

VOTO

A Senhora Ministra Rosa Weber: Senhor Presidente, cuida-se de ação declaratória de constitucionalidade proposta pela Confederação Nacional da Comunicação Social – CNCOM em face do **art. 129 da Lei nº 11.196/2005**, cujo teor é o seguinte:

“Art. 129. Para fins fiscais e previdenciários, a prestação de serviços intelectuais, inclusive os de natureza científica, artística ou cultural, em caráter personalíssimo ou não, com ou sem a designação de quaisquer obrigações a sócios ou empregados da sociedade prestadora de serviços, quando por esta realizada, se sujeita tão-somente à legislação aplicável às pessoas jurídicas, sem prejuízo da observância do disposto no art. 50 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil.”

Invocando os postulados da livre iniciativa, do livre exercício profissional, da legalidade tributária e da soberania do legislador (**arts. 1º, IV, 2º, 5º, caput e XIII, e 150, I, da Constituição da República**), a autora requer seja declarada a constitucionalidade do preceito transcrito, de modo tal que “ *os órgãos do Poder Judiciário e a Administração Pública, por intermédio de seus agentes fiscais, se abstenham de desqualificar as relações jurídicas estabelecidas com base no regime autorizado pelo referido dispositivo legal* ”.

Peço vênia à eminente relatora para acompanhar a divergência.

Entendo que o cerne da questão constitucional ora submetida à tutela objetiva se situa na constitucionalidade da predeterminação da natureza da relação jurídica da prestação de serviços pelo texto da norma impugnada, de forma desvinculada dos elementos da realidade social, dos dados reais do caso concreto e, a partir dessa formatação apriorística, estabelecer a regência normativa para fins fiscais e previdenciários.

O preceito questionado revela o embotoamento do legislador ao complexo entrelaçamento entre trabalho e poder econômico na realidade da organização do trabalho no mundo contemporâneo. A pretensão reducionista de classificar *a priori* o vínculo jurídico mantido entre o

tomador e o prestador dos serviços intelectuais, aí incluídos os de natureza científica, artística ou cultural, em caráter personalíssimo ou não, peremptoriamente negada qualquer possibilidade de subsunção dos fatos à norma, implica verdadeiro menoscabo dos direitos fundamentais do trabalhador previstos no **art. 7º da Constituição Federal**, com nítida chancela de fraude à legislação trabalhista, no que manifestamente nega ao trabalhador questionar no Poder Judiciário, órgão constitucionalmente competente, a definição da real configuração do vínculo jurídico em que se deu a prestação dos serviços em ofensa aos arts. **5º, XXXV, 114, I, da Constituição Federal**.

De fato, na contemporânea dinâmica socioeconômica de crescente concorrência sobre os mercados e aceleração do progresso tecnológico com o recrudescimento do nível de exigência de qualificação dos trabalhadores, não se pode negar a pluralidade de modos de produção e organização empresariais com profundos reflexos nos modelos de relações de trabalho.

Consagrada na Constituição a equivalência e inter-relação entre os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (**art. 1º, IV, da CF**), a denotar que, sob pena de uma fragilização absoluta da condição dos trabalhadores, a livre iniciativa deverá ser exercida, com criatividade e eficiência, respeitados os limites da legislação estatal heterônoma em matéria de Direito do Trabalho.

Nessa ordem de ideias, e considerada a complexa realidade cotidiana, a necessária equiponderância entre o exercício da liberdade econômica e o valor social do trabalho, à luz dos **art. 1º, IV, e 170 da Constituição Federal**, como valor máximo do Estado Democrático para o desenvolvimento da ordem econômica e financeira, representa chave hermenêutica para a concretização da dignidade do trabalhador.

Nessa perspectiva de heterogeneidade de formas de trabalho, revela-se primordial perquirir a relação entre o trabalho e o poder privado à luz da preservação da dignidade da pessoa humana do trabalhador. O exercício do poder do empregador sobre os trabalhadores no cumprimento diário do contrato é o elemento catalisador da intervenção do poder público, responsável pela garantia dos termos de troca fundadores da legislação trabalhista: subordinação e segurança. Quanto maior o nível de subordinação e controle disciplinar em benefício do empregador, maior a garantia de estabilidade e de prestações sociais. Isso porque reside precisamente no estado de sujeição do empregado a força normativa do sistema protetivo característico do Direito do Trabalho, que impôs o seu

afastamento dos institutos do Direito Civil, afeitos à autonomia das partes no vínculo jurídico.

