

Revista de
**Direito Econômico e
Socioambiental**

ISSN 2179-8214

Licenciado sob uma Licença Creative Commons



REVISTA DE DIREITO ECONÔMICO E SOCIOAMBIENTAL

vol. 13 | n. 1 | janeiro/abril 2022 | ISSN 2179-8214

Periodicidade quadrimestral | www.pucpr.br/direitoeconomico

Curitiba | Programa de Pós-Graduação em Direito da PUCPR



Uma reforma trabalhista paralela: a tentativa de aplicação dos princípios da Lei da Liberdade Econômica às relações de trabalho em descompasso com a proteção constitucional conferida ao valor social do trabalho

A parallel labor reform: the attempt to apply the principles of the Law on Economic Freedom to labor relations in conflict with the constitutional protection conferred on the social value of labor

Daisy Doro Perez*

Universidade de Marília (Marília-SP, Brasil)

daisydoro@gmail.com

<https://orcid.org/0000-0001-8494-2000>

Lourival José de Oliveira**

Universidade de Marília (Marília-SP, Brasil)

lourival.oliveira40@hotmail.com

<https://orcid.org/0000-0001-6700-0820>

Como citar este artigo/*How to cite this article*: PEREZ, Daisy Douro; OLIVEIRA, Lourival José de. Uma reforma trabalhista paralela: a tentativa de aplicação dos princípios da liberdade econômica às relações de trabalho em descompasso com a proteção constitucional conferida ao valor social do trabalho. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, Curitiba, v. 13, n. 1, p. 90-121, jan./abr. 2022. doi: 10.7213/revdireconsoc.v13i1.26052.

* Mestra em Direito pela Universidade de Marília (Marília-SP, Brasil). Graduada em Direito pela Univem Marília/SP. Auditora Fiscal do Trabalho. E-mail: daisydoro@gmail.com

** Docente dos Programas de Doutorado/Mestrado da Universidade de Marília (Marília-SP, Brasil). Doutor em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo Docente do Curso de Graduação da Universidade Estadual de Londrina. Docente de diversos cursos de especialização. Advogado. E-mail: lourival.oliveira40@hotmail.com

Recebido: 10/12/2019
Received: 12/10/2019

Aprovado: 08/08/2021
Approved: 08/08/2021

Resumo

O estudo promove uma análise da aplicação dos princípios da Lei nº 13.874 de 20 de setembro de 2019 às relações de trabalho e o seu descompasso com as proteções constitucionais. Seu objetivo foi investigar a possível ocorrência de uma reforma trabalhista paralela, sem a realização de alterações diretas na legislação infraconstitucional. Para tanto, explorou-se o sentido constitucional do princípio da livre iniciativa, na perspectiva da sustentabilidade, analisando-se o papel do Estado. Em seguida, foram estudados os novos parâmetros trazidos pela lei, no tocante à ampliação da liberdade contratual, limitação da atuação do Estado e redefinição da função social e sua aplicação às novas relações de trabalho, sob o prisma do princípio da primazia da realidade. Concluiu-se que o processo de reforma trabalhista está prosseguindo através de uma redução do campo de incidência do direito laboral, comprometendo a extensão das suas normas protetivas a um maior contingente de trabalhadores, sendo necessário restabelecer o entendimento a respeito dos princípios da livre iniciativa e da autonomia da vontade, para se efetivar os valores sociais constitucionalmente estabelecidos. Adotou-se o método dedutivo, com pesquisas doutrinárias e uma análise crítica sobre o processo contínuo da desregulamentação das relações de trabalho.

Palavras-chave: autonomia da vontade; liberdade econômica; reforma trabalhista; relações de trabalho; valor social do trabalho.

Abstract

The study promotes an analysis of the application of the principles of Law No. 13.874 of September 20, 2019 to labor relations and their mismatch with constitutional protections. Its objective was to investigate the possible occurrence of a parallel labor reform, without making direct changes to the statutory legislation. To this end, the constitutional meaning of the principle of free enterprise was explored, from the perspective of sustainability, analyzing the role of the state. Then, the new parameters brought by the law were studied, regarding the expansion of contractual freedom, limitation of the State's performance and redefinition of the social function and its application to the new labor relations, under the prism of the principle of the primacy of reality. It was concluded that the labor reform process is proceeding through a reduction in the field of labor law, compromising the extension of its protective rules to a larger contingent of workers, and it is necessary to reestablish the understanding of the principles of free enterprise and autonomy of will, to realize the constitutionally established social values. The deductive method was adopted, with doctrinal research and a critical analysis of the ongoing process of deregulation of labor relations.

Keywords: *autonomy of will; economic freedom; labor reform; social value of work; work relationships.*

Sumário

1. Introdução. 2. O princípio da liberdade econômica de acordo com os parâmetros da sustentabilidade. 3. A prevalência da autonomia da vontade das partes em desacordo com a função social dos contratos. 4. A formação de novas relações de trabalho a partir de diferentes paradigmas. 5. Conclusão. Referências.

1. Introdução

É importante entender o significado do princípio da liberdade e o seu desdobramento no princípio da liberdade econômica, toda vez que o mesmo é confrontado com valores constitucionais que exigem a intervenção do Estado para a realização desses mesmos valores, como acontece, por exemplo, com o valor trabalho humano.

Dentro desse mesmo contexto, deflui também a necessidade de compreender o significado do princípio da livre iniciativa a fim de estabelecer os seus contornos ou as ações criadas constitucionalmente enquanto obrigações dirigidas ao Estado para a sua realização.

Dessa complexidade de elementos é possível obter-se os conceitos de desenvolvimento econômico conjugado com desenvolvimento social, que integram a finalidade da ordem econômica constitucional (artigo 170, caput, da Constituição Federal), a qual coloca a valorização do trabalho como fundamento e ao mesmo tempo pressuposto para ser atingida a chamada justiça social.

Tudo isso está parametrizado pelo conceito sistêmico de sustentabilidade, que por sua vez converge para os princípios da função social da propriedade, defesa do meio ambiente, busca do pleno emprego e demais princípios da ordem econômica constitucional que são, ao mesmo tempo, resultados a serem alcançados.

Dentro dessa tônica, o presente estudo pretende analisar o princípio da livre iniciativa sob a ótica da liberdade de contratar a partir da Lei da Liberdade Econômica, Lei nº 13.874 de 20 de setembro de 2019, que apresentou novos parâmetros para a atuação/intervenção do Estado. O estudo ainda busca relacioná-los aos principais pontos da Reforma Trabalhista de 2017, que privilegiou o princípio da autonomia da vontade

coletiva e em alguns momentos até mesmo o princípio da autonomia da vontade individual, criando novas formas de contratar ou novos contratos de trabalho, em possível detrimento da garantia de valores constitucionais referentes à proteção do trabalho.

É relevante questionar se os recentes processos adotados para enfrentar a necessidade de geração de empregos ou de adaptação a uma nova realidade social justificam o possível descompasso entre as novas formas de relações de trabalho e a realização dos valores sociais constitucionalmente estabelecidos. A princípio, tais relações baseiam-se em uma liberdade de contratação em um contexto onde a liberdade do sujeito trabalhador permanece quase inexistente no que se refere à tomada concreta de decisões, exigindo uma postura crítica, que foi construída tendo como base o princípio da primazia da realidade.

Nesse diapasão, com a alteração do entendimento trazido pela Lei da Liberdade Econômica a respeito do princípio da liberdade de contratar ou da própria compreensão do princípio da autonomia da vontade, estaria ocorrendo de forma contínua uma reforma trabalhista sem que necessariamente e diretamente estivessem acontecendo alterações nos regramentos de proteção ao trabalho?

Adotou-se o método dedutivo, com pesquisas doutrinárias, buscando elaborar uma crítica em face do processo contínuo de desregulamentação das relações de trabalho e em especial da adoção de uma nova perspectiva a respeito dos princípios da livre iniciativa e, por consequência, levando ao questionamento sobre a necessidade de intervenção ou não do Estado quando se tratar de assegurar valores sociais estabelecidos constitucionalmente.

2. O princípio da liberdade econômica de acordo com os parâmetros da sustentabilidade

O sentido jurídico da liberdade econômica merece ser investigado não somente nos seus contornos puramente econômicos como também dentro do contexto de uma possível violação aos direitos fundamentais.

A Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 introduziu uma inovação ao combinar o discurso liberal da cidadania com o discurso social e passou a elencar tanto direitos civis e políticos como direitos sociais, econômicos e culturais, superando a dicotomia que até então havia entre

eles. Ao conjugar o valor liberdade com o da igualdade, a Declaração demarca a concepção contemporânea dos direitos humanos, que passam a ser concebidos como uma unidade interdependente e indivisível (PIOVESAN, 2006, p. 133-136).

