



RELAÇÃO DE EMPREGO E A HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL NA PROTEÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL

EMPLOYMENT RELATIONS AND CONSTITUTIONAL HERMENEUTICS REGARDING BASIC RIGHTS PROTECTION

Bruno Ernesto Clemente

RESUMO

Aborda o papel da hermenêutica constitucional na aplicação das normas trabalhistas, baseando-se na materialidade constitucional e no sopesamento dos princípios constitucionais *prima facie* como forma de proteção de direito fundamental, notadamente, os decorrentes das relações de emprego, visando definir os critérios interpretativos das normas constitucionais.

PALAVRAS-CHAVE

Direito Constitucional; relação de emprego; hermenêutica constitucional; direito fundamental; norma trabalhista.

ABSTRACT

The author addresses the role of constitutional hermeneutics in the application of labor standards, based on the constitutional materiality and consideration of prima facie principles – as a basic right protection –, especially those arising from employment relations, in order to define the interpretative criteria of the constitutional norms.

KEYWORDS

Constitutional Law; employment relations; constitutional hermeneutics; basic right; labor norm/standard.

1 INTRODUÇÃO

Há muito se discute acerca de qual é o verdadeiro e real sentido que o Direito Processual deve ter e buscar. A estrita formalidade, aliada a uma dogmática jurídica conservadora demonstra, no caso do Brasil, uma face de apelo ao positivismo jurídico.

Decerto que, em se tratando de direito adjetivo, a segurança jurídica também tem seu alicerce fixado no estabelecimento de normas processuais claras e bem definidas, que possibilitem às partes utilizarem todos os meios e fundamentos jurídicos disponíveis, justamente o que deve ocorrer com as normas materiais.

Historicamente, buscou-se inicialmente estabelecer os direitos fundamentais, cujos soberanos não reconheciam como existentes, nem mesmo como sendo inerentes à condição humana.

As revoluções, nesse aspecto, tiveram papel preponderante, especialmente a francesa (1789), americana (constitucionalismo), com o estabelecimento das dimensões dos direitos fundamentais de primeira e segunda dimensões, assim como as constituições mexicana e de Weimar determinaram os de terceira dimensão, e, atualmente, os de quarta dimensão, estabelecendo que esses direitos fundamentais, ou seja, direitos individuais, políticos, econômicos, sociais e de meio ambiente, têm papel preponderante no Estado moderno e que as políticas públicas devem ser pautadas observando-se tais direitos.

No processo contemporâneo os direitos fundamentais também se apresentam relevantes, uma vez que a mera formalização deles demonstra ser insuficiente do ponto de vista jurídico-constitucional, pelo fato de que é no processo que esses direitos fundamentais podem e devem ser materializados.

A moderna dogmática jurídica tem a sistemática jurídica, incluindo-se a hermenêutica processual, como pilar da materialização das normas e princípios constitucionais. Esse aspecto se torna relevante quando a própria Constituição Federal, em seu art. 5º, § 1º, estabelece que normas decorrentes de tratados internacionais que visem garantir direitos fundamentais têm aplicação imediata, demonstrando que a eficácia de normas de garantias de direitos fundamentais alcança sua plenitude, ao menos do ponto de vista constitucional.

2 PERCEÇÃO DAS GARANTIAS PROCESSUAIS

Logicamente, a percepção de garantias processuais desses direitos fundamentais encontra corpo muitas vezes na necessidade de edição de norma processual específica que possibilite a materialização do direito fundamental. É o caso da inversão do ônus da prova, contida no art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, que a própria Justiça do Trabalho aplicou subsidiariamente, ao considerar essa inversão uma garantia fundamental do trabalhador, da prioridade processual, da concessão de benefícios da justiça gratuita, assim como na própria atividade judicante, na interpretação judicial desses direitos fundamentais, cuja maior evidência pode ser constatada no ativismo judicial,

que, ao interpretar as normas, garante a materialização desses princípios constitucionais e desses direitos fundamentais, declarando, por exemplo, sua constitucionalidade ou inconstitucionalidade, conforme a Constituição ou os direitos fundamentais.

Há, no entanto, autores¹ que sustentam que não resta razoável a hermenêutica jurídica dada no Direito do Trabalho, uma vez que a norma, por si só, já seria protetora, não demandando essa extensão interpretativa, permitindo uma ampliação desmedida e desarrazoada das garantias, inclusive de cunho processual, na medida em que, por ter natureza pública, [...] *serão elas mesmas que determinarão os meios de, excepcionalmente, favorecer, no processo, a parte hipossuficiente* (ZANGRANDO, 2011, p. 257-258), sustentando, inclusive, que o princípio de proteção seria desnecessário.