Na lição de Alain Supiot, emérito professor da Universidade de Nantes e membro do Institut Universitaire de France desde 2012, *“No contrato civil, a vontade compromete-se; no contrato de trabalho, submete-se. O compromisso manifesta a liberdade, e a submissão nega-a”*.

Diante dessa complexa relação entre força de trabalho e livre iniciativa na dinâmica da livre concorrência, relatório organizado pelo Professor Alain Supiot – encomendado pela Comissão Europeia sobre as Transformações do Trabalho – aponta para o recurso das empresas ao trabalhador autônomo sob duas estratégias: desvalorização ou valorização do trabalho:

Desvalorização na hipótese em que adotado o trabalho independente na gestão da empresa como artifício para afastar do direito do trabalho os trabalhadores não qualificados e em situação de precariedade. Aparece como via fraudulenta de desregulamentação com a finalidade de escapar das restrições observadas pelas empresas concorrentes, principalmente em matéria de financiamento da proteção social.

Valorização no caso de necessidade de estímulo às capacidades de inovação e de adaptação dos trabalhadores realmente autônomos e altamente qualificados diante das exigências de inovação e qualidade dos setores mais avançados a demandar maior criatividade dos trabalhadores.

Nesse contexto, a questão constitucional objeto do controle concentrado, atinente à definição dos contornos das categorias do trabalho subordinado e da prestação de serviços em caráter autônomo, observada a matriz constitucional humanista de proteção da dignidade da pessoa humana, submete-se ao **princípio da primazia da realidade**. **Emerge essencialmente no jogo do poder de direção do contratante concretamente manifestado na execução diária do contrato pelo trabalhador, a ser analisado em cada caso.**

Com efeito, foi dentro da referida noção de imperatividade que se construiu o contrato de trabalho, com toda a significação social e política que esse apresentou na história do trabalhismo no Brasil: a ideia de cidadania regulada, defendida por Wanderley Guilherme dos Santos, demonstrava a vinculação entre o emprego formal e o acesso à inserção social e à cidadania.

Para a construção jurídica do contrato de trabalho, de forma muito diversa das premissas clássicas do Direito Civil, partiu-se da premissa de uma autonomia da vontade extremamente mitigada no que toca ao trabalhador.

O reconhecimento da disposição do trabalhador para uma prestação de serviços subordinada pressupõe o desprovemento dos meios de produção e a necessidade premente de vincular-se a uma fonte de trabalho que lhe remunere para a garantia de sua sobrevivência e para alcance de um determinado patamar de inserção social, cidadania e afirmação identitária.

Essa conjuntura subjuga a condição jurídica do trabalhador em face do empregador-contratante, não apenas no momento da contratação, mas durante todo o curso da relação contratual, na medida em que o fim da relação empregatícia representa para o obreiro o risco da miserabilidade e exclusão.

O contrato de trabalho, assim, representa, nas palavras de Orlando Gomes, um contrato de adesão, que demanda a interferência estatal a fim de evitar que a desigualdade real entre as partes suplante a igualdade formal e submeta o trabalhador ao arbítrio empresarial. Vaticinara o insigne jurista: “ É restringindo-a [a liberdade de contratar] que consegue desabilitar o poder individual dos capitalistas, pois que à sombra dessa liberdade eles haviam estabelecido, no mundo do trabalho, a ditadura do patronato ”.

Se, de um lado, se reconhece a mitigação da autonomia da vontade do trabalhador, a denotar a inadequação desse pressuposto clássico do Direito Civil, por outro lado, a desigualdade entre as partes da relação de trabalho suplanta outra premissa do Direito Civil clássico: a noção de igualdade formal dos contratantes.

O tratamento formalmente igual de partes economicamente tão distintas equivaleria a tornar o empregado um refém da vontade do seu empregador. O Direito do Trabalho, mais uma vez, se diferencia do Direito Civil clássico e assume o papel de compensador das desigualdades, viabilizando o estabelecimento de uma relação equilibrada.

Por isso mesmo que sobrepor o conceito de liberdade de contratação e de livre iniciativa à regulação decorrente do contrato de trabalho significa

negar a própria ideia desse contrato e do próprio Direito do Trabalho que, enquanto ramo jurídico autônomo, reclama a efetivação dos direitos sociais assegurados no art. 7º da Constituição Federal.

Com esses fundamentos, acompanho a divergência aberta pelo eminente Ministro Marco Aurélio para julgar **improcedente** o pedido da ação declaratória de constitucionalidade.

É como voto.

Plenário Virtual - minuta de voto - 11/12/20 09:20