Logo, revelar-se-á esvaziado o direito à liberdade quando não assegurado o direito à igualdade e vice-versa, sendo que o mesmo direito à liberdade somente é revelado a partir do momento que se consegue concretude à justiça social. Segundo Amartya Sen, sempre que se busca estudar a liberdade, a mesma deve ser estudada a partir das preferências de escolhas que um sujeito poderá revelar. No entanto, ainda que essas preferências sejam concebidas a partir de um sujeito, devem estar “abertas” aos seus semelhantes. Ou seja, trata-se da liberdade de estar em condições reais de tomar decisões e ao mesmo tempo agregar valor à sociedade. Segundo o mesmo autor, a liberdade de agência significa ausência de impedimentos para alcançar objetivos determinados ou escolhidos (SEN, 1985, p. 203).

Os direitos fundamentais não representam apenas limitações à interferência dos governos nos direitos civis e políticos, mas envolvem obrigações governamentais positivas em prol da promoção do bem-estar econômico e social, pressupondo um governo que seja ativo, interventor, planejador e comprometido com os programas econômico-sociais (PIOVESAN, 2006, p. 133-136). Fazendo uma associação com o contido no parágrafo anterior, criar condições reais para o exercício das liberdades.

A evolução da ideia de Estado ocorreu em três fases distintas. Em primeiro lugar o Estado Liberal de Direito, que era pautado pelo individualismo e pela doutrina absentéista, que busca promover a menor intervenção possível no campo econômico. A partir do pós-guerra instaurou-se o Estado Social de Direito, que admite a intervenção como mecanismo de disciplina e extirpação dos excessos da liberdade contratual e econômica (STRECK apud GOMES, 2010, p. 198). Além disso, as Constituições passaram a incorporar uma vasta gama de direitos sociais, com viés garantidor e não como ocorria antes, onde se verificava um forte absentéismo por parte do poder público.

Atualmente, vivencia-se o Estado Democrático de Direito que:

[...] pretende precisamente a transformação em profundidade do modo de produção capitalista e sua substituição progressiva por uma organização

social de características flexivelmente sociais, para dar passagem, por vias pacíficas e de liberdade formal e real, a uma sociedade onde se possam implantar níveis reais de igualdade e liberdade (STRECK apud GOMES, 2010, p. 198).

A democracia distinguiu-se por conferir, pioneiramente na História, poder a grandes segmentos e grupos sociais destituídos de riqueza, através de um sistema institucional que começou a ser construído nos países de capitalismo central a partir da segunda metade do século XIX, atingindo seu ápice no período seguinte à Segunda Guerra Mundial (DELGADO, 2007, p. 13). Assim: “Não por coincidência, a construção da democracia ocidental fez-se em sintonia com a construção do próprio Direito do Trabalho, atingindo seu clímax com o período de incorporação constitucional dos direitos fundamentais do trabalho, no pós-guerra, na Europa Ocidental” (DELGADO, 2007, p. 13).

Constata-se uma evolução acerca do conceito e do papel do Estado, no sentido de um maior protagonismo, construindo-se, assim, o modelo de Estado de bem-estar social, o qual foi se delineando nas ordens jurídicas dos países ocidentais, através da constitucionalização de vários direitos sociais e, também, de uma atuação estatal mais intervencionista na economia.

No Estado Democrático de Direito, a relevância da lei não se encontra apenas no seu conceito formal de ato jurídico abstrato e geral, mas também na sua função de regulamentação fundamental. É por meio dela que o poder estatal propicia ao viver social modos pré-determinados de conduta, de maneira que os membros da sociedade saibam, de antemão, como guiar-se na realização dos seus interesses. O Estado Democrático de Direito tem que realizar, mediante a lei, intervenções que impliquem diretamente uma alteração na situação da comunidade (SILVA, 1988, p. 23).

A lei não deve ficar numa esfera puramente normativa, pois precisa influir na realidade social, elevando-se, assim, de importância, na medida em que, sendo a expressão do direito positivo, caracteriza-se como desdobramento necessário do conteúdo da Constituição e aí exerce função transformadora da sociedade (SILVA, 1988, p. 23).

Situando o Direito no contexto do pós-modernismo, Bittar afirma:

Diferentemente de como se concebia o Direito como centro de especulações na ideologia burguesa e iluminista dos séculos XVIII e XIX, passa-se a concebê-lo, em meio a tantas transformações sócio-culturais, como um processo em transformação, permeável às novas demandas e adaptado aos novos atores sociais (BITTAR, 2008, p. 136).

Assim, a lei é o instrumento de que se utiliza o Estado Democrático de Direito para balizar a conduta dos indivíduos na persecução dos seus interesses, num meio social em constante mutação que vem exigindo adaptações tanto do Estado quanto dos particulares. Nesse sentido, a função da lei não é meramente impor limites à liberdade e estabelecer sanções, mas induzir comportamentos que resultem na efetivação dos valores democráticos fartamente explicitados na Constituição Federal de 1988.

Dentro desse contexto e agora na atualidade, a discussão sobre sustentabilidade tem ganhado contornos mais abrangentes, deixando de se limitar ao aspecto ambiental, passando a envolver outras áreas do conhecimento na medida que as políticas de Estado e as condutas dos atores sociais, especialmente os agentes econômicos, impactam simultaneamente o meio ambiente, os mercados econômico e de trabalho, o meio social e, por fim, o próprio Direito, que é o instrumento regulador da conduta em sociedade.

A sustentabilidade pode ser compreendida como um princípio constitucional interdisciplinar, não somente ambiental, mas também social, empresarial, administrativo e econômico, de maneira a dar efetividade às ideias de solidariedade e de dignidade como balizas do Estado Democrático de Direito. (COELHO; ARAÚJO, 2011, p. 263).

As normas têm a função precípua de estabelecer as condutas consideradas adequadas para a harmonia das relações sociais. Neste contexto insere-se a sustentabilidade, como o princípio constitucional basilar de todo o ordenamento jurídico, por ser necessária para a continuidade e progresso da sociedade em termos humanitários. Destarte, a sustentabilidade é uma ideia que está inserida em toda a legislação, como noção principiológica que orienta as normas jurídicas (COELHO; ARAÚJO, 2011, p. 281).

Na perspectiva da sustentabilidade, evidencia-se a relevância do papel do Estado e do Direito, como garantia da realização dos valores constitucionais da solidariedade e da dignidade humana, que só ganharão

concretude mediante a implantação de políticas de Estado e a produção de legislação infraconstitucional alinhadas com esses valores. É necessário um Estado atuante e um Direito vivo, o que de maneira nenhuma significa agigantamento do Estado e burocratização. Significa que o Estado deve se apropriar do seu papel de defensor e promotor dos valores constitucionais.

O Estado Democrático de Direito, concebido pela Constituição Federal de 1988, aderiu ao sistema capitalista, entretanto, não admite a predominância do capital sobre o trabalho, pois ambos são considerados valores sociais. Os valores supremos do liberalismo econômico – direito de propriedade e liberdades contratual e de iniciativa – foram reconhecidos e ao mesmo tempo relativizados à medida que se aponta a dignidade da pessoa humana conforme os ditames da justiça social como finalidade da ordem econômica. Tal finalidade só se alcança pela efetiva disponibilização por parte do Estado de oportunidades a todos os cidadãos, para que possam desenvolver as suas aptidões, capacitando-os para que possam participar do mercado como ofertantes de mão-de-obra, capitalistas ou consumidores (MALARD, 2016, p. 229).

A atuação do Estado como agente normativo e regulador da atividade econômica, missão que lhe foi conferida pelo artigo 174 da Constituição Federal, está atrelada à realização dos valores fundantes da ordem econômica, em estreita correlação com os valores democráticos e a sustentabilidade. O enfraquecimento continuado desse relevante papel do Estado acabará por colocar em risco aqueles valores, os quais não vão se realizar espontaneamente, como decorrência natural da livre atuação no jogo do mercado econômico.

No espaço do mercado, cada agente busca a realização máxima dos próprios interesses. Essa busca só se tornará legítima se for exercida dentro de uma baliza regulatória orientada pelos valores constitucionais, a qual deve ser concretizada pelo Estado, com uma efetiva participação da sociedade em sua discussão e construção.

Segundo Aragão (2009, p. 1972), a livre iniciativa é um dos corolários do princípio geral da liberdade, sendo um autêntico direito fundamental. Muito embora de conteúdo econômico, foi transferido pela Constituição para o domínio dos direitos fundamentais, que deixou de encará-lo como mero princípio objetivo de organização econômica. O direito de livre iniciativa, além de possuir existência autônoma, também é expressão dos

direitos de propriedade, de livre escolha da profissão ou ofício, do direito ao trabalho, da liberdade de circulação de bens e pessoas, da liberdade contratual e da dignidade da pessoa humana.