Ora, tal argumento se apresenta totalmente inconsistente, uma vez que não se cuida de excluir quaisquer garantias ao empregador. Pelo contrário, nas últimas reformas processuais relativas ao processo do trabalho, conforme aqui já mencionado, ante a promulgação da Lei n. 13.015/2014, que estreitam as possibilidades recursais, exigem-se mais pressupostos intrínsecos para admissibilidade, justamente para se evitar uma distorção, ou melhor dizendo, emprestar uma maior isonomia às partes, não se tratando, por óbvio, de cerceamento de defesa ou propriamente negativa de prestação jurisdicional.

E a outra conclusão não se poderia chegar, senão a de que se garante a igualdade às partes, como é concepção de garantismo defendida por Amauri Mascaro Nascimento (2011, p. 81-82), ao destacar que garantismo não implica paternalismo, mas está próximo ao de tutela, mas, ainda assim, não o é, visto que está relacionado à indisponibilidade de certos direitos reputados como indisponíveis.

Nesse diapasão, Robert Alexy (2011, p. 90-91), com propriedade, demonstra que a hermenêutica constitucional e processual de garantia dos direitos fundamentais é preponderante, uma vez que é no âmbito dos princípios que muitas das soluções processuais e constitucionais são obtidas, sem, contudo, enfraquecer o sistema normativo constitucional, por serem os princípios mandamentos de otimização, de que algo deve ser feito ou decidido na maior medida das possibilidades fáticas e jurídicas.

Já nesse aspecto, tem-se a materialização dos princípios como nova face de proteção dos direitos fundamentais com sua técnica da ponderação, justamente quando a garantia reside não só em razão de se ter possibilidade de acesso ao Poder Judiciário, mas de que esse julgamento observe a sistemática processual-constitucional. Aí se inclui a interpretação judicial, o que, efetivamente importa em garantia dos direitos fundamentais, especialmente para a proteção do direito fundamental a uma relação de emprego protegida.

Até mesmo no âmbito das relações interpessoais entre os

particulares pode haver eficácia horizontal dos direitos fundamentais, em todos os aspectos, inclusive processuais, tal como ampla defesa e do contraditório. Tudo a observar a área de proteção desses direitos fundamentais, garantindo-se ainda o direito de liberdade individual, com os denominados “princípios normativos supletivos ou subsidiários” (ZANGRANDO, 2011, p. 97), que auxiliam o processo interpretativo, ao revelar o verdadeiro objetivo da estrutura jurídica, sem considerar a norma propriamente dita, por serem justamente princípios descritivos que conduzem o intérprete a sempre observar o sentido da estrutura jurídica, como, por exemplo, a vedação do enriquecimento sem causa.

3 ÁREA DE PROTEÇÃO

Do ponto de vista dogmático-jurídico, essa liberdade de ação é uma liberdade subjetiva (ALEXY, 2011, p. 343), o que, no caso, pode levar a conclusão diversa daquela que se considera como sendo direito subjetivo e uma diminuição da área de proteção do indivíduo, mesmo que explicitamente, como acima explanado.

Ainda nesse aspecto, têm os tratados internacionais papel preponderante no direcionamento de políticas públicas estatais de seus signatários, inclusive de política judiciária, especialmente no que tange às ações afirmativas e ao ativismo judicial.

No âmbito de jurisdição constitucional, por exemplo, a modulação dos efeitos da declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade, denominada por Jorge Miranda (2013, p. 485) como “harmonização e concordância prática”, também apresenta relevante papel na garantia dos direitos fundamentais. Ao fixar esses efeitos, deve observar toda a sistemática jurídico-constitucional de forma a preservar a própria força normativa da Constituição, assim como, ao analisar e decidir ações de descumprimento de preceito fundamental e mandado de injunção, uma vez que o papel de corte constitucional, mais do que de tribunal de apelo ou instância recursal, apresenta, por vezes, maior consistência nos julgados.

36

A dinâmica social, econômica, política e jurídica é fator preponderante na consecução dos fins protetivos e que, no caso do Brasil, vem se implementando por meio da adoção de políticas públicas e do ativismo judicial.

Noutro aspecto, a moderna sistemática processual também pode apresentar aparente antinomia, ao estabelecer que as garantias podem sofrer restrições de cunho processual justamente para se garantir a efetividade, o que ocorre, por exemplo, com a adoção de súmulas, incluindo-se as vinculantes, bem assim o alargamento dos pressupostos processuais para admissão recursal, como é o caso da repercussão geral, divergência jurisprudencial e a sistemática dos recursos repetitivos.

