrados pelo princípio do não retrocesso social, registra-se os aspectos da reversibilidade fática inerente aos revezes econômicos decorrentes de recessões e crises, vejamos o ponto de vista do autor, sem afastar as pretensões protetivas do texto constitucional:

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 subjetivo. 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 Ministro Gilmar Mendes no voto proferido na ADIN nº 6363 (p. 12) destaca a incompletude do texto constitucional para a previsão de acontecimentos futuros, bem como o fato do texto constitucional representar um reflexo dos fatos históricos e culturais vivenciados, revelando o impacto do autoritarismo no recomeço inaugurado pela Constituição Federal de 1988, com o delineamento do novo ciclo constitucional:

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.

Para Gustavo Filipe Barbosa Garcia qualquer reforma infraconstitucional em confronto com as disposições pétreas do constitucionalismo social (art. 6º, da CF) encontrará resistência no princípio da progressividade dos direitos constitucionais, fonte jurídica no bloco de constitucionalidade do art. 5º, § 2º, da CF, uma vez que o, com flagrantes limites ao próprio poder de reforma do texto constitucional, quiçá infraconstitucional, que promova uma espécie de desconstitucionalização dos direitos sociais:

O Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966, promulgado pelo Decreto 591/1992, é expresso ao determinar a necessidade de progressividade, por todos os meios apropriados, do pleno exercício dos direitos sociais (art. 2º, item I) [...] A emenda constitucional é decorrente do poder constituinte de reforma (instituído), o qual se caracteriza por ser derivado (provém de outro), subordinado (é limitado pelo poder originário) e condicionado (só pode agir nas condições e formas fixadas). (FERREIRA FILHO, 1995. p. 24). É certo que, nos termos do art. 60, § 4º, inciso IV, da Constituição da República, “os direitos e garantias individuais” não podem ser objeto de emenda constitucional tendente a aboli-los”. (GARCIA, 2018, p. 74)

Entretanto, como uma introdução da fricção entre princípio do não retrocesso social e reserva do possível, Flávio Martins afirma que não há como extrair concretude, ou seja, densidade normativa de regulação imediata, a partir das normas sociais inseridas no texto constitucional, 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).

Desta forma, não obstante, a desconsideração do princípio do não retrocesso social para o enfrentamento constitucional das alterações promovidas pela Reforma Trabalhista, em especial a lei de neutralização reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal como constitucional, permitirá um arrefecimento de um sistema contributivo de previdência, e a tomada de decisão do passado, acarretará no futuro a discussão da reserva do possível, posto que à incapacidade

para o trabalho e a idade avançada somente alcançará proteção por regime assistencialista, não contributivo, que dependa de aportes via impostos extraídos da população em geral.

3. RESERVA DO POSSÍVEL

Dentre os princípios constitucionais de contenção a expansão dos direitos sociais, antevedendo uma aparente contraposição dos direitos fundamentais de 1ª e 2ª dimensão, reside nos limites do princípio da reserva do possível, que dentro de uma perspectiva de escassez de recursos materiais, com a transferência de déficits orçamentários a novas gerações, haveria uma pseudo superioridade dos direitos de liberdade, a ensejar, inclusive a classificação em direitos negativos e positivos.

Teoria de Escassez que não deveria cingir-se aos Direitos Sociais, mas talvez o sejam pela perspectiva do precedente da Corte Constitucional Alemã 1972, ao negar amplitude ao direito à Educação, de escolhas que vão além das opções franqueadas pelas políticas públicas de Estado, e que coincidência fazia referência aos Direitos Sociais, mas consiste em argumentação jurídica aplicável a qualquer outra demanda de Estado, uma vez que segurança pública, atrelada aos direitos de 1ª dimensão, igualmente geram custos financeiros ao Estado.