Ainda, com relação à liberdade de iniciativa ser considerada um direito fundamental, justifica-se para mencioná-la como direito constitucionalmente assegurado. O texto constitucional não a consagra como direito fundamental. Ela é uma liberdade mundana positivada pela ordem jurídica. Além disso, não há limitação ao direito de liberdade econômica, mas tão somente à liberdade econômica, isso porque tal direito só tem existência no contexto da ordem jurídica, tal como essa o definiu (GRAU, 2010, p. 206).

O artigo 170 da Constituição Federal proclama a livre iniciativa e a valorização do trabalho humano como fundamentos da ordem econômica, reconhecendo naquelas a base dessa última. Nesse caso, considerar a livre iniciativa como base é reconhecer na liberdade um dos fatores estruturais da ordem econômica, é afirmar a autonomia empreendedora do homem na conformação da atividade econômica, estando, assim, a ordem econômica centrada na atividade das pessoas e dos grupos e não na atividade do Estado (FERRAZ JÚNIOR apud GRAU, 2010, p. 208).

Isto não significa, porém, uma ordem do *laissez faire*, uma vez que a livre iniciativa está conectada à valorização do trabalho humano e à liberdade. Na iniciativa, em termos de liberdade negativa, da ausência de impedimentos e da expansão da própria criatividade. Na valorização do trabalho humano, em termos de liberdade positiva, de participação sem alienações na construção da riqueza econômica (FERRAZ JÚNIOR apud GRAU, 2010, p. 208-209).

Não há, pois, um sentido absoluto e ilimitado na livre iniciativa, que por isso não exclui a atividade normativa e reguladora do Estado. É ilimitada no sentido de principiar a atividade econômica, de espontaneidade na produção de algo novo. Esta espontaneidade é o fator estrutural que não pode ser negado pelo Estado. Se o Estado a bloqueia e impede, não está intervindo, no sentido de normatizar e regular, mas está dirigindo e, com isso, substituindo-se a ela na estrutura fundamental do mercado (FERRAZ JÚNIOR apud GRAU, 2010, p. 208-209).

Assim, a limitação do papel do Estado, no que se refere à livre iniciativa, tem seus contornos constitucionais bem definidos: a atividade econômica está centrada na atividade dos particulares e não do Estado,

cabendo a este exercer diretamente a atividade econômica apenas nos casos especificamente previstos no artigo 173 da Constituição Federal; ao exercer o seu papel normativo e regulador, o Estado não pode direcionar a atividade econômica, garantindo-se plena liberdade e espontaneidade aos agentes econômicos para iniciar suas atividades e para empreender algo novo, dentro dos contornos definidos pela ordem jurídica.

Considerando o sentido constitucional da livre iniciativa e o papel reservado ao Estado, desponta o princípio norteador estabelecido no inciso III do artigo 2º da Lei nº 13.874 de 20 de setembro de 2019, que instituiu a Declaração de Direitos da Liberdade Econômica, dentre outras alterações legislativas, mais conhecida como Lei da Liberdade Econômica. O referido inciso estabelece “a intervenção subsidiária e excepcional do Estado sobre o exercício de atividades econômicas”.

O sentido que dele transparece é aquele oriundo do ultrapassado *laissez faire*, como se a livre iniciativa pudesse, nos dias de hoje, receber tratamento jurídico isolado, ignorando-se a sua inserção no conjunto dos demais valores e princípios que fundam a ordem econômica constitucional, dos quais se infere um relevante papel do Estado e não uma atuação subsidiária e excepcional.

Atualmente no Brasil, o debate acerca da superação da crise econômica comumente vem atrelado a um questionamento sobre o intervencionismo do Estado e sobre o seu papel regulador das atividades empresariais, em seus múltiplos aspectos: econômicos, sociais, ambientais, trabalhistas, etc. Parte-se de uma premissa equivocada de que uma menor intervenção do Estado na economia e uma menor regulação das atividades empresariais produzirão, automaticamente, crescimento econômico e geração empregos. Entretanto, o crescimento econômico nem sempre representará desenvolvimento, conforme concebido pela Constituição Federal de 1988.

Um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil é garantir o desenvolvimento nacional, conforme o disposto no inciso II do artigo 3º da Constituição Federal de 1988. O processo de desenvolvimento compreende mudanças dinâmicas que devem levar a um salto na estrutura social, elevando o nível econômico e o nível cultural-intelectual da comunidade. Não pode, assim, ser confundido com a ideia de crescimento. Embora o dado econômico seja extremamente relevante, o conceito de

desenvolvimento não é apenas econômico. A ele é inerente a ideia de mudança, não apenas mudança econômica, mas amplamente e sobretudo mudança social (GRAU, 2010, p. 217-218).

É na livre iniciativa que a Constituição Federal apoia o projeto de desenvolvimento econômico, no entanto, ela não é o único valor ponderável na ordem econômica constitucional. O desenvolvimento econômico deve ocorrer de maneira vinculada ao desenvolvimento social. Ambos constituem aspectos de um único desígnio que se encontra ligado aos deveres éticos decorrentes do princípio da dignidade da pessoa humana, o qual jamais poderá ser sacrificado por qualquer iniciativa, seja em nome do econômico, seja em nome do social (THEODORO JÚNIOR, 2014, p. 37).

Portanto, o sentido constitucional de desenvolvimento não se restringe ao aspecto econômico e coaduna-se perfeitamente ao modelo de desenvolvimento sustentável, compreendido este dentro de um conceito sistêmico de sustentabilidade, que vai além da questão ambiental, envolvendo múltiplos aspectos correlacionados, tais como o social, o econômico, o cultural, o político e o ambiental (COELHO; ARAÚJO, 2011, p. 265).

Quanto à sustentabilidade social, esta não implica a eliminação da livre-iniciativa, mas sim a sua conversão em atividade não-egoísta, no sentido dado pelo conceito constitucional de função social da propriedade e da empresa. Também implica que cada membro da sociedade possua o direito e a autonomia de construir seu próprio projeto de vida, adequado à promoção da sua própria dignidade e que não frustre os projetos dos demais membros da sociedade. Disso decorre que deve haver não uma autonomia privada excludente, mas uma autonomia privado-pública, na qual o cidadão participa ativamente da construção das regras que vão balizar a gestão da coisa pública e dos projetos privados (COELHO; ARAÚJO, 2011, p. 273-274).

Para que a livre iniciativa efetivamente concorra para o desenvolvimento nacional, constata-se que é imperiosa a atuação do Estado conformando a atividade econômica através de um regramento jurídico adequado, que induza o crescimento econômico e ao mesmo tempo corrija as distorções geradas pelas livres forças de mercado, de forma a promover, também, o desenvolvimento social e preservar o meio ambiente. Assim, uma lei de liberdade econômica que preconiza a intervenção subsidiária e excepcional do Estado não está em harmonia com os parâmetros de desenvolvimento desenhados na Constituição Federal.

Compreendida a livre iniciativa no contexto constitucional e suas interrelações com os direitos fundamentais, passa-se a investigar os seus desdobramentos, especialmente a liberdade de contratar, vista sob a perspectiva da função social e das limitações à autonomia da vontade.

3. A prevalência da autonomia da vontade das partes em desacordo com a função social dos contratos

A Lei da Liberdade Econômica veio estabelecer normas de proteção à livre iniciativa e ao livre exercício da atividade econômica, traçando, ainda, diretrizes para a atuação do Estado como agente normativo e regulador da economia. Propôs-se, assim, a dar concretude ao princípio constitucional da livre iniciativa.

Segundo Tavares (2011, p. 237), a liberdade de iniciativa é constituída pela liberdade de trabalho (incluído o exercício das diversas profissões) e de empreender (incluído o risco do empreendimento), conjugada com a liberdade de associação, tendo como pressupostos o direito de propriedade, a liberdade de contratar e de comerciar.

A livre iniciativa é conceito extremamente amplo. Considerando a forma como foi tratada na Constituição Federal de 1988, Eros Grau afirma que ela não se resume à liberdade de iniciativa econômica ou à liberdade de desenvolvimento da empresa, não significando, tão somente uma afirmação do capitalismo. A livre iniciativa é expressão de liberdade titulada não apenas pela empresa, mas também pelo trabalho, sendo um modo de expressão deste. Daí porque se encontram lado a lado livre iniciativa e trabalho humano no artigo 1º, inciso III e no artigo 170, caput, ambos da Constituição Federal (2010, p. 203-204 e 207-208).