Não por isso, tem-se hoje que o Direito Processual assume papel preponderante para a materialização dos direitos fundamentais, indo além, por vezes, da soberana imposição estatal de sua jurisdição, possibilitando hoje, inclusive, a adoção de mecanismos externos, como arbitragem, tudo em busca de uma maior eficácia dos direitos e garantias fundamentais.

Contemporaneamente, sentido o alcance que o interesse público deve ter no que diz respeito à proteção ao contrato de emprego, abarca tanto o primário, ou seja, o fim próprio do Estado de promover a justiça e o bem-estar social, quanto o secundário, no qual o Estado busca formas de preservar suas próprias instituições (BARROSO, 2011, p. 92-93), quando, por exemplo, utilizando-se de ações civis públicas, o próprio Ministério Público do Trabalho persegue a consecução desses direitos fundamentais.

A dinâmica social, econômica, política e jurídica é fator preponderante na consecução dos fins protetivos e que, no caso do Brasil, vem se implementando por meio da adoção de políticas públicas e do ativismo judicial. Destaque-se que, neste caso, ativismo judicial não se apresenta como sinônimo de decisionismo, justamente pelo fato de que a sua fundamentação não é meramente subjetiva, mas sim sistemática, repercutindo, inclusive, nos casos de responsabilidade civil no desenvolvimento das atividades econômico-empresariais, quando certos fatos relativos ao próprio funcionamento dessas atividades, como, por exemplo, o acidente de trabalho, passam a ser eventos esperados (MORAES, 2007, p. 250), justificando, portanto, a indisponibilidade desse direito ao reconhecimento do vínculo empregatício.

Além disso, muito embora a própria sistemática de vigência e aplicabilidade dessas normas, por necessitarem de ratificação pelo país signatário, apresente mais um obstáculo para a sua aplicação, na prática, tem-se buscado dar eficácia a essas normas protetoras, havendo eficácia plena de alguns mecanismos de proteção, especialmente do ponto de vista processual, ao passo que o ativismo judicial, em certos aspectos, empresta essa eficácia.

Por outro lado, é evidente a imperiosa necessidade de que esses direitos sejam o ponto de partida para uma nova concepção de Estado, agora como meio para se dar efetividade a tais direitos, passando, pois, da teoria filosófica à prática. Isso, paradoxalmente, retira a característica de universalidade, uma vez que esses direitos positivados terão aplicação restrita ao Estado instituidor da norma positiva, excluindo a extraterritorialidade da validade da norma protetora, sem, contudo, deixar de existir o dever de cooperação entre as nações, até mesmo porque as relações laborais hoje têm na parassubordinação uma nova perspectiva, ante o avanço tecnológico e esta situação, que possibilita uma grande modalidade de desenvolvimento de atividades que anteriormente não eram sequer imaginadas, levando, portanto, a um novo patamar de desenvolvimento econômico e revolução cultural e social-jurídica, só vista com a Revolução Industrial.

Do ponto de vista socioeconômico, a própria Revolução Industrial já demanda diversos debates sobre ser ela provedora de conforto, como transformadora social, e sobre até que ponto permitiu os avanços, não só econômicos. Porém, depreende-se, que, efetivamente, substancialmente, não houve uma alteração radical quanto à classe ou condição social dos atores de todo esse processo. Pelo contrário, apenas possibilitou uma nova gama de meios de acúmulo de riquezas e bens materiais com esse desenvolvimento tecnológico (HOBBSAWM, 2013, p. 70-71), e, ao que parece, a parassubordinação vem, na atual sistemática, permitir uma salvaguarda desses direitos sociais ao considerar empregado aquele trabalhador que não mais labora sob a óptica do sistema de heterodireção.

E isso não seria de outra forma, senão a possível preservação desses direitos, uma vez que a hermenêutica constitucional, sistematicamente considerada, deve buscar dar-lhes eficácia, ainda que se revistam, num primeiro instante, de total dissonância com a literalidade do texto normativo, justamente em razão do caráter mutável das relações sociais, em consonância com a nova concepção econômica que, em vez de isolar a atividade do homem do meio natural, real, como fazia a concepção mecânica, a concepção orgânica busca inserir o homem nesse contexto de desenvolvimento, o que estreita essas intersecções entre o fator econômico, social e o jurídico (HUGON, 1995, p. 383-384), este último responsável pelo equilíbrio entre os dois primeiros.

Muito embora com a Declaração Universal dos Direitos Humanos surja o sistema de proteção universal/internacional, a condição infungível do ser humano, como sujeito dos direitos humanos, dignidade da pessoa humana, rompe a perspectiva de proteção do ser humano como dever exclusivo e interno do Estado, sendo a comunidade internacional corresponsável para a efetivação dessa proteção, ante o dever de cooperação.

