

3 A INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 442-B, CLT, ACRESCIDO PELA LEI 13.467/2017: ANÁLISE PRINCIPiolÓGICA

Thiago Fonseca Alves Paranhos

Técnico Judiciário do Tribunal Regional do Trabalho da Primeira Região. Assistente de Gabinete do Desembargador Evandro Pereira Valadão Lopes. Pós-graduação lato sensu “Direito Constitucional” pela Universidade Candido Mendes.

Elaborada a Declaração Universal dos Direitos do Homem pela ONU, no ano de 1948, foram elencados alguns dos direitos e liberdades mais básicos do ser humano, independentemente de credo, raça, origem, gênero. Em seu preâmbulo, é estatuída a força cogente de princípios básicos e comuns à humanidade, sendo reconhecido que a não observação desta levou a história contemporânea ao nível de caos e destruição já conhecidos, *in verbis*: “Considerando que o desconhecimento e o desprezo dos direitos do Homem conduziram a actos de barbárie que revoltam a consciência da Humanidade (...)”¹.

Humberto Ávila (ÁVILA, 2011, p. 78), em sua obra “Teoria dos Princípios” os conceitua como “normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes

1 http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf (acessado em 14/02/2018)

da conduta havida como necessária à sua promoção”². Prossegue o autor definindo-os como “normas finalísticas, que exigem a delimitação de um estado ideal de coisas a ser buscado por meio de comportamentos necessários a essa realização”³.

Vê-se, a partir dos conceitos trazidos, que os princípios possuem caráter finalista, representando um objetivo final a ser alcançado por meio de uma série de condutas correlatas às finalidades propostas. Ao mesmo tempo, entende-se que os princípios delimitam o raio de ação do sujeito, definindo seu campo e suas possibilidades de atuação.

Para o jurista uruguaio Américo Plá Rodriguez (RODRIGUEZ, 2002a), “os princípios de direito cumprem tríplice missão: a) informadora - inspiram o legislador, servindo de fundamento para o ordenamento jurídico; b) normativa - atuam como fonte supletiva, no caso de ausência de lei. São meios de integração de direito; e c) interpretativa - operam como critério orientador do juiz ou intérprete”⁴.

Neste mister, importa trazer a lume a definição de princípios proposta por José Afonso da Silva (SILVA, 2012a), no seu clássico manual “Curso de Direito Constitucional Positivo”: “Os princípios são ordenações que se irradiam e imantam os sistemas de normas, são [como observam Gomes Canotilho e Vital Moreira] ‘núcleos de condensações’ nos quais confluem *valores e bens* constitucionais’. Mas, como disseram os mesmos autores, ‘os princípios, que começam por ser a base de *normas jurídicas*, podem estar positivamente incorporados, transformando-os em normas-princípio e constituindo preceitos básicos da organização constitucional”⁵ (grifos do autor).

2 Ávila, Humberto - Teoria dos Princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos, 12ª edição, 2011, editora Malheiros, pág. 78.

3 Ávila, Humberto - Teoria dos Princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos, 12ª edição, 2011, editora Malheiros, pág. 91.

4 Rodriguez, Américo Plá - Princípios de Direito do Trabalho, 3ª edição, 2002, LTR, pág. 44.

5 Silva, José Afonso da - Curso de Direito Constitucional Positivo, 35ª edição, 2012, editora Malheiros, pág. 92.

Divide o autor os princípios constitucionais em político-constitucionais e jurídico-fundamentais. Ao passo que o primeiro grupo engloba as decisões políticas fundamentais concretizadas em normas conformadoras do sistema constitucional positivo, o segundo importa nos princípios constitucionais gerais informadores da ordem jurídica nacional.

No tocante ao segundo grupo, ainda, José Afonso da Silva (SILVA, 2012b) faz distinção entre princípios fundamentais e gerais. Para o ilustre constitucionalista, os princípios fundamentais “integram o Direito Constitucional positivo, traduzindo-se em normas fundamentais, normas-síntese ou normas-matriz, ‘que explicitam as valorações políticas fundamentais do legislador constituinte’, normas que contêm as decisões políticas fundamentais que o constituinte acolheu no documento constitucional”, e os princípios gerais “formam temas de uma teoria geral do Direito Constitucional, por envolver conceitos gerais, relações, objetos, que podem ter seu estudo destacado da dogmática jurídico-constitucional”⁶.

Prossegue o autor (SILVA, 2012c), quanto aos princípios fundamentais, informando que “os princípios essenciais, assim estabelecidos como os *summa genera* do direito constitucional, fórmulas básicas ou postos-chaves de interpretação e construção teórica do constitucionalismo”⁷. Assim sendo, é possível concluir que ao falar-se em direitos fundamentais do homem ou da humanidade, diz-se, na realidade, em “situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive; fundamentais *do homem* no sentido de que a todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados”⁸ (SILVA, 2012d), (grifos do autor).

6 Silva, José Afonso da - Curso de Direito Constitucional Positivo, 35ª edição, 2012, editora Malheiros, pág. 95.

7 *Idem*

8 Silva, José Afonso da - Curso de Direito Constitucional Positivo, 35ª edição, 2012, editora Malheiros, pág. 178.

Possível, portanto, aferir que os chamados direitos fundamentais do homem constituem, na verdade, uma série de princípios básicos, fundamentais, sob os quais se funda o contemporâneo Estado democrático de direito. Importante dizer, ainda, que os princípios auxiliam o intérprete a extrair o máximo valor da norma a ser examinada, informando-o, atuando como efetiva fonte de direito e auxiliando-o em sua interpretação.

Na esteira de evolução dos chamados direitos humanos, é consensual entre os autores constitucionalistas e humanistas seu desenvolvimento em três ondas, níveis ou gerações. André Ramos Tavares (TAVARES, 2012a) prefere chamá-las de dimensões, pois para o autor, “a idéia de ‘gerações’ é equívoca, na medida em que dela se deduz que uma geração se substitui, naturalmente, à outra, e assim sucessivamente, o que não ocorre, contudo, com as ‘gerações’ ou ‘dimensões’ dos direitos humanos”⁹.