Esta percepção foi detalhada por Fábio Zambitte Ibrahim, de superioridade do modelo liberal, para quem a ausência de eficácia dos direitos sociais estaria ligada as:

[...] 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. Interessante notar que a discussão de que todos os direitos trazem encargos financeiros ao Estado mostra-se pacificada, a ponto de a doutrina afastar, muito frequentemente, a antiga distinção entre direitos negativos e positivos. No entanto, os direitos sociais, indiretamente, ainda sofrem desta mazela, embora com rótulos diferentes, como reserva do possível. A ideia de que somente pode-se exigir o que for razoável da sociedade, tem origem em precedente da Corte Constitucional alemã, em 1972, sobre a impossibilidade de assegurar ingresso em universidade pública a todos que os desejam. Algum limite mostra-se razoável e mesmo desejável, visando atender outras áreas de importância para a sociedade. A partir de tal decisão, a doutrina usualmente divide a reserva do possível na dimensão fática e jurídica, ou seja, fática quanto a existência efetiva de recursos e jurídica quanto à previsão em orçamento [...] Pessoalmente, acredito que o precedente da Corte Alemã, por uma infeliz coincidência, desenvolveu o tema da reserva do possível justamente ao tratar de um direito social, que é a educação. No entanto, a mesma argumentação poderia ser utilizada em qualquer outra demanda frente ao Estado, como a garantia de segurança jurídica, o acesso ao Judiciário mais célere ou mesmo um transporte público mais eficaz. Toda a ação estatal gera custos, e a teoria da escassez não se restringe a direitos sociais. (ZAMBITTE, 2011, p. 123).

Inegavelmente, mais uma vez os traços do efeito pendular pelo qual se move direito fez-se presente em seu desenvolvimento ao longo da história, a inefetividade promocional das regras constitucionais de conteúdo social acarretou a indignação transformadora da realidade social pelo ativismo judicial, por meio do caminhar proativo do Poder Judiciário na validação da eficácia dos princípios constitucionais, com suporte teórico no pós-positivismo, havendo na seara trabalhista uma multiplicação de direitos por fonte jurisprudencial.

Súmulas do Tribunal Superior do Trabalho cresceram exponencialmente na previsão de direitos que excediam, por vezes as “molduras” da legalidade, os limites da lei, que tinham legitimidade extraída do texto principiológico da Constituição.

Como movimento de contenção e viés conservador, sob os argumentos da eficiência alcançável pela maior liberdade econômica, a Reforma Trabalhista (Lei nº 13.467/17), como manifestação política do legislador, fez refrear a agenda progressista da jurisprudência trabalhista, com chancelada do Supremo Tribunal Federal, jurisprudência que encontra “eco” argumentação jurídica traduzida nos termos da fundamentalidade da “segurança jurídica” ao sistema.

Para Boaventura de Sousa Santos o papel garantidor do Poder Judiciário diante de um extenso catálogo de direitos resultante do processo de “constitucionalização” de diversos dos seus ramos, sem que houvesse a iniciativa do Estado na consecução dos mesmos por políticas públicas de Estado, fez com que os Tribunais, paulatinamente, se imiscuissem na judicialização da política para ocupação de um vago institucional, razão de sua exposição pelas expectativas geradas por este movimento, o que na atualidade, evidencia um maior alinhamento 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).

O rompimento da barreira da reserva do possível, como argumentação jurídica genérica a não realização dos direitos sociais foi, inicialmente rompida pelos tribunais com a judicialização das políticas públicas, movimento que franqueia maior efetividade aos direitos sociais devidos pelo Estado.

Por meio do julgamento do REsp nº 1.185.474-SC⁵, com efeitos paradigmáticos, o relator Ministro Humberto Martins afasta a teorização do princípio da reserva do possível como tese abstrata da defesa, não negando a escassez de recursos no contexto de um Estado eminentemente social, todavia, avaliando que insuficiência de recursos é resultado direto de um processo de escolha, eis que a decisão discricionária do administrador em investir em determinada área implica escassez de recurso para outra área que não tenha sido contemplada, a exemplo dos gastos com propaganda governamental que traduz na ausência de recursos para a prestação de uma educação de qualidade.