Daí as grandes críticas lançadas ao Brasil, ao não ratificar algumas das convenções da OIT, como as de n. 63 (1938), relativa às estatísticas dos salários e das horas de trabalho nas principais indústrias mineiras e transformadoras, incluindo a construção e agricultura; a Convenção 77 (1946), relativa ao exame médico de aptidão para o emprego na indústria das crianças e dos adolescentes; a 78 (1946), convenção relativa ao exame médico de aptidão de crianças e adolescentes para o emprego em trabalhos não industriais; a 87 (1948), liberdade sindical e proteção ao direito de sindicalização; a 90 (1948), relativa ao trabalho noturno de menores na indústria; a 128 (1967), relacionada às prestações de invalidez, velhice e sobreviventes; a 129 (1969), relativa à inspeção do trabalho na agricultura; a 143 (1975), convenção sobre as migrações efetuadas em condições abusivas e sobre a promoção da igualdade de oportunidades e de tratamento dos trabalhadores migrantes; a 149 (1977), relativa ao emprego e condições de trabalho e de vida do pessoal de

enfermagem; a 156 (1981), sobre a igualdade de oportunidades e de tratamento para homens e mulheres trabalhadores: trabalhadores com encargos de família; a 157 (1982), que trata sobre a preservação dos direitos em matéria de Seguridade Social; a 173 (1992), relacionada à proteção dos créditos trabalhistas na insolvência do empregador, especialmente pelo seu caráter de natureza alimentar; a 175 (1994), sobre o trabalho a tempo parcial; a 181 (1997), convenção relativa às agências de emprego privadas; a 186 (2006), relacionada ao trabalho marítimo; e a 188 (2007), referente ao trabalho na pesca. (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO)

[...] muito embora o Brasil ainda não tenha implementado, de forma satisfatória, a política de proteção e promoção dos direitos humanos em moldes desejáveis, o que se constata [...] é que cada vez mais se busca uma integração dessas normas protetivas [...]

Há, ainda, a constatação de que essas políticas de proteção têm sua aplicabilidade e vinculação imediata quando se tratar de normas definidoras dos direitos e garantias, além de que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Numa nova fase, após a Declaração Universal dos Direitos do Homem, há uma nova dialética entre essas características relacionadas à positividade (limitação de aplicabilidade da norma positiva) e à universalidade (limitação de aplicabilidade ante a ausência de positividade), permitindo, agora, uma reciprocidade dessas normas, autorizando a eficácia universal da norma, ainda que em Estado distinto, caracterizando-a como ideal comum, na consecução da proteção da dignidade da pessoa humana. No caso do Brasil, as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

4 OS PRINCÍPIOS NA INTERPRETAÇÃO DAS NORMAS TRABALHISTAS

No que diz respeito aos princípios da ciência da legislação trabalhista, Américo Plá Rodríguez (2002, p. 33-34) indica cinco como sendo os de maior relevo: 1)

generalidade e igualdade; 2) progressão racional; 3) economia; 4) reativação do mundo econômico trabalhista e efetividade dos benefícios e, 5) sinceridade das leis trabalhistas; tudo isso como um caráter instrumental da norma.

Assim, o que se verifica é que, muito embora o Brasil ainda não tenha implementado, de forma satisfatória, a política de proteção e promoção dos direitos humanos em moldes desejáveis, o que se constata, ainda que pontualmente, é que cada vez mais se busca uma integração dessas normas protetivas, com ampliação e alcance da aplicabilidade delas, a permitir uma maior amplitude.

Como afirmado em linhas preté-

tas, a decisão que reconhece o vínculo empregatício é meramente declaratória, e muito embora o Poder Judiciário detenha a prerrogativa de limitar a constitucionalidade de uma norma pelo controle de constitucionalidade, quer seja ele difuso ou concentrado, ou mesmo sua interpretação (conforme a Constituição ou conforme os direitos fundamentais), *ele próprio pode violar as normas jurídicas, independentemente da constitucionalidade abstrata dessas* (MARTINS, 2004, p. 102-103), quando se está diante de cláusulas gerais ou abertas.

Esse é um dos aspectos relevantes quanto à eficácia horizontal do direito fundamental em uma relação de trabalho protegida, que contemporaneamente vem inserida nas denominadas “dimensões dos direitos fundamentais”.

A anterior denominação das dimensões desses direitos no sentido de gerações teve seu fundamento teórico inicial fundado no fato de que esses direitos foram sendo alcançados cronologicamente de forma diferente uns dos outros. Entretanto, como já exposto, dogmaticamente, não há hierarquia temporal e nem um direito sucumbe ao posterior. Daí a adequação quanto ao uso da terminologia “dimensão”, estando uma em maior evidência que a outra, sem, entre-

tanto, ocasionar antinomia.