Neste sentido, é a lição de Manoel Gonçalves Ferreira Filho (Ferreira Filho, 2000, p. 28): “Na visão contemporânea, as liberdades públicas, ou, como por muito tempo a elas se chamou no Brasil, os *direitos individuais*, constituem o núcleo dos direitos fundamentais. A eles - é certo - se agregam primeiro os direitos econômicos e sociais, depois os direitos de solidariedade, mas estes e outros direitos não renegam essas liberdades, visam antes a completá-las”¹⁰.

Assim, como bem elucidado pelo autor ora citado, os direitos fundamentais de primeira dimensão são os surgidos com o Estado Liberal do século XVIII, englobando os chamados direitos individuais e políticos. Segundo o clássico lema revolucionário francês, “*liberté, égalité, fraternité*”, a primeira dimensão importaria nos direitos de liberdade, isto é, na não ingerência do Estado na vida particular dos indivíduos.

Nesta primeira dimensão, encontram-se a proteção contra a privação arbitrária da liberdade, a inviolabilidade do domicílio, o se-

9 Tavares, André Ramos - Curso de Direito Constitucional, 10ª edição, 2012, editora Saraiva, pág. 500.

10 Ferreira Filho, Manoel Gonçalves - Direitos Humanos Fundamentais, 4ª edição, 2000, editora Saraiva, pág. 28.

gredo de correspondência, as liberdades de locomoção, de iniciativa, de atividade econômica, de exercício de profissão, disposição sobre a propriedade, além das liberdades de associação, de reunião, de opinião e acesso a cargos públicos.

Considerando o até aqui exposto e, principalmente, que as dimensões de direitos fundamentais se acrescem, e não se substituem, eis uma das brilhantes conclusões de José Afonso da Silva (SILVA, 2012e): “A Constituição, agora, fundamenta o entendimento de que as categorias de direitos humanos fundamentais, nela previstos, integram-se num todo harmônico, mediante influências recíprocas, até porque os direitos individuais, consubstanciados no seu art. 5º, estão contaminados de dimensão social, de tal sorte que a previsão dos direitos sociais, entre eles, os direitos de nacionalidade e políticos, lhes quebra o formalismo e o sentido abstrato. Com isso, transita-se de uma democracia de conteúdo basicamente político formal para a democracia de conteúdo social, se não de tendência socializante. Quanto mais precisos e eficazes se tornem os direitos econômicos, sociais e culturais, mais se inclina do liberalismo para o socialismo”¹¹.

Desta forma, surge a segunda dimensão dos direitos fundamentais, de caráter social, coletivo. Traçando o paralelo com o lema da Revolução francesa de 1789, fonte material do constitucionalismo moderno, é possível dizer que esta dimensão equivaleria aos direitos de *égalité*. Ainda banhando-nos das palavras de José Afonso da Silva (SILVA, 2012f), temos que “O certo é que a Constituição assumiu, na sua essência, a doutrina segundo a qual há de verificar-se a integração harmônica entre todas as categorias dos direitos fundamentais do homem sob o influxo precisamente dos direitos sociais, que não mais poderiam ser tidos como uma categoria contingente. Nem é preciso fundamentá-los em bases jusnaturalistas, como se esforça em fazê-lo, para compreender que eles constituem, em definitivo, os novos direitos fundamentais do homem, e, com toda razão, ‘se estima que, mais que uma categoria de direitos fundamentais, constituem um meio positivo

11 Silva, José Afonso da - Curso de Direito Constitucional Positivo, 35ª edição, 2012, editora Malheiros, pág. 185.

para dar um conteúdo real e uma possibilidade de exercício eficaz a todos os direitos e liberdades' e sua proclamação supõe uma autêntica garantia para a democracia, ou seja: 'para o efetivo desfrute das liberdades civis e políticas'¹².

Para André Ramos Tavares (TAVARES, 2012b), "os direitos de segunda dimensão são os direitos sociais, que visam a oferecer os meios materiais imprescindíveis à efetivação dos direitos individuais. Também pertencem a essa categoria os denominados direitos econômicos, que pretendem propiciar os direitos sociais"¹³.

Em contraposição aos chamados direitos de primeira dimensão, que importavam em uma atuação negativa do Estado, isto é, um não agir, os direitos sociais, ou de segunda dimensão, pressupõe atuação positiva do ente estatal, que deve agir para satisfazer as pretensões que legitimamente lhe sejam exigíveis. Para José Afonso da Silva (SILVA, 2012g), "os direitos sociais, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade. Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade"¹⁴.

Nas palavras de José Luiz Quadros de Magalhães (MAGALHÃES, 1992, p. 44): "Os direitos sociais são essenciais para os direitos políticos, pois será através da educação que se chegará à participação

12 Silva, José Afonso da - Curso de Direito Constitucional Positivo, 35ª edição, 2012, editora Malheiros, pág. 185.

13 Tavares, André Ramos - Curso de Direito Constitucional, 10ª edição, 2012, editora Saraiva, pág. 502.

14 Silva, José Afonso da - Curso de Direito Constitucional Positivo, 35ª edição, 2012, editora Malheiros, pág. 285.

consciente da população, o que implica também necessariamente no direito individual à livre formação da consciência e à liberdade de expressão e informação. Os direitos econômicos, da mesma forma colaboram para o desenvolvimento e efetivação de participação popular através de uma democracia econômica¹⁵. O que essa nova categoria de direitos, na verdade, propõe é assegurar as liberdades clássicas de primeira dimensão munindo o indivíduo das condições materiais necessárias a seu aproveitamento.

Neste sentido, é possível afirmar, com convicção, que os direitos sociais prestam-se como instrumento a propiciar o desfrute e pleno exercício de todos os direitos e liberdades. “Respeitados os direitos sociais, a democracia acaba fixando os mais sólidos pilares”¹⁶.