Em princípio a reserva do possível não pode ser oposta à efetivação dos Direitos Fundamentais, em relação a eles não cabe ao administrador preteri-los em suas escolhas, e nem mesmo a vontade da maioria pode tratar estes direitos como secundários, o princípio majoritário é apenas um instrumento do processo democrático, principalmente, quando os direitos preteridos estão ligados diretamente, pela sua qualidade, ao princípio da dignidade da pessoa humana, valores estes, centrais do sistema constitucional. O Mínimo vital não se restringe ao mínimo existencial, logo, educação é um valor fundamental para que o indivíduo possa tornar-se visível no espaço público, garantindo-se a efetivação do referido direito.

Flávio Martins tece algumas observações do princípio da reserva do possível como uma construção neoliberal de contraposição a plena realização dos direitos sociais:

No mesmo sentido Vicente de Paulo Barreto afirma que a “reserva do possível” corresponde a três “falácias políticas” criadas pelo pensamento neoliberal com o intuito de enfraquecer a força normativa dos direitos sociais. A primeira “falácia” seria a afirmação de que os direitos sociais são direitos de segunda ordem, a segunda “falácia” seria a de que os direitos sociais dependeriam de uma “economia forte” (sendo que, na realidade, tudo seria uma questão de “vontade política”) e, por fim, a terceira “falácia” seria o alto custo dos direitos sociais, pois “o custo é cosubstancial a todos os direitos fundamentais”. Minimizando tais críticas, Ingo Sarlet afirma que “as limitações vinculadas à reserva do possível não são, em si mesmas, necessariamente uma falácia. O que tem sido de fato, falaciosa, é a forma pela qual muitas vezes a reserva do possível tem sido utilizada entre nós como argumento impeditivo da intervenção judicial e desculpa genérica para a omissão estatal no campo da efetivação dos direitos fundamentais, especialmente de cunho social”. (MARTINS, 2020, p.192).

Diane desta oscilação entre doutrina e jurisprudência, na tentativa atual de consolidação de um pensamento hegemônico neoliberal, cerrando fileiras nos Tribunais Superiores, afiançando teses desenvolvimentistas por meio de mecanismos processuais de

⁵ (REsp 1185474/SC, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/04/2010, DJe 29/04/2010) Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%28%22HUMBERTO+MARTINS%22%29.MIN.&processo=1185474&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>, acesso em: 16/06/20.

repercussão/vinculação de suas teses as demais instâncias do judiciário, havendo neste caminho os desafios de que trata Paulo Bonavides, vejamos:

Mas o verdadeiro problema do Direito Constitucional de nossa época está, ao nosso ver, em como juridicizar o Estado Social, como estabelecer e inaugurar novas técnicas ou institutos processuais para garantir os direitos sociais básicos, a fim de fazê-los efetivos”. (BONAVIDES, 2012, p. 385).

Embora, o princípio da reserva do possível venha afetar diretamente as obrigações Estatais em matéria de direitos sociais extraídos diretamente do texto da constituição, estaria dentro de uma conjuntura que admite retrocessos no âmbito privado do direito do trabalho, ao argumento de uma maior eficiência econômica, alinhada com a segurança das relações jurídica de direito do trabalho, mas que no futuro, pelas decisões do presente, serão balizas indispensáveis o assistencialismo devido àquele que foram alijados pela tomada de decisão dos Tribunais, das mais elementares garantias previdenciárias.

4. Inclusão Previdenciária

Para nós, com a audiência mundial voltada para as questões sociais, em especial a fragilidade do trabalhador autônomo, na verdade *parassubordinado*, uma vez que autônomo sempre estará submetidos às regras da autonomia da vontade, que passa ao largo do dirigismo contratual materializado na legislação do trabalho, a nova regulamentação deverá alcançar ao trabalhador parassubordinação, ainda que não subordinada, submete-se a uma dinâmica contratual de coordenação, com sua integração permanente na atividade, sendo que no Brasil, não estaríamos longe de uma solução definitiva.