Essas dimensões dos direitos fundamentais, contemporaneamente, estão relacionadas basicamente à materialização, ou melhor dizendo, à eficácia material dos direitos fundamentais, sendo esta a face do Estado Social de Direito, não sendo mais suficiente apenas a igualdade formal, na lei, que há muito demonstrou ser incapaz de, *per sí*, garantir a concretização dos direitos fundamentais.

Nesse aspecto, tem o Poder Judiciário importante papel na concretização dos direitos e garantias fundamentais, especialmente no que diz respeito à interpretação à luz dos direitos fundamentais (*Ausstrahlungswirkung*) (MARTINS, 2004, p. 93), cuja importância se eleva ao proporcionar uma verdadeira sistematização das normas garantidoras desses direitos, os quais, em última análise, independem até mesmo de ratificação pelo signatário, uma vez que normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata e os direitos e garantias expressos na Constituição Federal, no caso do Brasil, não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que seja parte, conforme previsão do art. 5º, §§ 1º e 2º, da Constituição Federal.

Num primeiro momento, ante o surgimento e implementação do liberalismo econômico (Estado Liberal), especialmente com a Revolução Industrial, em contraponto ao Absolutismo e ao intervencionismo estatal, buscou-se afastar o Estado das relações interpessoais de cunho eminentemente privado, que era tido como prejudicial ao desenvolvimento econômico e uma afronta aos direitos fundamentais.

Assim, ao Estado impunha-se um dever de abstenção (*non facere*), o que era tido como forma de efetivação jurídica dos direitos e garantias fundamentais. Ou seja, uma igualdade formal.

Desse modo, a proteção dos direitos fundamentais não estava nos planos da dogmática jurídica da forma que contemporaneamente se propunha, tendo em vista que a única igualdade que se defendia era a formal, o que, posteriormente, demonstrou ser insuficiente para se dar efetividade a esses direitos.

Em verdade, a garantia formal dos direitos fundamentais e sociais cumpria apenas o papel histórico de formalizar o princípio da isonomia, que historicamente tinha sua sustentação filosófica associada ao liberalismo econômico, quando, de fato, para se emprestar eficácia a essa igualdade, haveria necessidade de se garantir a igualdade material, cabendo ao Estado, agora, possibilitar os pressupostos, ou seja, o ambiente e os instrumentos necessários, para o exercício das liberdades constitucionais, ou seja, dever de fazer (DIMOULIS; MARTINS, 2012, p. 109-110), surgindo o Estado Social de Direito, traduzindo-se como dever estatal de tutela.

Essa tutela, como se constatará, significa que a limitação é direcionada ao Estado, no exercício de suas competências que devem encontrar seu limite da materialização dos direitos fundamentais, uma vez que o vínculo mediato de eficácia dos direitos fundamentais aos particulares resta amparado por *intermédio da interpretação e aplicação de conceitos abertos ou cláusulas gerais do Direito privado* (DÜRIG, 1956 apud MARTINS, 2004).

Nesse contexto, a dimensão objetiva dos direitos fundamentais traduz a dogmática jurídica que baliza este estudo, que se traduz em quatro dimensões (DIMOULIS; MARTINS, 2012, p. 112-114): **primeiro**, os direitos fundamentais apresentam caráter de norma

de competência negativa, ou seja, limita o poder de atuação estatal, independentemente de o indivíduo recorrer ao Judiciário; **segundo**, essa dimensão objetiva funciona como critério de interpretação do direito infraconstitucional, com o efeito irradiante dos direitos fundamentais, como acima exposto, devendo haver uma interpretação orientada pelos direitos fundamentais, cuja eficácia é imediata, como já exposto; **terceiro**, permite, em caso excepcionais, a limitação dos próprios direitos fundamentais quando isso estiver no interesse dos seus próprios titulares, como forma de ponderação quando há conflito entre princípios constitucionais; e **quarto**, o próprio dever estatal de tutela.

Nesse contexto, como já mencionado, os indícios de subordinação na caracterização clássica/tradicional leva em consideração o tipo de remuneração, rigidez no horário de trabalho, não deter a propriedade dos instrumentos de trabalho e da matéria-prima, sendo esses os elementos indicadores de que a realidade fática, ou o princípio da primazia da realidade insculpido no art. 9º da CLT, é quem deve permear a interpretação judicial acerca da apresentação conjunta desses elementos caracterizadores do vínculo empregatício. Isso justamente porque a decisão que reconhece a relação empregatícia não é constitutiva, mas declaratória, ou seja, reconhece que as parcelas rescisórias já eram devidas à época da quitação e, por isso mesmo, sua declaração é imprescritível, conforme previsão contida no § 1º, do art. 11, da CLT, ao estabelecer que o disposto no referido artigo não se aplica às ações que tenham por objeto anotações para fins de prova junto à Previdência Social.