Verifica-se, assim, que a liberdade de iniciativa não se restringe ao ato de empreender, mas também abrange de forma ampla a liberdade de trabalho, podendo ser exercida por diversos meios. No entanto, percorrendo-se os artigos 2º, 3º e 4º, que tratam dos princípios, direitos e garantias da liberdade econômica, nota-se que o objetivo foi apenas tutelar o empresário, nada sendo estabelecido acerca dos demais aspectos da referida liberdade, como por exemplo, tutelar também os demais atores sociais.

A livre iniciativa é uma liberdade ativa, pois depende do indivíduo, da sua força de vontade e dedicação, assumindo riscos e responsabilidades.

Contudo, é preciso que haja condições para se efetivar a liberdade na economia, justificando-se, assim, a intervenção jurídica na ordem econômica. Isto não significa estabelecer limites à liberdade dos agentes econômicos, mas intervir para negar, através de normas, aquilo que nega a liberdade. (FERREIRA NETTO; BASSOLI, 2009, p. 162).

A liberdade de iniciativa envolve a liberdade de indústria e comércio ou liberdade de empresa e a liberdade de contrato. Como princípio básico do liberalismo econômico, num primeiro momento, significava garantia do caráter absoluto da propriedade, garantia da autonomia jurídica dos sujeitos para regular suas relações do modo que julgassem mais conveniente e garantia a cada um para desenvolver livremente a atividade escolhida (SILVA, 2005, p. 793-794).

Desde a sua primeira positivação, a liberdade de iniciativa jamais chegou a ser admitida em termos absolutos. Os condicionamentos a ela surgem na medida em que se constata a necessidade de garantir a realização da justiça social e do bem-estar coletivo. Portanto, a livre iniciativa garante a possibilidade de autodirecionamento econômico dos particulares, mas impõe também a necessidade de submissão às limitações impostas pelo poder público. Na falta de lei condicionadora, a liberdade será ampla, devendo ater-se, apenas aos princípios constitucionais. A regra é a liberdade, só podendo haver restrições decorrentes da Constituição ou de leis editadas com fundamento nela (TAVARES, 2011, p. 239).

Como fundamento da ordem econômica, a livre iniciativa está jungida à sua finalidade: propiciar dignidade a todos, segundo os ditames da justiça social. Assim, não pode ser considerada uma liberdade pública como as demais, pois a sua preocupação básica não é o indivíduo e sim a coletividade. É liberdade atribuída ao indivíduo para o exercício de uma relevante função social (ARAÚJO; NUNES JÚNIOR, 2005, p. 451).

Atualmente, a liberdade de iniciativa econômica privada, no contexto de uma Constituição preocupada com a realização da justiça social, significa liberdade de desenvolvimento da empresa no quadro estabelecido pelo poder público, submetendo-se às limitações postas pelo mesmo. Será legítima enquanto exercida no interesse da justiça social e ilegítima quando exercida com o objetivo de puro lucro e realização pessoal do empresário. A liberdade de iniciativa econômica sofre compressões do poder público, dentre as quais a regulação da liberdade de contratar, especialmente no que se refere às relações de trabalho (SILVA, 2005, p. 794).

O Estado poderá intervir sobre o domínio econômico para possibilitar a convivência das múltiplas liberdades, traduzidas nos direitos fundamentais individuais, sociais e transindividuais. A Constituição Federal de 1988 autoriza a intervenção estatal no domínio econômico em várias passagens do seu texto. Dentre elas, a interferência legal na livre iniciativa prevista no parágrafo único do seu artigo 170 só se justifica se forem observadas as limitações constitucionais, de forma a não mitigar excessivamente o direito de acesso ao mercado e desde que seja para possibilitar a convivência com outros direitos fundamentais de igual envergadura, especialmente os direitos transindividuais (FERREIRA NETTO; BASSOLI, 2009, p. 168-169).

O inciso III do artigo 2º da Lei nº 13.874 de 20 de setembro de 2019, estabeleceu como princípio norteador a intervenção subsidiária e excepcional do Estado sobre o exercício das atividades econômicas, dando um sentido peculiar ao parágrafo único do artigo 170 da Constituição Federal, pretendendo um retorno ao liberalismo econômico clássico. No entanto, esse sentido revela-se em desacordo com os demais ditames constitucionais relativos à ordem econômica.

A intervenção do Estado na economia, sob uma perspectiva constitucional, não se traduz em mera faculdade, mas num dever. O artigo 174 da Constituição Federal impõe ao Estado o exercício das funções de fiscalização, incentivo e planejamento da atividade econômica. O exercício dessas funções, na forma definida em lei, é que garantirá a realização das finalidades e princípios da ordem econômica, estabelecidos no artigo 170, bem como propiciará a todos os agentes econômicos exercerem de fato a sua liberdade, através de regras jurídicas que condicionam o seu exercício.

Portanto, a intervenção do Estado, de acordo com o mandamento constitucional, não pode ser subsidiária e muito menos excepcional, deixando o exercício da atividade econômica ao sabor das livres forças do mercado. Ao contrário, o Estado deve assumir o papel de condutor da economia, rumo ao desenvolvimento econômico.

Por outro lado, a intervenção do Estado não deve ser traduzida simplesmente como excesso de normas e burocracia. Nesse sentido, salutar é a regra trazida pelo artigo 5º da Lei nº 13.874 de 20 de setembro de 2019, ao determinar a realização de análise de impacto regulatório, antes da edição e alteração de atos normativos, conforme critérios a serem definidos em regulamento. No entanto, a diretriz ali contida aponta apenas para a

razoabilidade do seu impacto econômico, desconsiderando outros impactos relevantes, tais como os ambientais e os sociais.

Especificamente no caso das Normas Regulamentadoras de Saúde e Segurança do Trabalho, o critério utilizado não pode ser apenas o econômico, devendo ser considerados, também, critérios que priorizem a proteção adequada à vida e à integridade do trabalhador, a qual não pode ser entendida como mero custo de produção.

A tônica liberal também está presente na nova redação atribuída pela Lei da Liberdade Econômica ao artigo 421 do Código Civil de 2002, no que se refere à liberdade de contratar e à função social dos contratos.

Na visão do Estado liberal, a autonomia da vontade reina ampla e livremente na seara contratual, e, salvo poucas limitações de lei de ordem pública, preside o destino e determina a força da convenção criada pelas partes, força esta que se manifesta apenas entre os contratantes. Três princípios clássicos decorrem da teoria liberal do contrato: o da liberdade contratual, o da obrigatoriedade do contrato (*pacta sunt servanda*) e o da relatividade dos efeitos contratuais (THEODORO JÚNIOR, 2014, p. 17).

Partindo de um modelo ideal de liberalismo econômico, nele imperava o voluntarismo contratual, caracterizado por um largo poder de autorregulação no negócio jurídico. A construção contratual revelava-se como uma prerrogativa das partes de criar seu próprio direito. Ampliando-se as funções do Estado, passa ele a condicionar e direcionar o exercício dessa prerrogativa, minimizando-a, passando-se, então, do voluntarismo ao dirigismo contratual (GRAU, 2010, p. 93).

O Estado social impôs-se progressivamente a partir do século XX, provocando o enfraquecimento das concepções liberais sobre a autonomia da vontade e afastando o neutralismo jurídico diante do mundo da economia. Superado o modelo liberal puro, o Estado não mais abdica de uma atuação reguladora da economia, variando os níveis internos e externos dessa atuação. Tal postura institucional refletiu sobre a teoria do contrato, acrescentando-se aos princípios clássicos outros princípios, que vieram a diminuir a rigidez dos antigos e enriquecer o direito contratual com apelos e fundamentos éticos e funcionais. Assim, aos princípios clássicos vieram somar-se outros três: o da boa-fé objetiva, o do equilíbrio econômico e o da função social do contrato (THEODORO JÚNIOR, 2014, p. 17).

A liberdade de contratar é instrumental, constituindo um dos meios para assegurar o exercício da atividade econômica. Como meio, está

conformada aos fins a que se destina, os quais não servem apenas para concretizar a liberdade de iniciativa econômica, mas, igualmente, os princípios estruturantes do artigo 1º, as diretrizes traçadas no artigo 3º e no artigo 170, bem como as liberdades, garantias e direitos previstos nos artigos 5º e 7º, todos da Constituição Federal. (COSTA, 2005, p. 45).

A ação estatal sobre os contratos é de importância capital, uma vez que estes são fundamentais na economia de mercado. A conformação das relações contratuais importa a conformação do exercício da própria atividade econômica. Assim, os contratos transformam-se em instrumentos dinâmicos voltados não apenas ao alcance dos fins almejados pelas partes mas, também, na medida em que conformados pelo Estado, dos fins últimos da ordem econômica. Passam a ser impactados por normas jurídicas não apenas de Direito Civil, mas também por outros preceitos que instrumentam a intervenção do Estado sobre o domínio econômico, na busca de soluções de desenvolvimento e justiça social (GRAU, 2010, p. 93-94).