Referendando tal entendimento, temos o professor Alexandre de Moraes (MOARES, 2015, p. 206), para quem “Direitos sociais são direitos fundamentais do homem, caracterizando-se como verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria de condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social, e são consagrados como fundamentos do Estado democrático, pelo art. 1º, IV, da Constituição Federal”¹⁷.

A Constituição de 1988 reserva capítulo próprio aos direitos sociais, abrangidos entre os arts. 6º e 11, além de um título exclusivamente destinado à Ordem Social, a tratar da Saúde, Assistência e Previdência Sociais (Título VIII). Nesta dimensão encontram-se os direitos à saúde, à educação, à cultura, à segurança, à moradia, ao trabalho, e todos os demais que lhes sejam correlatos.

15 Magalhães, José Luiz Quadros de, Os Direitos Políticos, Revista de Informação Legislativa, ano 29, nº. 116, out./dez. 1992, pág. 44.

16 Tavares, André Ramos - Curso de Direito Constitucional, 10ª edição, 2012, editora Saraiva, pág. 503.

17 Moraes, Alexandre de - Direito Constitucional, 31ª edição, 2015, editora Atlas, pág. 206.

Observação que se faz necessária é no sentido de que os direitos elencados no referido art. 6º da Constituição não excluem outros, que venham a ser agregados ao ordenamento jurídico vigente (art. 9º, §2º, CF), seja por processo legislativo, na forma da seção VIII do título IV da Constituição, seja por incorporação dos termos internacionalmente celebrados, consoante o disposto no art. 5º, § 3º, também da Constituição.

Também impende compreender que a implementação deste grupo de direitos não se dá de uma única vez, mas sim de forma progressiva e gradual, atendendo-se ao chamado princípio da reserva do possível, observando-se as possibilidades e condições orçamentárias do Estado, bem como os critérios de direcionamento das políticas públicas.

Por fim, característica importante que deve ser observada, notadamente para os fins propostos por este trabalho é a irrenunciabilidade, mais destacada no tocante aos direitos dos trabalhadores. Apesar de controversa, tal característica implica no fato de que os direitos sociais, por serem normas cogentes, de ordem pública, não podem ser declinados por mera vontade das partes.

No específico caso do direito do trabalho, pressupõe-se que o trabalhador encontra-se em desvantagem econômica em relação ao seu empregador. Por tal razão, o ordenamento jurídico vigente, visando “corrigir” tal discrepância e efetivando a igualdade aristotélica, prevista no art. 5º, inciso I, da Constituição, assegura ao trabalhador uma série de garantias, dentre as quais, a irrenunciabilidade a seus direitos trabalhistas.

Convém registrar que direitos tão sensíveis e caros ao Estado e à Democracia republicana brasileiras gozam de proteção especial no próprio corpo da Constituição Federal. Tal proteção se faz necessária para assegurar o contínuo desenvolvimento social e econômico da nação, bem como para assegurar-lhe estabilidade institucional e democrática. Não é demais lembrar que a Constituição Republicana brasileira caracteriza-se como rígida, o que implica em maior dificuldade para sua modificação.

Além do rito e quórum mais específico, a Constituição impõe, ainda, algumas outras limitações ao poder de emenda constitucional como, por exemplo, a pretensão de modificar qualquer elemento conceitual constitucionalmente previsto, como a forma federativa de Estado, a separação dos Poderes ou os direitos e garantias individuais, já tratados acima, na forma do art. 60, da Constituição. Tal conclusão é possível porque o constituinte incluiu a palavra “tendente” § 4º do já mencionado art. 60.

Por tais motivos, é que os direitos e garantias elencados no art. 60, § 4º, da Constituição passaram a ser designados por “cláusulas pétreas”, sendo um conjunto de preceitos constitucionais intangíveis, que não podem ser objeto de emenda constitucional que pretenda diminuir sua abrangência ou aboli-los. Convém observar que o referido dispositivo veda, tão somente, a pretensão à abolição, sendo plenamente possível sua expansão, inclusive, como explicitado no art. 5º, § 2º da própria Constituição.

No tocante aos “direitos e garantias individuais”, por todo o até aqui exposto entendemos que também estão incluídas nesta expressão os já mencionados direitos sociais. Conosco está André Ramos Tavares (TAVARES, 2012c) ao mencionar Ingo Wolfgang Sarlet e seus argumentos combativos à interpretação literal que se poderia realizar sobre este dispositivo¹⁸.

Em primeiro lugar, não se pode admitir, no ordenamento constitucional brasileiro, nenhuma primazia entre os direitos individuais clássicos (de primeira dimensão) sobre os de ordem social, como explicitamente já ilustrado acima, mediante citação de José Afonso da Silva, uma vez que em momento algum a interpretação do texto constitucional permite tal diferenciação. Em segundo lugar, a grande maioria dos direitos sociais são estruturalmente equiparáveis aos direitos individuais, notadamente os direitos relativos ao trabalho, sendo amplamente possível a individuação dos titulares de tais direitos, pois que, embora

18 Tavares, André Ramos - Curso de Direito Constitucional, 10ª edição, 2012, editora Saraiva, pág. 79.

de expressão coletiva, tais direitos revelam-se, primordialmente, de interesse individual

Também é necessário ter em mente que a interpretação restritiva da expressão “direitos e garantias individuais” poderia levar à exclusão de outros direitos, como os relativos à nacionalidade e os políticos, não expressamente incluídos na vedação constitucional. Neste sentido, temos o voto do Ministro Carlos Veloso, proferido no julgamento da ADIn 939-07 DF, *in verbis*: “É sabido, hoje, que a doutrina dos direitos fundamentais não compreende, apenas, direitos e garantias individuais, mas, também, direitos e garantias sociais, direitos atinentes à nacionalidade e direitos políticos. Este quadro todo compõem a teoria dos direitos fundamentais. Hoje não falamos, apenas, em direitos individuais, assim direitos de primeira geração. Já falamos em direitos de primeira, de segunda, de terceira e até de quarta geração”¹⁹.