Alexy (2011), a respeito da separação entre questões relativas à validade da norma, destaca que a concepção semântica do conceito de norma distingue, de forma estrita, entre o conceito de norma e o conceito de sua validade, justamente demonstrando a grande diferença existente da norma como elemento integrante do sistema jurídico e a sua validade dentro deste sistema.

Alf Ross (1968, apud ALEXY, 2011) destaca que uma norma é uma diretiva que corresponde a certos fatos sociais de forma tal que o modelo de conduta nela expresso (1) é geralmente seguido pelos membros da sociedade, e (2) é encarado por eles como vinculante (válido).

Assim, ainda que o empregado dispense a anotação de sua carteira profissional, uma vez que, sendo meramente declaratória, seu efeito, inevitavelmente, é *ex tunc*, de forma que não há, juridicamente, portanto, possibilidade de, uma vez presentes esses elementos caracterizadores do vínculo e aceito o pagamento de qualquer valor, a que título for, não ser reconhecido como presentes todos os elementos do vínculo empregatício.

5 A INTERPRETAÇÃO JUDICIAL E A EFICÁCIA DO DIREITO FUNDAMENTAL

Aspectos relevantes acerca da interpretação judicial e do papel garantidor da eficácia do direito fundamental à declaração do vínculo empregatício por parte do Poder Judiciário são as severas críticas direcionadas pelo Tribunal Superior do Trabalho e Colégio de Presidentes e Corregedores da Justiça do Trabalho – Coleprecor (ASSOCIAÇÃO...) a respeito do Projeto de Lei n. 4.330/04, que trata da regulamentação do trabalho terceirizado, quando ele retira a atividade fim do empregador, como elemento essencial à caracterização do vínculo empregatício, autorizando a

generalização plena e irretirável da terceirização na economia, negligenciando as normas que limitam a terceirização lícita, provocando gravíssima instabilidade jurídica, esvaziando o conceito constitucional de categoria.

Dessa forma, os próprios tribunais² assim vêm decidindo, quando verificam que as circunstâncias decorrentes do vínculo jurídico suscitadas pela parte conduzem à conclusão de que, comprovada a presença da subordinação jurídica na relação estabelecida entre as partes, somada a não eventualidade e onerosidade, emerge contrato de emprego.

Quando falamos em poder, no sentido sociológico, nada mais é que a capacidade em determinar comportamentos, ou seja, de agir, tendo Max Weber³, sociologicamente, dividido em Poder legal, carismático e tradicional. Porém, somente o legal prevalece na relação de emprego moderna, cuja hierarquia funda-se na lei (PORTO, 2009, p. 37), tendo em vista que o critério jurídico do contrato passou a melhor estabelecer o exercício de poder diretivo do empregador, pois esse critério de autoridade deve ser exercido conjuntamente, e não mais apenas do ponto de vista de gestão econômica (MACHADO, 2009, p. 35).

Ora, muito embora o trabalho seja voluntário do ponto de vista jurídico, uma vez que ninguém é obrigado a fazer o que a lei não lhe obriga (Constituição Federal, art. 5º, II), não será livre, no ponto de vista sociológico, pois há uma vinculação (legal) no que tange à forma de sua prestação, quando o indivíduo deve observar as designações determinadas pelo empregador, no que tange ao método, diretrizes, processos etc.

Nesse contexto, o instituto da parassubordinação apresenta-se como o novo elemento delineador das novas relações de trabalho e emprego, que vem se intensificando desde a década de 1970, com o fenômeno da informatização que, sem dúvida, apresenta-se como um novo marco no mercado de trabalho e na forma de fruição dos contratos de empregos, pois, como já mencionado, foge-se à ideia da heterodireção, ou seja, surgiram novas e tão diversificadas funções e atividades laborais, que nem sequer exige a presença do empregado nas dependências da empresa para que ele desenvolva plenamente suas funções.

