

O princípio da primazia da realidade sobre a forma

Algumas reflexões a partir do julgamento da ADI 3961

Ana Frazão

Advogada. Professora de Direito Civil e Comercial da UnB. Ex-Conselheira do CADE.

Na coluna passada, ao tratar da impossibilidade de terceirização de responsabilidades, adiantei o quanto o princípio do equilíbrio entre poder e responsabilidade precisa ser interpretado à luz do princípio da primazia da realidade sobre a forma, sem o qual os agentes econômicos podem convenientemente afastar a regulação obrigatória a partir de arranjos formais que se distanciam da realidade.

Recentemente o Supremo Tribunal foi provocado a se manifestar sobre o assunto em pelo menos duas importantes oportunidades: duas ações diretas de inconstitucionalidade que impugnavam alterações legislativas que eram consideradas, pelos autores das ações, como formas de burla à legislação trabalhista, priorizando o aspecto formal da relação jurídica em detrimento do aspecto substancial.

Na primeira delas, a ADI 3961, julgada em 15.04.2020, o STF analisou a constitucionalidade da Lei 11.442/2007, que regulamentou a contratação de transportadores autônomos de carga por proprietários de carga e por empresas transportadoras de carga, afastando aprioristicamente a relação de emprego. A ação direta de inconstitucionalidade foi julgada juntamente com ação declaratória de constitucionalidade que apresentava o pedido oposto. A

posição majoritária do Tribunal foi a da constitucionalidade da lei, como se observa pelo trecho principal da ementa¹:

“(…)

2. É legítima a terceirização das atividades-fim de uma empresa. Como já foi decidido pelo Supremo Tribunal Federal, a Constituição não impõe uma única forma de estruturar a produção. Ao contrário, o princípio constitucional da livre iniciativa garante aos agentes econômicos liberdade para eleger suas estratégias empresariais dentro do marco vigente (CF/1988, art. 170). A proteção constitucional ao trabalho não impõe que toda e qualquer prestação remunerada de serviços configure relação de emprego (CF/1988, art. 7º). (…)”

É importante destacar, desde logo, que a questão fundamental nunca foi a da impossibilidade de outras formas de trabalho que não o subordinado e muito menos a possibilidade em si de terceirização da referida atividade, ainda mais diante do julgamento anterior do STF que autorizou a terceirização de qualquer tipo de atividade.

O grande problema, muito bem identificado pelo voto-vencido do Ministro Edson Fachin, era o de que a lei pretendeu, na verdade, colocar uma “camisa de força” na realidade, determinando aprioristicamente que a relação dos transportadores autônomos com as respectivas empresas seria sempre de natureza comercial.

Vale ressaltar o trecho do voto do Ministro Edson Fachin em que ele mostra claramente que o objetivo da lei foi o de vedar aprioristicamente o reconhecimento do vínculo empregatício:

“Importante aqui dar destaque ao texto literal da norma que se está a analisar: “As relações decorrentes do contrato de transporte de cargas de que trata o art. 4º desta Lei são sempre de natureza comercial, **não ensejando, em nenhuma hipótese, a caracterização de vínculo de emprego.**”(art. 5º, caput, da Lei nº 11.442/2007).

¹ (ADI 3961, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 15/04/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-140 DIVULG 04-06-2020 PUBLIC 05-06-2020)

Da leitura do texto normativo é possível extrair-se comando legislativo inequívoco o qual confere às relações que se estabelecem no contexto por ela regulado uma **vedação expressa de que se reconheçam vínculos empregatícios e direitos consectários dessa relação.**

Sendo assim, **a questão constitucional em debate deve ser solucionada tendo como vetor hermenêutico o princípio da primazia da realidade**, ou seja, a compreensão de que todas as partes de uma relação contratual devem agir com boa fé, em direção à confiança recíproca e igualdade substancial, no que tange aos seus direitos e deveres nessa relação. Em última análise, o princípio da primazia da realidade impõe compromisso e vontade de respeitar a Constituição e, mais especificamente, os direitos fundamentais por ela reconhecidos.