No mesmo julgamento, assim se pronunciou o Ministro Marco Aurélio: “Tivemos, Senhor Presidente, o estabelecimento de direitos e garantias de uma forma geral. Refiro-me àqueles previstos no rol, que não é exaustivo, do artigo 5º da Carta, os que estão contidos, sob a nomenclatura ‘direitos sociais’, no artigo 7º e, também, em outros dispositivos da Lei Básica Federal, isto sem considerar a regra do § 2º do artigo 5º, segundo a qual ‘os direitos e as garantias expressos nesta 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’. Houve o agasalho, portanto, de direitos e garantias explícitos e de direitos e garantias implícitos”²⁰.

Ainda, segundo Alexandre de Moraes (MOARES, 2003, p. 934): “Os direitos sociais, enquanto direitos fundamentais de 2ª geração, são cláusulas pétreas, à medida que refletem direitos e garantias indivi-

19 <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266590> - pág. 275 (acessado em 15/05/2018).

Fazemos a nota de que o referido julgamento ocorreu no ano de 1993. Atualmente, já há doutrina elencando direitos de até 6ª dimensão.

20 Trecho do voto do Min. Marco Aurélio, Serviço de Jurisprudência do Supremo Tribunal federal, *ementário* n°. 1730-10/STF.

duais do trabalhador, uma vez que a Constituição Federal determinou a imutabilidade aos direitos e garantias individuais, estejam ou não no rol exemplificativo do art. 5º (CF, art. 60, § 4º, IV), pois os direitos sociais caracterizam-se como verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria das condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade, social, que configura um dos fundamentos de nosso Estado Democrático, conforme preleciona o art. 1º, IV²¹.

Deste modo, concluímos que ao proteger os “direitos e garantias individuais”, o legislador constituinte pretendeu, na realidade, proteger os chamados direitos fundamentais, assim entendidos os chamados direitos humanos, de matiz principiológica, os quais emanam seus efeitos ainda que não expressamente positivados, dentre os quais se encontram os direitos do trabalhador, os quais constituem expressão da ordem social e dos direitos humanos de segunda dimensão.

Arnaldo Süssekind (SÜSSEKIND, 2005a), afirma que o direito do trabalho “não é apenas o conjunto de leis, mas de normas jurídicas, entre as quais os contratos coletivos, e não regula somente as relações entre empregados e empregadores num contrato de trabalho; ele vai desde sua preparação, com a aprendizagem, até as consequências complementares, como, por exemplo, a organização profissional”²². Maurício Godinho Delgado (DELGADO, 2014a), por sua vez, define o direito do trabalho como “complexo de princípios, regras e institutos jurídicos que regulam a relação empregatícia de trabalho e outras relações normativamente especificadas, englobando, também, os institutos, regras e princípios jurídicos concernentes às relações coletivas

21 MORAES, Alexandre de. Constituição do Brasil interpretada. 2ª edição, 2003, Editora Atlas - pág. 934.

22 Süssekind, Arnaldo - Instituições de Direito do Trabalho, 22º edição, 2005, LTR - pág. 100.

entre trabalhadores e tomadores de serviços, em especial através de suas associações coletivas”²³.

Já Vólia Bonfim Cassar (CASSAR, 2017a), conceitua o direito do trabalho como “um sistema jurídico permeado por institutos, valores, regras e princípios dirigidos aos trabalhadores subordinados e assemelhados aos empregadores, empresas coligadas, tomadores de serviço, para tutela do contrato mínimo de trabalho, das obrigações decorrentes das relações de trabalho, das medidas que visam à proteção da sociedade trabalhadora, sempre norteadas pelos princípios constitucionais, principalmente o da dignidade da pessoa humana. Também é recheado de normas destinadas aos sindicatos e associações representativas; à atenuação e forma de solução dos conflitos individuais, coletivos e difusos, existentes entre capital e trabalho; à estabilização da economia social e à melhoria da condição social de todos os relacionados”²⁴.

Verifica-se, deste modo, que o direito do trabalho é o ramo jurídico que disciplina a relação existente entre empregado e empregador, bem como às figuras a eles equiparadas, não apenas durante a vigência do vínculo laboral, mas também a fase de preparação para o contrato e seu rompimento, além das relações coletivas de trabalho, assim entendidos os direitos de associação e representação sindical, e os processos de negociação envolvendo os entes sindicais e os órgãos patronais.

Dos conceitos apresentados e do texto da própria CLT, extrai-se que o direito do trabalho não contempla todas as relações trabalhistas possíveis. Com efeito, o texto consolidado exclui de sua abrangência os trabalhadores rurais, empregados domésticos e servidores públicos, que possuem corpo normativo próprio.

Neste mister, convém registrar que a CLT disciplina o trabalho urbano, assim considerada a prestação de serviços de um empregado ao seu empregador. Trata-se da relação de emprego.

23 Delgado, Maurício Godinho - Curso de Direito do Trabalho, 13ª edição, 2014, LTR - pág. 47.

24 Cassar, Vólia Bonfim - Direito do Trabalho, 14ª edição, 2017, Editora Método - pág. 3.

A CLT define a relação de emprego a partir da conceituação de empregador (art. 2º) e empregado (art. 3º). Nos termos celetistas, o empregador é “a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço”, sendo empregado aquele que “prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário”.

A partir das definições legais, Arnaldo Süssekind (SÜSSEKIND, 2005b) traça algumas conclusões acerca da relação de emprego²⁵: a) o empregado é sempre pessoa física; b) os serviços contratados devem ser prestados de modo não eventual, isto é, que a utilização da força de trabalho, como fator de produção, deve corresponder às necessidades normais da atividade econômica em que é empregada; c) que a prestação de serviço não se dê sob forma autônoma, isto é, que não exerça o trabalhador, ele próprio, uma atividade econômica (grifos nossos); d) que a prestação de trabalho não se dê a título gratuito, porque o contrato de trabalho é um contrato oneroso. Maurício Godinho Delgado (DELGADO, 2014b) e Vólia Bonfim Cassar (CASSAR, 2017b) trazem, ainda, a subordinação, como elemento caracterizador da relação de emprego, assim conceituando: “consiste, assim, na situação jurídica derivada do contrato de trabalho, pela qual o empregado compromete-se a acolher o poder de direção empresarial, no modo de realização de sua prestação de serviços”²⁶ e “a subordinação nada mais é que o dever de obediência ou o estado de dependência na conduta profissional, a sujeição às regras, orientações e normas estabelecidas pelo empregador inerentes ao contrato, à função, desde que legais e não abusivas”²⁷.