Não obstante isso, os elementos caracterizadores do vínculo empregatício, ou

seja, pessoalidade, alteridade, continuidade, onerosidade e subordinação jurídica, ainda se fazem presentes nessas novas modalidades de emprego.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Assim, a declaração do vínculo de emprego, à luz dos direitos fundamentais, conduz ao entendimento de ser direito subjetivo do indivíduo o seu reconhecimento, ainda quando a decisão judicial for meramente declaratória, e o contrato de emprego vier a ser declarado nulo ou inválido, gerará efeitos secundários no que concerne aos efeitos salariais do trabalho já realizado. Por essa razão, tal desuniformização dos julgados, mesmo constatando-se a subordinação jurídica, tem consequência negativa direta, tanto com relação à estabilidade jurídica, no que se refere à interpretação de que tem adotado critérios não uniformes para declarar a existência e validade do vínculo empregatício, quanto aos efeitos diretamente prejudiciais no âmbito socioeconômico. Isso como efeito secundário e residual da materialização do dispositivo sentencial, estimulando a precarização das relações empregatícias, baixa renda ou mesmo o desemprego, muito embora na Justiça do Trabalho haja impulso processual *ex officio* e de que tenha, nos últimos anos, buscado adotar critérios mais objetivos no que se refere à inversão do ônus da prova em relação à negativa de vínculo que porventura venha a ser adotada como elemento de defesa daquele empregador.

[...] a declaração do vínculo de emprego, à luz dos direitos fundamentais, conduz ao entendimento de ser direito subjetivo do indivíduo o seu reconhecimento, ainda quando a decisão judicial for meramente declaratória [...]

Ora, justamente reporta-se a esses efeitos, quando se constata que é a situação fática quem garante os efeitos das normas juslaborais, e não o elemento formal (contrato) que determinará a existência dos elementos caracterizadores do vínculo empregatício. Ou seja, é o contrato-realidade o núcleo teleológico que deve conduzir a interpretação jurisdicional acerca da caracterização do vínculo, ainda mais quando a decisão tiver caráter meramente declaratório.

No curso do processo interpretativo, portanto, podem-se dividir os interesses

tutelados, não de modo a prestigiar um em detrimento do outro, mas sim como forma de distinguir os tipos de interesses em conflito, possibilitando uma maior cientificidade ao processo hermenêutico, sem, contudo, deixar de observar os elementos que orbitam as decisões judiciais, e que vão muito além do positivismo ou legalismo puro.

Os elementos econômicos e sociais devem, sim, ser levados em consideração pelo intérprete, justamente em antevisão aos efeitos práticos e consequências jurídicas que aquela interpretação significará, aí, por lógico, já em vista da constitucionalidade de sua exequibilidade e, além, da eficácia da decisão, sua efetiva implementação.

Em se tratando de decisão cujo escopo maior é de deferimento de pleitos de ordem econômica, na maioria das vezes, o seu impacto trará consequências graves para um empreendimento econômico. Entretanto, da mesma forma que se deve preservar a iniciativa privada, deve-se resguardar o interesse social.

Não se pode ter em vista, ainda mais quando o trabalhador figura no polo hipossuficiente da relação empregatícia, que se flexibilizem as normas protetoras, ainda que por via interpretativa, sob pena de transferir o risco econômico para o trabalhador. Essa conclusão é inevitável.

Da mesma forma, o fato de o Direito do Trabalho pertencer ao ramo do Direito Privado não possibilita, neces-

sariamente, renúncia às consequências jurídicas do vínculo existente, como se desenvolveu a temática da pesquisa, por ser esta limitação decorrente da parcela de indisponibilidade desse direito por parte do trabalhador, totalmente fora de seu âmbito de disponibilidade patrimonial, por envolver não só o seu interesse direto como empregado, mas também a sociedade de um modo geral. Não há eficácia jurídica de instrumento que possibilite ou tenda à diminuição de garantias legais dos direitos fundamentais, especialmente pelo fato de o vínculo

empregatício refletir nos âmbitos sociais e econômicos, ante a ausência de recolhimento de contribuições previdenciárias ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, além de outros tributos incidentes sobre a folha de pagamento, refletindo, inclusive, na proteção da entidade familiar, em caso de despedimento involuntário, enfermidade ou falecimento do trabalhador.

A estabilidade econômica não significa apenas a existência de órgãos e instituições bem definidos e um controle extremo da economia. Isso seria considerar o sistema econômico-jurídico de forma diminuta, com visão eminentemente liberal, desconsiderando que a ordem jurídica mundial tem, na sistematização dessas normas e interpretações judiciais, cunho protetivo-social, não apenas por se tratar de um empregado, uma vez que a atividade econômica se apresenta tão essencial para o trabalhador quanto para a própria comunidade.

Ela também depende de uma estabilidade jurídica, cujo conceito dogmático-jurídico depende menos de observância à lei (texto legal) e mais das normas jurídicas (sistemática jurídica), uma vez que já, há muito, a interpretação literal não se apresenta como a forma mais adequada em se tratando de caracterização do vínculo que, sem dúvida, é uma face da estabilidade econômica.