Algumas propostas para a solução da questão controvertida:

(i) Operacionalização da formalização do trabalho (*sentido lato*): dispomos de eficiente instrumento de integração previdenciária, com efeito de maior indução na formalização do mercado de trabalho, por intermédio de nova legislação que venha a enquadrar as plataformas digitais na qualidade de tomadoras do serviço, passariam a ter o dever legal de exigir dos prestadores de serviço a constituição de uma MEI (Micro Empreendedor Individual - LC nº 123/06), movimento de integração (formalização) condizente com o caráter contributivo de filiação obrigatória (segurado contribuinte individual (Art. 11 da Lei nº 8.213/91: “*São segurados obrigatórios da Previdência Social as seguintes pessoas físicas [...] V -*

como contribuinte individual: [...] g) quem presta serviço de natureza urbana ou rural, em caráter eventual, a uma ou mais empresas, sem relação de emprego dos prestadores de serviço”), do nosso sistema de previdência social (art. 201 da CF: *“A previdência social será organizada sob a forma do Regime Geral de Previdência Social, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, na forma da lei”*).

Paulo Caliento (2008, p. 35), trata da necessidade de incorporação da capacidade contributiva da clientela não protegida, trabalhadores autônomos, diante da finitude de recursos orçamentários a serem distribuídos, em perspectiva assistencial sem contrapartida contributiva, vejamos:

“Desse modo, existe uma contradição fundamental no Estado Democrático, visto que haverá sempre uma crescente demanda por distribuição localizada de recursos e uma capacidade limitada de arrecadação fiscal e financiamento do Estado. O paradoxo de demandas crescentes por distribuição orientada e exigências por justiça e equidade (equity or justice). Muitas das crises fiscais do Estado Democrático se referem à ausência de solução por estas demandas. Igualmente ocorrerá uma crise de legitimidade do Estado moderno, visto que a utilização de mecanismos públicos e gerais para a geração de distribuição de recursos para grupos particulares importará em uma crise de legitimidade do Estado Moderno”;

(ii) Política fiscal integrativa: para efeito dos recolhimentos previdenciários, devidas pelas plataformas tecnológicas, como de reduzindo a concorrência desleal provocada aos modelos de negócios tradicionais, com agravamento do desequilíbrio da justiça social, aquelas passariam a ser consideradas contribuintes, para seus próprios tributos, e fonte pagadora (Previsão do art. 31 da Lei nº 8.212/91: *“a empresa contratante de serviços executados mediante cessão de mão de obra, inclusive em regime de trabalho temporário, deverá reter 11% (onze por cento) do valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços e recolher, em nome da empresa cedente da mão de obra, a importância retida até o dia 20 (vinte) do mês subsequente ao da emissão da respectiva nota fiscal ou fatura, ou até o dia útil imediatamente anterior se não houver expediente bancário naquele dia, observado o disposto no § 5º do art. 33 desta Lei*), para evitar a evasão fiscal de uma grande massa de trabalhadores, e em momentos emergenciais, além de clientela protegida, pela elegibilidade dos beneficiários, ter-se-ia critério para execução de política pública assistencial voltada a concessão universal de renda mensal básica, a exemplo do anúncio de alguns Governos em época de pandemia, o que não deixaria de ser um critério neutro e razoável de escolhas sociais.