25 Süssekind, Arnaldo - Instituições de Direito do Trabalho, 22º edição, 2005, LTR - pág. 311.

26 Delgado, Maurício Godinho - Curso de Direito do Trabalho, 13ª edição, 2014, LTR - pág. 303.

27 Cassar, Vólia Bonfim - Direito do Trabalho, 14ª edição, 2017, Editora Método - pág. 253.

Tem-se, portanto, que a relação de emprego é composta por cinco elementos essenciais: pessoalidade, não eventualidade, onerosidade, não assunção dos riscos da atividade econômica pelo empregado e subordinação. Guilherme Guimarães Feliciano (FELICIANO, 2017a), em sua “visão, compreensão e crítica” da reforma trabalhista, vai além e estatui que a relação de emprego, no ordenamento jurídico brasileiro, foi constitucionalizada: “apesar de o art. 7º da CF/88, em seu *caput* se referir à relação de trabalho, o certo é que tal dispositivo, em uma interpretação lógica e restritiva, refere-se à relação de emprego, passando a elencar os direitos constitucionais que decorrem deste fato”²⁸.

Observamos que a veracidade da afirmação transcrita acima é facilmente verificada uma vez que, sempre que há a intenção de estender os direitos previstos no art. 7º, CF a outras relações de trabalho que não a de emprego, há referência expressa, como no caso do empregado rural, citado no *caput* e inciso XXIX, do avulso, no inciso XXXIV e do doméstico, mencionado no parágrafo único.

Estabelecidas estas premissas, passemos à análise dos princípios trabalhistas.

Para Américo Plá Rodriguez (RODRIGUEZ, 2002b), primeiro doutrinador a enumerar e organizar os princípios aplicáveis às relações trabalhistas, o princípio protetivo é o primeiro e mais importante pilar a sustentar o Direito do Trabalho. Nas palavras do jurista: “O princípio da proteção se refere ao critério fundamental que orienta o Direito do Trabalho, pois este, ao invés de inspirar-se num propósito de igualdade, responde ao objetivo de estabelecer um amparo preferencial a uma das partes: o trabalhador. Enquanto no direito comum uma constante preocupação parece assegurar a igualdade jurídica entre os contratantes, no Direito do Trabalho a preocupação central parece ser a de proteger uma das partes com o objetivo de, mediante essa proteção, alcançar-se uma igualdade substancial e verdadeira entre as partes”²⁹.

28 Feliciano, Guilherme Guimarães - Reforma Trabalhista Visão, Compreensão e Crítica - 1ª edição, 2017, LTR - pág. 79.

29 Rodriguez, Américo Plá - Princípios de Direito do Trabalho, 3ª edição, 2002, LTR, pág. 83.

Para este jurista, este pilar principiológico principal desmembra-se em outros três: *in dubio, pro operario*, norma mais favorável e condição mais benéfica. De acordo com o primeiro, “no caso de que uma norma seja suscetível de entender-se de vários modos, deve-se preferir a interpretação mais favorável ao trabalhador”³⁰. Para o segundo, quando a uma mesma situação jurídica existirem diversas normas aplicáveis, deverá ser utilizada a mais favorável ao empregado. Por fim, o terceiro desdobramento do princípio da proteção aponta no sentido de que na existência de uma situação concreta, anteriormente reconhecida, esta deverá ser respeitada, na medida em que seja mais favorável ao trabalhador que a norma contemporaneamente aplicável.

Maurício Godinho Delgado (DELGADO, 2014c) afirma que “o princípio tutelar influi em todos os segmentos do Direito Individual do Trabalho, influenciando na própria perspectiva desse ramo ao construir-se, desenvolver-se e atuar como direito”³¹.

Vólia Bonfim Cassar (CASSAR, 2017c) explicita que “o princípio da proteção ao trabalhador está caracterizado pela intensa intervenção estatal brasileira nas relações de trabalho entre empregado e empregador, o que limita, em muito, a autonomia da vontade das partes”³².

Por fim, Arnaldo Süssekind (SÜSSEKIND, 2005c) coroa que “o *princípio da proteção do trabalhador* resulta das normas imperativas, e, portanto, de ordem pública, que caracterizam a intervenção básica do estado nas relações de trabalho, visando a opor obstáculos à autonomia da vontade. Essas regras cogentes formam a base do contrato de trabalho - uma linha divisória entre a vontade do estado, manifestada pelos poderes competentes, e a dos contratantes. Estes podem complementar ou suplementar o mínimo de proteção legal. Daí decorre o *princípio da*

30 Rodriguez, Américo Plá - Principios de Direito do Trabalho, 3ª edição, 2002, LTR, pág. 107.

31 Delgado, Maurício Godinho - Curso de Direito do Trabalho, 13ª edição, 2014, LTR - pág. 196.

32 Cassar, Vólia Bonfim - Direito do Trabalho, 14ª edição, 2017, Editora Método - pág. 169.

irrenunciabilidade, que vem sendo afetado pela tese da flexibilização, mas que não se confunde com a transação (...)"³³. E prossegue: "Os fundamentos jurídico-políticos e sociológicos do *princípio protetor* geram, sem dúvida, outros, que dele são filhos legítimos: a) *princípio 'in dubio pro operario'* (...); b) o *princípio da norma mais favorável* (...); c) o *princípio da condição mais benéfica* (...); d) o *princípio da primazia da realidade*, em razão do qual a relação objetiva evidenciada pelos fatos define a verdadeira relação jurídica estipulada pelos contratantes, ainda que sob capa simulada, não correspondente à realidade; (...)"³⁴ (grifos do autor).