Dessa forma, torna-se evidente que o reconhecimento do vínculo empregatício está inserido na parcela de indisponibilidade do empregado, não podendo, a nosso ver, uma vez caracterizada a relação empregatícia, a sua declaração ser dispensada pelo empregado, até porque ela é imprescritível, reforçando, ainda mais, a ideia de que se trata de direito indisponível, levando-se à conclusão de que a descaracterização do vínculo empregatício limita a efetividade dos direitos sociais importando em efeitos jurídicos de toda a cadeia produtiva.

Dessa maneira, chega-se à seguinte conclusão: a parcela de indisponibilidade do trabalhador tem maior eficácia e restrição objetiva na interpretação das normas laborais por se tratar de matéria de ordem pública, na qual o interesse para a declaração da subordinação jurídica e, portanto, da existência do vínculo empregatício, tem sua área de proteção constitucional mais abrangente, pois visa proteger o sistema jurídico-social, aí se entendendo os interesses dos trabalhadores de maneira geral e não apenas daquele que, eventualmente, optou por não ter seu vínculo reconhecido.

Acesso em: 3 set. 2013. Disponível em: <<https://www.anamatra.org.br/imprensa/noticias/21446-terceirizacao-maioria-dos-ministros-do-tst-pede-rejeicao-do-pl-4-330-2004>>. Acesso em: 11 nov. 2014.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 1988.

_____. Tribunal Regional do Trabalho (21. Região). Recurso Ordinário n. 034200-68.2010.5.21.0003. Relator: José Rêgo Júnior. *Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho*, Brasília, DF, n. 604, 16 nov. 2010. Traslado n. 1264/2010. CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Coimbra: Almedina, 2. reimpr., 2009.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

FERGUSON, Niall. *Civilização: ocidente x oriente*. Tradução de Janaina Macoantonio. 2. reimpr. São Paulo: Planeta, 2012.

HOBSBAWM, Eric. J. *Da revolução industrial inglesa ao imperialismo*. Tradução de Donaldson Magalhães Garschagen. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2013.

HUGON, Paul. *História das doutrinas econômicas*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 1995.

LEDUR, José Felipe. *Direitos fundamentais sociais: efetivação no âmbito da democracia participativa*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

MACHADO, Sidnei. *A noção de subordinação jurídica: uma perspectiva construtiva*. São Paulo: LTr, 2009.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Org.). *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

MARTINS, Leonardo. Do vínculo do Poder Judiciário aos direitos fundamentais. *Revista da Escola Paulista da Magistratura*, São Paulo, ano 5, n. 2, p. 89-127, jul./dez. 2004.

MIRANDA, Jorge. *Teoria do estado e da Constituição*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Direito contemporâneo do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2011.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). Entra em vigor a Convenção sobre Trabalho Doméstico da OIT. OIT, Brasília, DF, 6 set. 2013. escritório no Brasil. Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/content/entra-em-vigor-convencao-sobre-trabalho-domestico-da-oit>>. Acesso em: 18 set. 2014.

_____. Convenções não ratificadas. OIT, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.oit.org.br/content/convention_no>. Acesso em: 18 set. 2014.

PORTO, Lorena Vasconcelos. *A subordinação no contrato de trabalho: uma releitura necessária*. São Paulo: LTr, 2009.

ZANGRANDO, Carlos Henrique da Silva. *Princípios jurídicos do direito do trabalho: individual, coletivo, processual*. São Paulo: LTr, 2011.

Artigo recebido em 6/3/2017.

Artigo aprovado em 19/5/2017.

NOTAS

- 1 Citem-se Canaris (2009) e Ledur (2009).
- 2 BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 21ª Região. Recursos ordinários n. 34200-68.2010.5.21.0003 (RO) e 154800-32.2007.5.21.0001 (RO) – Anexos.
- 3 Importante mencionar que a teoria de Max Weber teve grande base nas reformas religiosas, de como o protestantismo influenciou o desenvolvimento econômico, inclusive que o pilar do trabalho representava uma das condições determinantes para que grande parte do desenvolvimento econômico ocidental tenha se dado, ou se aprofundado com maior intensidade nos países protestantes, com sua chama ética do trabalho. Ver Fergusson (2012, p. 302-316).

REFERÊNCIAS

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS MAGISTRADOS DO TRABALHO (Brasil). *Terceirização: maioria dos ministros do TST pede rejeição do PL 4.330/2004*.

Bruno Ernesto Clemente é professor na Faculdade de Direito da UERN e advogado no Estado do Rio Grande do Norte.