Fábio Zambitte Ibrahim (2008, p. 55), analisa a opção do ordenamento brasileiro, especialmente em matéria de contribuição previdenciária, para criar mecanismos, instrumentos, capazes de garantir a arrecadação evitando a evasão (sonegação) fiscal:

“A retenção na fonte é um mecanismo de garantia de arrecadação usado desde longa data. Afirmar-se que foi inicialmente criada na Grã-Bretanha, ainda no início do século XVIII. No Brasil, a retenção na fonte sempre teve forte relação com o imposto de renda, mas sua verdadeira origem foi junto à previdência social. Já previa a Lei Eloy Chaves que as contribuições dos empregados vinculados a empresas de estrada de ferro seriam correspondentes a 3% dos respectivos vencimentos, cabendo ao empregador reter estes valores e repassá-los à Caixa de Aposentadoria e Pensões da respectiva empresa [...] da enorme relevância nos dias de hoje, particularmente em razão da expansão assustadora deste mecanismo como garantia de arrecadação [...]”;

(iii) Justiça Social: destacamos as diretrizes do nosso modelo constitucional traçadas no art. 170 da CF, eis que: “*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...*”.

Fábio Zambitte Ibrahim (2011, p. 201), na obra “*A Previdência Social no Estado Contemporâneo*”, analisa a crescente informalidade do mercado de trabalho, e a necessidade de adoção de políticas públicas e legislativas de inclusão previdenciária, e por isso reconhece:

Em modelos bismarckianos de previdência social, como o brasileiro, a cobertura previdenciária possui íntima ligação com o nível de empregabilidade da sociedade, haja vista a cobertura preferencial por segurados empregados. [...] a elevada exclusão de trabalhadores autônomos e pessoas sem atividade remunerada. A abrangência dos regimes, com cobertura efetiva a toda a população, é identificada como o maior dos desafios dos modelos atuais de previdência social.

Deste modo, o retrocesso social do Direito do Trabalho sofrido no âmbito legislativo da Reforma Trabalhista (Lei nº 13.467/17), com a chancela do Supremo Tribunal Federal permitindo a constitucionalidade do art. 442-B da CLT e a neutralização da relação de emprego, chegando a confusão conceitual de terceirização da atividade fim com pejetização, na tomada de decisão, acarretará no futuro sérios dilemas da reserva do possível, pelo descaso ao sistema previdenciário contributivo hora vigente, em completo descaso com instrumentos de inclusão previdenciária existentes.

CONCLUSÃO

Acreditamos que a segurança jurídica almejada pelo Supremo Tribunal Federal na análise da constitucionalidade dos pontos da Reforma Trabalhista de 2017 tratadas neste estudo deva estar longe de ser alcançada, o realismo jurídico apresentado, a análise econômica do direito, extravasa os limites constitucionais na interpretação conforme conferida aos dispositivos legais da Lei nº 13.467/17.

Com a intervenção judicial, sem conceitos claros na definição de determinadas figuras jurídicas, estar-se-ia na contramão da intenção do legislador da Reforma Trabalhista no que diz respeito ao eixo normativo processual, de redução da excessiva judicialização dos conflitos do trabalho no Brasil.

Há um inegável processo de desidratamento da EC nº 45/04 que teve a intenção de ampliar objetivamente a competência material da Justiça do Trabalho com a nova redação do inciso I, do art. 114 da CF, fazendo referência expressa a “relação de Trabalho”.

Novo interpretação conferida ao art. 442-B da CLT, ao permitir a neutralização da relação de emprego, a ser protegida no art. 7º, inciso I, da CF, dentro dos vetores interpretativos do Supremo Tribunal Federal no juízo de proporcionalidade conferido a livre iniciativa, em detrimento dos valores sociais do trabalho, art. 1º, inciso IV c/c art. 170, *caput*, da CF, propõe uma reformulação da aplicação residual da prestação de serviço no art. 593 do CC, sempre aplicado de forma residual, em linha de preferência com a legislação trabalhista e as leis especiais.

A “pejotização” como fenômeno socioeconômico próprio do mercado informal de trabalho, além da precarização, da concorrência desleal que provoca na forma do doutrinariamente reconhecido *dumping social*, ao longo do tempo, agravará, com o incentivo interpretativo do Supremo Tribunal Federal, o nosso já combalido Regime Geral de Previdência Social.