Percebe-se que se trata do mais importante pilar principiológico do direito do trabalho, desmembrando-se em outros três grandes suportes, a ancorar toda a estrutura do direito do trabalho. É a partir deste conjunto de princípios, o qual revela a grande desigualdade jurídica entre as partes envolvidas na relação material de emprego, que as normas trabalhistas retiram seu fundamento maior de validade e legitimidade.

Por outro lado, a irrenunciabilidade é entendida por Plá Rodríguez (RODRIGUEZ, 2002c) como "a impossibilidade jurídica de privar-se voluntariamente de uma ou mais vantagens concedidas pelo direito trabalhista em benefício próprio"³⁵. Maurício Godinho Delgado (DELGADO, 2014d) esclarece que "no tocante à Renúncia, o operador jurídico em geral até mesmo pode dispensar o exame de seus requisitos, uma vez que o Direito do Trabalho tende a repelir qualquer possibilidade de renúncia a direitos laborais por parte do empregado"³⁶.

33 Süssekind, Arnaldo - Instituições de Direito do Trabalho, 22ª edição, 2005, LTR - pág. 144.

34 Süssekind, Arnaldo - Instituições de Direito do Trabalho, 22ª edição, 2005, LTR - pág. 145.

35 Rodríguez, Américo Plá - Princípios de Direito do Trabalho, 3ª edição, 2002, LTR, pág. 142

36 Delgado, Maurício Godinho - Curso de Direito do Trabalho, 13ª edição, 2014, LTR - pág. 216.

Acrescenta, entretanto, que “apenas em raríssimas situações - inquestionavelmente autorizadas pela ordem jurídica heterônoma estatal - é que a renúncia será passível de validade”³⁷.

Vólia Bonfim Cassar (CASSAR, 2017d) explana, magistralmente, sobre as mais variadas correntes existentes sobre o tema, e se posiciona com Godinho, entendendo que somente é possível a renúncia a direitos trabalhistas quando expressamente autorizada pela lei.

Mais uma vez, o princípio da proteção também emana sua luz sobre este princípio, a desautorizar qualquer renúncia de seus direitos trabalhistas pelo empregado, ainda que deles plenamente consciente e de boa-fé. Protege-se o trabalho, o elo fraco na relação travada com o capital.

Por fim, o último dos princípios trabalhistas, objeto do presente artigo.

Plá Rodriguez (RODRIGUEZ, 2002d) dedica um longo capítulo de sua obra apenas a estudar este princípio. Segundo o autor, “o significado que atribuímos a este princípio é o da primazia dos fatos sobre as formas, as formalidades ou as 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”³⁸.

Ao tratar deste princípio, Maurício Godinho Delgado (DELGADO, 2014e) afirma que “no Direito do Trabalho deve-se pesquisar, preferentemente, a prática concreta efetivada ao longo da prestação de serviços, independentemente da vontade eventualmente manifestada pelas partes na respectiva relação jurídica”³⁹. Prossegue atestando que “o conteúdo do contrato não se circunscreve ao transposto no correspon-

37 *Idem*

38 Rodriguez, Américo Plá - Princípios de Direito do Trabalho, 3ª edição, 2002, LTR, pág. 351-352

39 Delgado, Maurício Godinho - Curso de Direito do Trabalho, 13ª edição, 2014, LTR - pág. 206.

dente instrumento escrito, incorporando amplamente todos os matizes lançados pelo cotidiano da prestação de serviços”⁴⁰.

Vólia Bonfim Cassar informa que “para o Direito do Trabalho, prevalecem os fatos reais sobre as formas. O que importa é o que realmente aconteceu e não o que está escrito”⁴¹. E complementa: “o princípio da primazia da realidade destina-se a proteger o trabalhador, já que seu empregador poderia, com relativa facilidade, obrigá-lo a assinar documentos contrários aos fatos e aos seus interesses. Ante o estado de sujeição permanente que o empregado se encontra durante o contrato de trabalho, algumas vezes submete-se às ordens do empregador, mesmo que contra sua vontade”⁴².

Também aqui, vemos o lastro do princípio da proteção. Ainda que de boa-fé, ou de modo consciente, o empregado concorde com os termos de dado contrato ou documento, será a realidade fática, o cotidiano da prática trabalhista que demonstrará o verdadeiro caráter da relação documentada.

A Lei 13.467/2017, conhecida como “Reforma Trabalhista” acrescentou o art. 442-B à CLT, o qual dispõe que “a contratação do autônomo, cumpridas por este todas as formalidades legais, com ou sem exclusividade, de forma contínua ou não, afasta a qualidade de empregado prevista no art. 3º desta Consolidação”.

Percebe-se, por meio da simples leitura do dispositivo acrescido à consolidação trabalhista que, independentemente da realidade fática vivenciada no curso do contrato de trabalho, se a mera formalidade exigida para contratação de autônomo for observada, será afastado o vínculo de emprego e validada a prestação autônoma de serviços, a representar uma frontal ofensa ao princípio da primazia da realidade, o qual, como já visto, reverbera o caráter protetivo do direito do trabalho

40 *Idem*

41 Cassar, Vólia Bonfim - Direito do Trabalho, 14ª edição, 2017, Editora Método - pág. 186.

42 Cassar, Vólia Bonfim - Direito do Trabalho, 14ª edição, 2017, Editora Método - pág. 187.

e possui força normativa, não podendo ser ignorado ou excluído do ordenamento jurídico em vigor.

Neste sentido, antes da sanção presidencial ao então projeto de lei (PL 38/2017) diversos órgãos, em conjunto, ingressaram com pedido de veto ao Presidente da República em exercício. Foram eles: AMB (Associação dos Magistrados Brasileiros) em conjunto com a ANPT (Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho), ANAMATRA (Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho), CO-NAMP (Associação Nacional dos Membros do Ministério Público), AJUFE (Associação dos Juízes Federais do Brasil), AMPDFT (Associação do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios), AMA-GIS-DF (Associação Nacional dos Magistrados do Distrito Federal e Territórios) e ANMPM (Associação Nacional do Ministério Público Militar).