Diante do reconhecimento da moderna função social atribuída ao contrato, a autonomia privada não desaparece, porém, limitado é o poder individual que agora dela deflui, pela agregação das ideias de justiça e solidariedade social. O exercício da autonomia privada deve orientar-se não só pelo interesse individual, mas também pela utilidade que possa ter na consecução dos interesses gerais da comunidade. A nova função social contrapõe-se ao princípio da relatividade, segundo o qual os efeitos da relação contratual estão restritos aos contratantes, numa concepção individualista (THEODORO JÚNIOR, 2014, p. 22-23).

Situando a função social dos contratos no âmbito da funcionalização dos institutos jurídicos, reconhece-se que as relações contratuais só serão merecedoras de tutela se atenderem aos fins e valores estabelecidos pela Constituição Federal. Impõe-se às partes contratantes o dever de perseguir não apenas os seus interesses particulares, mas também a realização e a promoção de valores constitucionais, atendendo-se a interesses extracontratuais relevantes do ponto de vista social (NEVES, 2018, p. 6-8).

Segundo Costa (2005, p. 41), o princípio da função social, acolhido nos artigos 421 e 1.228, § 1º, do Código Civil de 2002, constitui a expressão da socialidade no Direito Privado, projetando neste a diretriz constitucional da solidariedade social.

Após a sua introdução no Código Civil de 2002, a expressão função social, por ser de caráter aberto, permitiu que surgissem várias interpretações acerca do seu conteúdo, tanto no campo doutrinário quanto no jurisprudencial.

Segundo Timm (2009, p. 2-3), emergiram dois paradigmas conflitantes em torno da interpretação da função social dos contratos. O primeiro paradigma chamado solidarista ou paternalista está embasado numa visão coletivista sociológica da sociedade e dos contratos e o segundo, chamado pelo autor de modelo de direito e economia do direito contratual, baseado numa noção individualista do contrato e de sua função na sociedade.

Ainda segundo Timm (2009, p. 13-14), há um quase-consenso na doutrina nacional no sentido de que a função social é a expressão no âmbito contratual, dos ditames da justiça social próprios do Welfare State constitucional, referido tal fenômeno como a publicização, a socialização ou a constitucionalização do Direito Privado. Trata-se de uma limitação ao princípio da liberdade contratual, considerado individualista e em descompasso com o Estado de Bem-Estar Social.

No modelo paternalista, embasado na visão coletivista dos contratos, quando a solidariedade não resulta de uma prática espontânea na ordem social, o Estado a impõe, sendo esta a razão para a existência de direitos sociais no Estado Social. Esse modelo coloca, ainda, o contrato e o mercado em rota de colisão – o contrato como um ato de solidariedade e o mercado como a sobrevivência do mais apto, cabendo à função social corrigir o desequilíbrio de poder no espaço do contrato e distribuir o resultado econômico do relacionamento entre as partes, realizando a justiça social. Nesta linha, substitui-se a regulação do contrato feita pelas próprias partes (autonomia) pela regulação interventiva do Estado (heteronomia), feita através de normas cogentes e pela revisão judicial dos contratos (TIMM, 2009, p. 16-17).

Contudo, a função social, não deve ser interpretada como uma limitação à liberdade de contratar. Ela é, na verdade, uma fonte legitimadora do seu exercício. O que se coíbe com a função social é o abuso, é o exercício desfuncionalizado da liberdade de contratar. O princípio da função social não implica afastar os interesses particulares das partes, de modo que o contrato só atenda aos interesses sociais. O que ele impõe é que, ao atender seus interesses, as partes não deixem de observar os limites, finalidades e valores

constitucionais, impondo-se, assim, a elas um verdadeiro padrão de conduta ao contratar. (NEVES, 2018, p. 8-10).

No mesmo sentido:

Quando o Código Civil adota a linha da socialidade – e nela se insere a função social do contrato – não está colocando a sociedade em patamar superior ao indivíduo. Está cumprindo a programação constitucional que prevê, no relacionamento público ou privado, a implantação de um *modus vivendi* inspirado no valor da solidariedade social. O que esse programa combate não é a liberdade individual nem a autonomia da vontade. O que se visa é à regulação do exercício desses direitos fundamentais, de sorte que deixem de se inspirar no egoísmo individualista e se interpretem segundo o solidarismo. O contraste se estabelece não entre indivíduo e coletividade, mas entre individualismo e solidarismo. O indivíduo, na nova ordem da socialidade, não pode exercitar a liberdade contratual ignorando os interesses de terceiros e da coletividade. Nem os terceiros podem ignorar os direitos e interesses emergentes do contrato para seus figurantes. É assim que se há de compreender o valor ético-jurídico perseguido pelo instinto da função social do contrato, no contexto do Código Civil e da Constituição (THEODORO JUNIOR, 2014, p. 134).

O exercício não abusivo e egoísta da liberdade de contratar corresponderá, assim, ao atendimento da função social do contrato. Os parâmetros para harmonização dos interesses individuais e coletivos e para coibir condutas abusivas devem ser objeto de regulação jurídica e não ser entregues apenas à autonomia privada. A intervenção estatal deve se dar na medida adequada aos objetivos a serem alcançados, considerando as finalidades e valores constitucionais, preservando a liberdade como regra geral.

No entanto, na nova redação dada ao parágrafo único do artigo 421 do Código Civil, estabeleceu-se um princípio de intervenção mínima e de excepcionalidade da revisão contratual, ampliando em muito a liberdade das partes e reduzindo a eficácia do princípio da função social o qual, como visto, pressupõe uma necessária intervenção estatal, seja através de normas, seja através da revisão judicial, para que sejam corrigidas distorções e coibidos abusos.

Conforme a lição de Coelho:

A evolução do direito contratual é uma história de crescentes limitações à autonomia da vontade. Nos primórdios da trajetória, inspirado em valor caro à civilização ocidental, esse princípio encontra-se ligado à noção de que ninguém pode ser obrigado contra a própria vontade. A liberdade é o paradigma, balizada apenas pelo interesse público. À medida, porém, que se tornam mais complexas as relações sociais, a noção jurídica de autonomia da vontade não mais consegue servir de adequada referência à compreensão de todos os contratos (2014, p. 89).

Desconsiderando a complexidade das relações sociais na atualidade, o recém introduzido artigo 421-A presume que os contratos civis e empresariais são paritários e simétricos, salvo a presença de elementos concretos que justifiquem o afastamento dessa presunção, repetindo, ainda, que a revisão contratual somente ocorrerá de maneira excepcional e limitada.

Nota-se aqui a intenção de se afastar do modelo paternalista de interpretação da função social, citado acima, que reconhecia um desequilíbrio de poder entre as partes no espaço do contrato e, assim, justificava a intervenção estatal. Inverteu-se o paradigma, agora calcado numa concepção individualista e de racionalidade econômica.

Num paradigma conflitante ao solidarismo, o ponto de vista da análise econômica do Direito apresenta o contrato não como um elo solidário entre pessoas, mas sim como uma transação de mercado na qual cada parte se comporta de maneira individualista, de acordo com os seus interesses. Assim, uma parte só irá cooperar com a outra na medida em que puder obter algum benefício proporcionado pelo jogo, a menos que o direito contratual ou a moral ditem as regras e estabeleçam o contrário (TIMM, 2009, p. 21).

Dessa forma, a principal função social do direito contratual é possibilitar a ocorrência dos contratos, o fluxo de trocas no mercado, a alocação de riscos pelos agentes econômicos e seu comprometimento em ações futuras até que seja alcançada a situação mais eficiente, isto é, quando ambas as partes recebem os benefícios econômicos da barganha e distribuem o saldo positivo resultante da transação (TIMM, 2009, p. 27).

É de se notar que foi suprimida do caput do artigo 421 do Código Civil a expressão em razão da função social. Essa expressão dava um sentido especial ao direito subjetivo da liberdade de contratar, atribuindo uma função à autonomia privada:

A expressão “em razão da” função social indica, concomitantemente: a) que a função social do contrato integra, constitutivamente, o modo de exercício do direito subjetivo (liberdade contratual); b) que é o seu fundamento, assim reconhecendo-se que toda e qualquer relação contratual possui, em graus diversos, duas distintas dimensões: uma, intersubjetiva, relacionando as partes entre si; outra, transubjetiva, fazendo reverberar as obrigações e os direitos assumidos pelos contratantes na esfera de terceiros, determinados ou indeterminados. Assim, a função social não opera apenas como um limite externo, é também um elemento integrativo do campo de função da autonomia privada no domínio da liberdade contratual (COSTA, 2005, p. 50, grifos da autora).