Ademais, as análises feitas nas reclamações dirigidas, a exemplo da Reclamação n. 53.771 ao Supremo Tribunal Federal ao admitir o precedente da autorização da atividade-fim a um sem número de casos de “pejotizações”, daqueles que exercem atividades intelectuais com altos rendimentos, além de colidir com o art. 444, parágrafo únicos, da CLT (redação pela Lei nº 13.467/17), não há a mesma *ratio decidendi* do precedente da Terceirização, que nos termos da Lei nº 6.019/74 (Redação pela Lei nº 13.429/17 e 13.467/17), pressupõe a existência de um “processo econômico” inexistente nos meios fraudulentos de pejotização.

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 está relacionada com a 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.

E o exercício da justiça especializada do trabalho resvala não apenas na sua linha de preferência dentro do quadro da organização do Poder Judiciário proposto pelo legislador Constituinte, mas as discussões envolvem matéria probatória que exige não apenas da utilização da ferramenta processual do *distinguish*, a ser utilizado de forma comedida pela Recomendação nº 132/22 do CNJ, mas a competência dos Tribunais Inferiores, e só deles, de analisar matéria probatória, sob pena de realçar a pretensão plenipotenciária do Supremo Tribunal Federal.

Segurança jurídica é um valor indispensável a qualquer sistema jurídico, não apenas pelo fato de preservar a essência do princípio da legalidade (art. 5º, inciso II, da CF), garantindo a estabilidade do passado, a compreensão do presente e a previsibilidade do futuro, mas ao arvorar-se em ativismo judicial, que tanto condena em relação aos demais Tribunais Superiores, acaba por trazer maior insegurança jurídica, como decisões que descredenciam não apenas a tradição jurídica, a ordem pública, mas a interpretação seguro da norma jurídica aplicável aos casos concretos em processo de hermenêutica.

Reconhecendo um direito do trabalho “capenga” ter-se-á no futuro que ampliar as Reformas Previdenciárias para fazer frente aos custos decorrentes das equivocadas decisões tomadas no presente.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BALERA, Wagner. **O capitalismo humanista**. Petrópolis: KBR, 2012.

BARROSO, Luis 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.

_____. **A vida, o direito e algumas ideias para o Brasil**. Ribeirão Preto: Migalhas, 2016.

BITTAR, Eduardo C. B. **Introdução ao estudo do direito: humanismo, democracia e justiça**. 2ª. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

_____. **Democracia, justiça e direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2011.

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.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. 16 reimp. Coimbra: Almedina, 1941.

ESQUIROL, Jorge L. **Ficções do direito latino-americano**. São Paulo: Saraiva, 2016.

MARTINS, Flávio. **Direitos sociais em tempos de crise econômica**. São Paulo: Saraiva, 2020.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e direito constitucional internacional**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de direito do trabalho**. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

_____. **Reforma trabalhista: com análise do Projeto nº 6.787/16**. Salvador: Juspodivm, 2017.

_____. **Reforma trabalhista: análise crítica da Lei nº 13.467/17**. 2ª ed.. Salvador: Juspodivm, 2017.

_____. **Terceirização**. 2ª ed.. Salvador: Juspodivm, 2017.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 16ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

IBRAHIM, Fábio Zambbitte. **A Previdência Social no Estado Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

_____. **Curso de Direito Previdenciário**. 14ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009.

_____. **A retenção na fonte como obrigação instrumental**. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.

REIS, Daniela Muradas. **O princípio da vedação do retrocesso no direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2010.

ROMITA, Arion Sayão. **Direitos fundamentais nas relações de trabalho**. São Paulo: LTr, 2014.

_____. **Flexigurança a reforma do mercado de trabalho**. São Paulo: LTr, 2008.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça**. 3 ed. São Paulo: Cortez Editora, 2014.

SILVEIRA, Paulo Antônio Caliento Velloso da. **Direito tributário e análise econômica do direito: uma visão crítica**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2019.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.