No tocante ao artigo ora abordado, o pedido de veto explica que “referido dispositivo viola frontalmente o artigo 7º da Constituição Federal, pois, ao mascarar a relação de emprego sob a forma de autônomo, que praticamente não possui direitos e que trabalha (*sic*) por conta própria e sob os próprios riscos, retira de trabalhadores diversos direitos que são garantidos unicamente àqueles que possuem contrato de emprego com registro em CTPS”⁴³. Ainda neste mister, avança o pedido de veto: “Além disso, o artigo 442-B, além de contrariar o princípio da primazia da realidade, que informa o direito do trabalho, atinge também o disposto no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, que garante o acesso à justiça, pois obsta o reconhecimento da condição de empregado ao trabalhador contratado como autônomo, ainda que caracterizada, na realidade, a relação de emprego, nos termos do art. 3º da CLT”⁴⁴.

A Lei em comento foi sancionada no dia 13 de julho de 2017 e passou a vigorar no dia 11 de novembro do mesmo ano. Apesar

43 <http://www.amb.com.br/wp-content/uploads/2017/07/Pedido-de-Veto.pdf> - pág. 6 (visto em 14/05/2018).

44 <http://www.amb.com.br/wp-content/uploads/2017/07/Pedido-de-Veto.pdf> - pág. 7 (visto em 14/05/2018).

de toda a explanação oferecida pelos órgãos acima referidos e a clara afronta aos princípios constitucionais, o Presidente da República manteve os termos originais do Projeto de Lei 38/2017.

Vólia Bonfim Cassar (CASSAR, 2017e), ao analisar a redação do novel dispositivo consolidado, posiciona-se junto à corrente segundo a qual, presentes os requisitos da relação de emprego, “o contrato formalizado, por si só, não afasta o liame empregatício, porque este é direito indisponível do trabalhador e a norma legal é inafastável pela vontade das partes e por vontade coletiva, já que o inciso I do art. 611-B da CLT também proíbe que a negociação coletiva verse sobre a anotação da CTPS”⁴⁵.

Maurício Godinho Delgado (DELGADO, 2014f), ao elaborar seus comentários sobre a Lei 13.467/2017, no tocante ao dispositivo ora sob análise, informa que “ou o obreiro é contratado como empregado, uma vez que exercerá seu trabalho com os elementos da relação de emprego ou pode ser contratado como autônomo, caso efetivamente exerça a sua prestação de serviços sem os elementos da relação de emprego. Se for contratado como autônomo, porém cumprir o contrato com os elementos da relação de emprego, será tido, evidentemente, do ponto de vista fático e jurídico, como real empregado”⁴⁶. E avança, elaborando que “a interpretação lógico-racional, sistemática e teleológica do art. 442-B da Consolidação das Leis do Trabalho, conduz, inegavelmente, ao seguinte resultado interpretativo: o que importa para o Direito do Trabalho é a presença (ou não) dos elementos fático-jurídicos da relação de emprego, ao invés do simples envoltório formal conferido ao contrato entre as partes. Estando presentes os elementos da relação de emprego, estruturados, pacificamente, pelos art. 3º, *caput*, e 2º, *caput*, está-se perante essa importante relação sóciojurídica tipificada no Direito do Trabalho brasileiro; não estando presentes esses

45 Cassar, Vólia Bonfim - Direito do Trabalho, 14ª edição, 2017, Editora Método - pág. 284.

46 Delgado, Maurício Godinho - A Reforma Trabalhista no Brasil com os comentários à Lei n. 13.467/2017, 1ª edição, 2017, LTR - pág. 152.

elementos fático-jurídicos - ou, pelo menos, faltando um deles -, não se considera existente a relação empregatícia entre as partes contratuais”⁴⁷.

Neste sentido, já é a jurisprudência trabalhista regionalizada nacional, fazendo-se a observação de que a existência de vínculo de emprego e seus elementos caracterizadores pressupõe a análise de fatos e provas, o que é vedado ao TST por força da súmula 126 de sua jurisprudência.

Mais uma vez, Guilherme Guimarães Feliciano (FELICIANO, 2017b), ao contextualizar o art 442-B, CLT no ordenamento constitucional vigente, elucida que “em consequência da constitucionalização da relação de trabalho existe proibição dirigida, inclusive ao legislador, de descaracterizá-la. Não pode a lei afirmar a sua inexistência quando, essencialmente, esteja configurada”⁴⁸. E vai além: “admitir o contrário, esvaziaria o conteúdo normativo da Constituição, na medida em que o legislador infraconstitucional poderia excluir do sistema de garantias determinado grupo de trabalhadores na condição de trabalho subordinado, não eventual e oneroso, seja pelo critério de segmento econômico, seja por qualquer outro critério material ou formal eleito”⁴⁹.

O autor ora mencionado informa, ainda, que não se pode extrair do art.442-B, da CLT uma espécie de derrogação do art. 3º, do mesmo diploma legal, posto que “imaginar deste modo é descurar da normatividade do art. 7º da CF, que restaria intacto, ainda que houvesse completa e expressa revogação do art. 3º da CLT”⁵⁰.

Referendando a tese ora proposta, muito recentemente, o Ministério Público do Trabalho publicou uma série de informativos sobre a reforma trabalhista, abordando, dentre outros temas, o tópico objeto do presente estudo. No que diz respeito à inconstitucionalidade

47 *Idem*

48 Feliciano, Guilherme Guimarães - Reforma Trabalhista Visão, Compreensão e Crítica - 1ª edição, 2017, LTR - pág. 80.

49 *Idem*

50 Feliciano, Guilherme Guimarães - Reforma Trabalhista Visão, Compreensão e Crítica - 1ª edição, 2017, LTR - pág. 86.

do referido art. 442-B, CLT, assim se manifesta a instituição: “A relação de emprego protegida, prevista expressamente no art. 7º, inc. I, da Constituição Federal, consiste em direito fundamental assentado no objetivo de reduzir as desigualdades sociais (art. 3º, inc. III, CRFB/1988) e na própria finalidade da ordem econômica desenhada pelo constituinte, no sentido de assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados, dentre outro princípios, a função social da propriedade, a redução das desigualdades sociais e a busca do pleno emprego (art. 170, caput, e incs. III, VII e VIII, CRFB/1988)⁵¹”.