Para a mesma autora, o verdadeiro salto qualitativo do artigo 421 é o entendimento de que a liberdade de cada um se exerce de forma ordenada ao bem comum, expresso na função social do contrato. Daí a importância de permanecer no texto legal a expressão “em razão da” (Op. cit., p. 57-58).

Segundo Lupi (2019, p. 339), os efeitos da função social sobre os contratos comerciais são mitigados, aplicando-se raramente. Ainda, segundo o referido autor, a redação do Código Civil de 2002 trouxe uma ostensiva redução da autonomia da vontade, uma vez que esta foi subordinada à função social do contrato. A expressão “em razão da” faz com que a liberdade de contratar esteja subordinada e não apenas limitada pelos aspectos extrínsecos à vontade das partes. Para o referido autor, a melhor mudança para os contratos comerciais seria eliminar a função social como razão de ser do exercício da liberdade contratual e substituí-la, como limite, pela lei.

O contrato empresarial geralmente tem sido poupado das limitações à autonomia da vontade, sendo este o princípio jurídico mais adequado à disciplina das relações entre os contratantes empresários. Na seara dos contratos empresariais, o princípio da autonomia da vontade articula-se com

os da livre iniciativa e da livre concorrência. O contrato empresarial, como os demais, deve cumprir a sua função social (artigo 421 do Código Civil) e deixa de cumpri-la quando, embora atendendo aos interesses das partes, prejudica ou pode prejudicar gravemente interesse coletivo, difuso ou individual homogêneo. A cláusula geral da função social dos contratos configura mais uma limitação da autonomia da vontade (COELHO, 2014, p. 89-90).

A Lei da Liberdade Econômica suprimiu a expressão “em razão da função social” do artigo 421 do Código Civil. O referido artigo, no entanto, não se aplica apenas aos contratos mercantis, valendo para todo e qualquer contrato privado. Essa limitação da função social não encontra o mesmo respaldo doutrinário no âmbito do Direito Civil, tal como o encontra no âmbito do Direito Comercial (LUPI, 2019, p. 340).

Não distinguindo entre contratos civis e empresariais e presumindo uma fictícia igualdade entre as partes, o artigo 421-A ora apresentado, desconsidera a realidade fática da dependência econômica que pode existir entre os contratantes, especialmente no âmbito dos contratos celebrados com trabalhadores autônomos, microempreendedores individuais, sociedades unipessoais e outras situações concretas em que a parte economicamente mais forte impõe a sua vontade, ditando as regras contratuais.

As novas formas de relação de trabalho vêm se afastando do paradigma da relação de emprego e recebendo tratamento jurídico fora do campo do Direito do Trabalho, aproximando-se ora de um contrato civil, ora de um contrato empresarial. É o que se procurará tratar no capítulo seguinte.

4. A formação de novas relações de trabalho a partir de diferentes paradigmas

A primazia da realidade é um dos princípios mais característicos do Direito do Trabalho e implica interpretar o contrato de trabalho não somente através de uma perspectiva formalista, mas ressaltando o aspecto fático da sua execução. Havendo divergência entre o que foi formalizado entre as partes e a realidade da prestação laboral, esta última deverá prevalecer. Segundo Rodriguez:

O significado que atribuímos a este princípio é o da primazia dos fatos sobre as formas, as formalidades ou aparências. Isso significa que em

matéria de trabalho importa o que ocorre na prática, mais do que aquilo que as partes hajam pactuado de forma mais ou menos solene, ou expressa, ou aquilo que conste em documentos, formulários e instrumentos de controle (RODRIGUEZ, 2000, p. 351-352).

Ainda segundo o entendimento do mesmo autor, o efeito principal do contrato de trabalho é a prestação da atividade humana, fato esse que participa da sua dignidade e, portanto, deve primar sobre o texto de um contrato. “Com efeito, não se trata de tirar conclusões ou de deduzir consequências em um plano documental ou formal, senão de regular efetivamente fatos que se produzem na realidade” (Op. cit., p. 360).

Dentro dessa concepção, o princípio da primazia da realidade pode, também, servir como paradigma para a análise das novas relações de trabalho. Muito embora algumas delas não se amoldem integralmente ao modelo clássico da relação de emprego, o seu objeto também é a prestação do trabalho humano, atraindo, assim a incidência do princípio.

Sob o prisma do princípio da liberdade econômica, na forma errônea como foi tratado pela nova lei, as chamadas novas relações de trabalho podem traduzir-se em novos contratos que estão promovendo a precarização dos direitos sociais, como é o caso do contrato de trabalho intermitente e dos variados processos de terceirização permitidos pela Lei nº 13.429 de 31 de março de 2017. Observa-se que nesses casos, ainda que com direitos mitigados, permanece o vínculo de emprego. Em outra vertente, o processo de terceirização pode se prender à obrigatoriedade do prestador de serviços, mesmo que o faça pessoalmente, ser ficticiamente convertido em pessoa jurídica, conhecido como pejetização.

Também se encontram em expansão novas relações de trabalho, a priori definidas como trabalho autônomo e, assim, não abrangidas pelo manto jurídico da relação de emprego, citando-se como exemplos mais emblemáticos o trabalho autônomo exclusivo trazido pela Reforma Trabalhista de 2017 (Lei nº 13.467 de 13 de julho de 2017) e o trabalho intermediado por aplicativos. Além disso, pode-se falar no imenso contingente de trabalhadores por conta própria, parte deles formalizados como pessoas jurídicas e outra grande parte laborando na informalidade.¹

¹ A Reforma Trabalhista não contribuiu para diminuir a informalidade. O Brasil tinha 17,8 milhões de trabalhadores sem carteira assinada em 2017 e 18,9 milhões em setembro de 2019. Outros 22,8 milhões

No Brasil, há tempos se propaga que a flexibilização dos direitos trabalhistas ou mesmo a sua redução são capazes de gerar novos empregos. A lei da Reforma Trabalhista foi editada sob esta promessa e, passados dois anos, constatou-se que os efeitos desejados ficaram muito aquém do esperado.²

É comum nas avaliações dos maus resultados da economia global, criticar aquilo que não foi feito, ao invés de se examinarem os efeitos insatisfatórios das políticas implementadas. No campo dos direitos sociais, os modelos de políticas econômicas quase sempre sugerem a flexibilização como fator determinante de competitividade. Não se apresenta, contudo, qualquer resultado concreto que tenha decorrido dessas políticas, ao contrário, propõem-se novas restrições sempre em detrimento do fator trabalho, mas nunca do capital. Trata-se mais de uma avaliação ideológica do que de um controle científico dos resultados das políticas implementadas (MALARD, 2016, p. 236).

Os resultados pífios obtidos pela Reforma Trabalhista de 2017 ilustram bem o raciocínio proposto acima. E mais uma vez, decantando a necessidade de nova reforma, recentemente o governo federal instalou o Grupo de Altos Estudos do Trabalho, cujo objetivo é fazer um diagnóstico da situação atual do mercado de trabalho para servir de base a uma futura proposta para modernização das relações de trabalho. Desponta no horizonte uma nova reforma trabalhista decorridos apenas dois anos da mais profunda reforma realizada na CLT.³

Entretanto, a reforma trabalhista, além das constantes alterações introduzidas na CLT e legislação esparsa, ocorre, também, em um plano que perpassa o Direito do Trabalho. Trata-se de um processo continuado de esvaziamento do vínculo de emprego, onde se vislumbra o afastamento das relações de trabalho do campo da incidência do direito laboral, levando-as para o campo do direito civil/empresarial, caracterizando-as como trabalho

trabalhavam por conta própria em 2017 e hoje são 24,4 milhões. Nem mesmo a regulamentação do trabalho intermitente contribuiu significativamente para diminuir a informalidade. Conforme dados do IBGE, divulgados em matéria publicada em: <<https://economia.uol.com.br/reportagens-especiais/reforma-trabalhista-completa-dois-anos-/index.htm#sem-carteira-assinada-e-trabalhando-por-conta-propria>>. Acesso em: 12 nov. 2019.

² A taxa geral de desemprego que era de 12,2% em outubro de 2017, em setembro de 2019 encontra-se em 11,8%. O total de empregos criados com carteira assinada desde a Reforma Trabalhista foi de 961.297. Por outro lado, a taxa de subutilização cresceu de 23,7% para 24%. Conforme dados do IBGE, divulgados em matéria publicada em: <<https://economia.uol.com.br/reportagens-especiais/reforma-trabalhista-completa-dois-anos-/index.htm#promessa-de-2-milhoes-de-vagas>>. Acesso em: 12 nov. 2019.