Prossigue o Ministério Público do Trabalho afirmando que a proteção da relação de emprego encontra amparo no reconhecimento constitucional da desigualdade material entre as partes contratantes da relação de trabalho subordinado, com objetivo de afastar a plena liberdade de iniciativa que rege os contratos na esfera civil, para proteger direitos fundamentais do trabalhador, respeitando e efetivando, desta forma, sua dignidade. E conclui afirmando que “viola o conjunto de direitos fundamentais dos trabalhadores, amparados na relação de emprego, norma ordinária que afaste a configuração desse específico vínculo de proteção social (com direitos indisponíveis) em face de simples declarações de vontade das partes - próprias da órbita contratual civil, mas incompatíveis com a ontologia do Direito do Trabalho”⁵².

Percebe-se que o Ministério Público do Trabalho também entende pela natureza constitucional do princípio da proteção no direito do trabalho, bem como os da irrenunciabilidade e da primazia da realidade, os quais são feridos de morte pelo art. 442-B, CLT.

Assim, visto que no ordenamento jurídico em vigor os princípios gerais de direito possuem norma cogente, gozando, inclusive, de proteção pétrea e que os princípios vigentes no direito do trabalho gozam de idêntica proteção, bem como que são plenamente utilizados, outra não pode ser a conclusão do presente estudo que não a absolu-

51 MPT, Manual de Apoio Inconstitucionalidades da Lei nº 13.467/2017, 2018, pág. 13.

52 MPT, Manual de Apoio Inconstitucionalidades da Lei nº 13.467/2017, 2018, pág. 14.

ta inconstitucionalidade do art. 442-B da CLT, introduzido pela Lei 13.467/2017.

Tal dispositivo fere de morte o princípio da primazia da realidade, um desdobramento do princípio da proteção, e do qual o trabalhador não pode renunciar. Mais ainda, sendo um princípio de ordem trabalhista, enquadra-se dentro dos chamados direitos sociais, os quais, como anotado, são considerados direitos humanos fundamentais de segunda dimensão.

Guilherme Guimarães Feliciano (FELICIANO, 2017c), também conclui pela inconstitucionalidade do referido artigo indicando que “qualquer norma legal que busque, ficticiamente, descaracterizar *a priori* a relação de emprego entre o empregado e o empregador, conforme os ditames constitucionais, não poderá ter validade, pois tal norma legal estaria afetando o próprio pacto constitucional, que ao tempo que assegura o direito de propriedade e a livre iniciativa, como contrapartida assegura àqueles que não detêm os meios de produção um mínimo de garantias sociais e juslaborais”⁵³.

Convém registrar que, dando respaldo à conclusão deste trabalho, no dia 14 de novembro de 2017 foi editada a Medida Provisória 808/2017, a qual alterou drasticamente a redação do art. 442-B, sob análise. Sabiamente, foi incluído, dentre os demais, o parágrafo sexto, que determina que “Presente a subordinação jurídica, será reconhecido o vínculo empregatício”.

Como se vê, o vício da inconstitucionalidade presente na redação original do dispositivo sob análise foi extirpado pela Medida Provisória referida, a qual, entretanto, perdeu validade no dia 23 de abril do corrente ano. Ainda assim, no dia 24 de maio deste ano, o Ministério do Trabalho fez publicar, no Diário Oficial da União, a portaria nº 349, a qual incluiu, em seu artigo 1º, o parágrafo quinto, cujo conteúdo possui o mesmo teor do parágrafo sexto [já caduco] do art. 442-B.

Importa revelar que portarias não possuem natureza legislativa, sendo atos normativos editados pelo Poder Executivo. Assim, não

53 Feliciano, Guilherme Guimarães - Reforma Trabalhista Visão, Compreensão e Crítica - 1ª edição, 2017, LTR - pág. 80.

há de se falar em modificação da lei, mas sim, em mera possibilidade de interpretação. Deste modo, é possível concluir, como aqui se faz, ante a larga exposição oferecida, pela inconstitucionalidade do referido artigo 442-B da CLT, acrescido pela Lei 13.467/2017, por violar frontalmente os princípios constitucionais ora tratados.

Referências bibliográficas

Ávila, Humberto. **Teoria dos Princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 12^a edição, 2011, editora Malheiros

Cassar, Vólia Bonfim. **Direito do Trabalho**. 14^a edição, 2017, Editora Método

Delgado, Maurício Godinho. **A Reforma Trabalhista no Brasil com os comentários à Lei n. 13.467/2017**. 1^a edição, 2017, LTR

Delgado, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 13^a edição, 2014, LTR

Feliciano, Guilherme Guimarães. **Reforma Trabalhista Visão, Compreensão e Crítica**. 1^a edição, 2017, LTR

Ferreira Filho, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. 4^a edição, 2000, editora Saraiva

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266590>

<http://www.amb.com.br/wp-content/uploads/2017/07/Pedido-de-Veto.pdf>

http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf

Magalhães, José Luiz Quadros de. **Os Direitos Políticos**, *Revista de Informação Legislativa*, ano 29, nº 116, out./dez.

Moraes, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 31ª edição, 2015, editora Atlas

MPT. **Manual de Apoio Inconstitucionalidades da Lei nº 13.467/2017**. 2018

Nader, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 37ª edição, 2015, editora Forense

Rodriguez, Américo Plá. **Princípios de Direito do Trabalho**. 3ª edição, 2002, LTR

Silva, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 35ª edição, 2012, editora Malheiros

Süssekind, Arnaldo. **Instituições de Direito do Trabalho**. 22ª edição, 2005, LTR

Tavares, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 10ª edição, 2012, editora Saraiva