³ Conforme notícia veiculada em <<http://www.trabalho.gov.br/noticias/7230-governo-federal-instala-grupo-para-analisar-mercado-de-trabalho-no-brasil>>. Acesso em: 12 nov. 2019.

autônomo ou como trabalho prestado através de pessoa jurídica, sendo este último incrementado com o estímulo à inscrição do trabalhador como microempreendedor individual (MEI).⁴

Considerando a persistência do cenário de desemprego e informalidade, constata-se que a flexibilização da legislação trabalhista não surtiu os efeitos desejados. Busca-se, então, alijar os trabalhadores do campo da incidência das normas imperativas do Direito do Trabalho, desconsiderando-se por completo o princípio da primazia da realidade.

Um dos fundamentos que motivam o princípio da primazia da realidade é a desigualdade econômica e cultural que normalmente separa as partes no contrato de trabalho. Essa desigualdade foi um dos pressupostos que deram origem ao Direito do Trabalho, que busca compensar com desigualdade jurídica a desigualdade econômica inicial. Apesar disso, na prática, há a possibilidade de abusos. O trabalhador não costuma ter independência para discutir de igual para igual com seu empregador, de maneira a fazer com que os documentos que espelham o contrato se ajustem plenamente à realidade. (RODRIGUEZ, 2000, p. 361-362).

O Direito do Trabalho possui caráter imperativo, paradoxalmente, para garantir a livre manifestação da vontade. Não garante a liberdade formal sob um prisma individualista, mas uma liberdade real, que consiste na igualdade econômica entre os fatores capital e trabalho, concluindo-se, assim, que o Direito do Trabalho não é um limitador à liberdade de contratar, mas à liberdade de explorar o fator trabalho. No seu campo existe uma distinção de suma importância: as normas imperativas não excluem a vontade privada, mas a cercam de garantias para assegurar sua livre formação e manifestação, valorizando-a como expressão da própria personalidade humana (RODRIGUEZ, 2000, p. 151).

As chamadas novas formas de relação de trabalho, na verdade, constituem-se em novas formas de explorar o fator trabalho. Na realidade fática do mercado de trabalho, não se pode negar que ainda persiste a desigualdade econômica e cultural entre os que exploram a força de trabalho

⁴ Conforme dados do portal do empreendedor, o Programa MEI contava em 10 de novembro de 2019 com 9.244.868 de empresas cadastradas. O processo de inscrição é simples e gratuito, sendo permitido ao microempreendedor exercer um leque amplo de atividades, muitas delas atividades típicas de um empregado, como por exemplo, pedreiro, costureiro, cozinheiro, motorista, inclusive o motorista de aplicativo, etc. Até mesmo a diarista pode se constituir como MEI. Informações disponíveis em < www.portaldoempreendedor.gov.br>. Acesso em 13 nov. 2019.

e a imensa maioria daqueles que a ofertam, sejam eles denominados empregados, autônomos, empreendedores, trabalhadores por aplicativos, sem desconsiderar as reais exceções.

Ademais, num cenário de desemprego acentuado, como esperar que o trabalhador pouco qualificado, que tem como único fator de sobrevivência o seu trabalho, exerça sua liberdade real, escolhendo entre ser empregado, autônomo ou empresário?

Excluídas as modalidades autônomas de labor altamente especializado, por si só valorizado no sistema econômico, a oferta de trabalho no capitalismo tende a não gerar para o prestador de serviços vantagens econômicas e proteções jurídicas significativas, exceto se forem induzidas ou impostas pela norma jurídica interventora na forma de contratação. “O complexo mais sofisticado dessas normas jurídicas encontra-se, classicamente, no Direito do Trabalho, essencialmente regulatório da relação de emprego” (DELGADO, 2007, p. 18).

Ao se empurrar um grande contingente de trabalhadores desempregados para a seara dos contratos de prestação de serviços autônomos e das pessoas jurídicas, ignora-se a realidade de que os mesmos necessitam da proteção jurídica de um ramo especializado qual o Direito do Trabalho, com princípios próprios e concebido para corrigir a disparidades produzidas pelo mercado capitalista, o que não se fará adequadamente pelas regras do direito civil/empresarial.

Uma importante função do Direito do Trabalho é o seu caráter civilizatório e democrático, tornando-se, na história do capitalismo ocidental, um dos principais mecanismos de controle e atenuação das distorções socioeconômicas do mercado e do sistema capitalista. Realiza, assim, os objetivos de justiça social e democratização do poder, relacionados ao interesse de grandes segmentos populacionais da sociedade capitalista contemporânea. Sabendo-se que o mercado econômico, por si só, é incapaz de realizar tais objetivos, tendendo, ao contrário, a exacerbar dinâmicas e efeitos opostos a eles, pode-se aquilatar a essencialidade do ramo jurídico-trabalhista no processo de construção de sociedades mais igualitárias, justas e democráticas (DELGADO, 2017, p. 119).

A Lei da Liberdade Econômica estabelece em seu artigo 1º, § 1º que as suas disposições devem ser observadas na aplicação e na interpretação do Direito do Trabalho. No entanto, há dispositivos na referida lei que não se harmonizam com os princípios norteadores desse ramo jurídico.

Um deles é o princípio da intervenção subsidiária e excepcional do Estado nas atividades econômicas. Tal princípio é inconciliável com a necessidade de uma ação interventiva do Estado, seja modernizando a legislação para garantir proteções jurídicas adequadas às novas relações de trabalho, seja promovendo políticas econômicas que favoreçam o desenvolvimento e promovam a redução das desigualdades sociais.

Conforme já explicitado no Capítulo 2 deste estudo, a nova redação dada pela Lei da Liberdade Econômica aos artigos 421 e 421-A do Código Civil ampliou a liberdade contratual das partes e reduziu a eficácia do princípio da função social. Criou uma presunção de paridade e simetria entre os contratos civis e empresariais, prevendo, ainda, a revisão contratual de maneira excepcional e limitada.

A aplicação desses princípios aos contratos firmados com trabalhadores autônomos, inclusive aqueles formalizados como pessoas jurídicas, especialmente os microempreendedores individuais e os trabalhadores por aplicativo, dificulta a caracterização e a identificação das fraudes à relação de emprego, tão comumente mascaradas sob outras roupagens contratuais. Esses novos dispositivos do Código Civil dão uma aparência de legalidade a esses contratos civis e empresariais, dificultando cada vez mais a extensão dos direitos sociais a um grande contingente de trabalhadores, uma vez que, sob a justificativa da autonomia contratual, agora revigorada, e da mínima intervenção do Estado, os trabalhadores podem livremente optar entre ser empregados, sob o abrigo dos direitos previstos na CLT, ou ser autônomos e empreendedores, desprovidos de direitos.

Grande parte dos trabalhadores permanece desprovida de proteção jurídica quando se obriga ao trabalho informal, malgrado a previsão de normas internacionais de proteção aos direitos humanos, princípios e regras constitucionais e normas legais e coletivas. Por sua vez o Sindicato, reconhecido como entidade indispensável à garantia do Estado Democrático de Direito, sofre, atualmente, um enfraquecimento na sua atuação (VILLATORE; GOMES, 2014, p. 230-231). Assim:

É chegado o momento de conferir-se ao Direito do Trabalho, no Brasil, seu papel fundamental, histórico, seu papel promocional da cidadania. Afinal, esse ramo jurídico é um dos principais instrumentos de exercício das

denominadas ações afirmativas de combate à exclusão social, com a virtude de também incentivar o próprio crescimento da economia do País. A generalização do Direito do Trabalho é o veículo para a afirmação do caminho do desenvolvimento econômico com justiça social. A principal das ações afirmativas de combate à exclusão social no Brasil, desse modo, é a própria efetividade do Direito do Trabalho [...] (DELGADO, 2017, p. 135, grifos do autor).

Portanto, para se alcançar a efetivação dos direitos fundamentais constitucionais, especialmente os sociais, é necessário estender as proteções conferidas pelo Direito do Trabalho a um maior contingente de trabalhadores, levando-se em consideração, naturalmente, as peculiaridades das novas relações de trabalho que, se por um lado, requerem inovações e adaptações legislativas, por outro, não podem simplesmente ser categorizadas como relações de direito civil/empresarial. Na medida em que se constrói o entendimento jurídico de que mais e mais relações de trabalho podem ser destacadas da proteção do Direito do Trabalho, caminha-se em sentido contrário à realização dos ideais de desenvolvimento sustentável e de justiça social.

5. Conclusão

Na perspectiva da sustentabilidade, compreendida como um princípio constitucional interdisciplinar e orientador de todo o ordenamento jurídico, evidencia-se a relevância do papel do Estado e do Direito, como garantia da realização dos valores da solidariedade e da dignidade humana.

A Constituição Federal de 1988 conectou os valores do liberalismo econômico à valorização do trabalho humano e à realização da justiça social, excluindo, portanto, um sentido absoluto e ilimitado para a livre iniciativa e atribuindo ao Estado uma atividade normativa e reguladora e não uma postura absenteísta.

A Lei da Liberdade Econômica, ao estabelecer como princípio a intervenção subsidiária e excepcional do Estado, isolou a livre iniciativa dos demais valores e finalidades que sustentam a ordem econômica constitucional e, ainda, pretendeu mitigar o papel do Estado no exercício das suas funções constitucionais, privilegiando as livres forças de mercado.

O desenvolvimento nacional, conforme concebido pela Constituição Federal de 1988, coaduna-se com o conceito de desenvolvimento

sustentável e requer a atuação do Estado no regramento da atividade econômica, como meio de induzir o crescimento econômico e ao mesmo tempo corrigir as distorções geradas pelo mercado, de forma a promover, também, o desenvolvimento social e preservar o meio ambiente. Portanto, uma lei que preconiza a intervenção subsidiária e excepcional do Estado não se harmoniza com os parâmetros constitucionais de desenvolvimento.

Embora a liberdade de iniciativa tenha um sentido amplo, que supera o ato de empreender, abrangendo também a liberdade de trabalho, a Lei da Liberdade Econômica, em suas linhas gerais, quando se trata em especial de relações de trabalho, cuidou de tutelar somente o empresário, deixando de contemplar também os demais atores sociais.

As alterações promovidas no Código Civil ampliaram a liberdade das partes e reduziram a eficácia do princípio da função social dos contratos. Criou-se a presunção de que os contratos civis e empresariais são paritários e simétricos. O novo paradigma presume uma fictícia igualdade entre as partes, desconsiderando as situações concretas nas quais existe dependência econômica entre os contratantes, ensejando que a parte economicamente mais forte imponha a sua vontade, ditando as regras contratuais.

Constatado que a flexibilização trazida pela Reforma Trabalhista de 2017 não contribuiu para a redução do desemprego e da informalidade, engendra-se uma redução do campo da incidência do Direito do Trabalho, em desacordo com o princípio da primazia da realidade e em detrimento do exercício pleno da liberdade de contratar pelos trabalhadores. Trata-se de um processo continuado de esvaziamento do vínculo de emprego, onde se busca afastar, num plano jurídico formal, as relações de trabalho do campo da incidência do direito laboral.

Alguns princípios e dispositivos na Lei da Liberdade Econômica são contrários aos princípios norteadores do Direito do Trabalho e sua aplicação aos contratos firmados com trabalhadores autônomos, inclusive aqueles formalizados como pessoas jurídicas, dificulta ainda mais a caracterização das fraudes à relação de emprego. Também, praticamente impede a extensão dos direitos sociais a um maior contingente de trabalhadores.

A efetivação dos direitos fundamentais sociais requer uma extensão das proteções previstas no Direito do Trabalho às novas relações de trabalho, consideradas as suas peculiaridades, significando assim um tratamento

próprio para uma situação em que as partes se encontram em permanente desequilíbrio. Também se faz necessário restabelecer o entendimento a respeito dos princípios da livre iniciativa e da autonomia da vontade, na sua perspectiva constitucional, rechaçando-se a postura de exacerbação da autonomia da vontade em detrimento da função social dos contratos.

Conclui-se que o entendimento jurídico patrocinado pela Lei da Liberdade Econômica caminha em sentido contrário à realização dos ideais de desenvolvimento sustentável e de justiça social constitucionalmente garantidos.

Referências

ARAGÃO, Alexandre. Princípios gerais da atividade econômica. In: BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura (Coord.). **Comentários à Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p-1971-1992.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. O direito na pós-modernidade. **Revista Sequência**, Florianópolis, v. 29, n. 57, p. 131-152, dez. 2008. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/issue/view/1471/showToc>>. Acesso em: 30 set. 2019.

BRASIL. **Código Civil (2002)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 12 out. 2019.

BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 12 out. 2019.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm#art175>. Acesso em: 23 set. 2019.

BRASIL. Lei nº 13.429 de 31 de março de 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13429.htm>. Acesso em: 23 set. 2019.

BRASIL. Lei nº 13.467 de 13 de julho de 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13467.htm>. Acesso em: 23 set. 2019.

BRASIL. Lei nº 13.874 de 20 de setembro de 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm>. Acesso em: 22 set. 2019.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. Direito de Empresa. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, v. 1.

COELHO, Saulo de Oliveira Pinto; ARAÚJO, André Fabiano Guimarães de. A sustentabilidade como princípio constitucional sistêmico e sua relevância na efetivação interdisciplinar da ordem constitucional econômica e social: para além do ambientalismo e do desenvolvimentismo. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia**, Uberlândia, v. 39, n. 1, p. 261-291, jan./jun. 2011. Disponível em: <<http://www.seer.ufu.br/index.php/revistafadir/article/view/18499>>. Acesso em: 30 set. 2019.

COSTA, Judith Martins. Reflexões sobre o princípio da função social dos contratos. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 41-66, maio 2005. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/35261/34057>>. Acesso em: 23 set. 2019.

DELGADO, Maurício Godinho. **Capitalismo, trabalho e emprego**. Entre o paradigma de destruição e os caminhos de reconstrução. São Paulo: LTr, 2017.

_____. Direitos fundamentais na relação de trabalho. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória, n. 2, p. 11-39, jan./dez. 2007. Disponível em: <<http://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/40>>. Acesso em: 22 set. 2019.

FERREIRA NETTO, Adyr Garcia; BASSOLI, Marlene Kempfer. Livre iniciativa: síntese filosófica, econômica e jurídica. **Revista de Direito Público**, Londrina, v. 4, n.1, p. 155-172, jan./abr. 2009. Disponível em: <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/view/10740>>. Acesso em: 01 out. 2019.

GOMES, Mário Soares Caymmi. O direito na mudança paradigmática da pós-modernidade. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 47, n. 188, p. 191-207, out./dez. 2010.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

LUPI, André Lipp Pinto Basto. Os contratos comerciais na Declaração dos Direitos de Liberdade Econômica (MP 881/19). **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 9, n.1, p. 333-350, abr. 2019. Disponível em: <

<https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/6003>>. Acesso em: 23 set. 2019.

MALARD, Neide Teresinha. Expectativas do mercado, garantias sociais e segurança jurídica. **Revista do Observatório de Direitos Humanos do Curso de Direito IESB**, Brasília, v. 1, n.1, p. 224-244, jul./dez. 2016. Disponível em: <https://www.iesb.br/Cms_Data/Contents/Revistadedireito/Media/ObservatorioDireitosHumanos/REVISTA-DO-OBSERVATORIO-DE-DIREITOS-HUMANOS-V1-N1-2016-02-28-04-2018.pdf>. Acesso em: 01 out. 2019.

NEVES, Thiago Ferreira Cardoso Neves. O princípio da função social dos contratos nos 15 anos de vigência do Código Civil: análise crítica de sua aplicação pela doutrina e jurisprudência. **Revista Científica da Academia Brasileira de Direito Civil**, Juiz de Fora, v. 2, n. 2, p. 1-20, 2018. Disponível em: <<https://abdc.emnuvens.com.br/abdc/article/view/26>>. Acesso em: 23 set. 2019.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

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

SEN, Amartya. Well-being, agency and freedom: the Dewey Lectures 1984. **The Journal of Philosophy**, London, Macmillan, v. 82, n. 4, p. 169-221, 1985.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, José Afonso da. O Estado Democrático de Direito. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 173, p. 15-34, jul./set. 1988.

TAVARES, André Ramos. **Direito Constitucional Econômico**. São Paulo: Método, 2011.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **O contrato e sua função social**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

TIMM, Luciano Benetti. Ainda sobre a Função Social do Direito Contratual no Código Civil brasileiro: justiça distributiva *versus* eficiência econômica. **Revista da Associação Mineira de Direito e Economia**, Belo Horizonte, v. 2, p. 1-39, 2009. Disponível em: <<http://www.revista.amde.org.br/index.php/ramde/issue/view/2>>. Acesso em: 24 set. 2019.

VILLATORE, Marco Antônio César; GOMES, Dinaura Godinho Pimentel. Desenvolvimento econômico e igual liberdade de trabalho no contexto dos direitos humanos. **Revista Scientia Iuris**, Londrina, v. 18, n. 1, p. 217-240, jul. 2014.

Disponível em:
<<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/view/18652>>. Acesso em:
02 out. 2019.