(...)

O comando legal ora impugnado, que, se permanecer hígido no ordenamento jurídico, norteará a subsunção a ser levada a cabo pelo magistrado competente, **conduzirá a conclusão sempre no sentido da caracterização, ainda que por mera ficção legal, de relação comercial, o que não pode ser admitido.**” (grifos nossos)

No mesmo sentido, o voto-vencido da Ministra Rosa Weber apontou que a norma autorizava ao juiz desconsiderar a realidade em prol da prévia qualificação legal do fato:

“Na esteira da compreensão externada no voto do Ministro Edson Fachin, **o cerne da questão constitucional objeto de controle concentrado situa-se na constitucionalidade da predeterminação da natureza autônoma 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, não somente fixar a competência jurisdicional e o prazo prescricional, mas também estabelecer legalidade da terceirização. Os paradigmas de controle são os arts. 1º, IV, 7º, 5º, XIII, 114, I, e 170 da Constituição Federal.

(...)

Nesse sentido, diversamente do Ministro Relator, entendo que a Lei 11.442/2007 também tangencia o conteúdo material da relação entre a empresa transportadora de cargas e o motorista empregado, **no que fomenta a fraude à legislação trabalhista**, furtando-lhe direitos fundamentais individuais e coletivos, suprimida a possibilidade de configuração do vínculo de emprego, mesmo que presentes os seus elementos na concretude da realidade da prestação dos serviços.

(...)

Nesse contexto, **a questão constitucional objeto do controle concentrado**, atinente à definição dos contornos das categorias do trabalho autônomo e do trabalho subordinado, **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.”

(grifos nossos)

O que se pode observar é que há boas razões para se entender que a posição majoritária não observou o princípio da realidade sobre a forma. A pretexto de defender que a terceirização é possível, o STF acabou chancelando a necessária natureza comercial da relação, ainda que os elementos fáticos do caso concreto apontem para a efetiva relação de emprego.

Verdade seja dita que, em esclarecimento superveniente, o Ministro Roberto Barroso procurou sustentar que, sob o seu ponto de vista, não haveria propriamente uma divergência entre ele e o Ministro Fachin, porque o seu voto se restringia ao transportador autônomo de carga, ou seja, aquele que é proprietário ou coproprietário do caminhão, entendendo que, nessa hipótese, o motorista seria “dono do seu negócio”.

A grande questão é saber se a mera propriedade do veículo é o critério adequado para diferenciar relações comerciais de relações de emprego. Afinal, como bem colocou a Ministra Rosa Weber, o reconhecimento da subordinação decorre do exame concreto do jogo do poder. Se a propriedade ou titularidade do veículo é um elemento importante para esta avaliação, certamente não é o único a ser considerado.

Sob vários ângulos, a propriedade ou titularidade do veículo pelo trabalhador – raciocínio que pode ser ampliado para as demais hipóteses em que os trabalhadores são obrigados a terem as ferramentas de trabalho – não apenas não afasta a subordinação, como pode ser evidência da precarização ainda maior do trabalho subordinado. Em situações assim, as empresas podem estar exigindo e controlando os seus trabalhadores pela lógica da subordinação sem nem mesmo atenderem à contrapartida usual deste tipo de relação, que é a de oferecer as ferramentas de trabalho.

Aliás, esta tem sido exatamente uma das grandes críticas a novas modalidades de trabalho, que mantêm totalmente o poder diretivo do “tomador” dos serviços enquanto nada asseguram ao trabalhador, que fica desprovido até mesmo das ferramentas de trabalho e precisa providenciá-las por conta e risco próprios. Em outras palavras, o contratante dos serviços fica no “melhor dos mundos”, pois pode exercer o poder diretivo inerente ao vínculo empregatício sem nenhuma responsabilidade ou contrapartida.

O que precisa ficar claro é que a verificação da subordinação é uma análise essencialmente de poder, que, exatamente por isso, precisa ser atenta à realidade. Sempre que a discussão se desvia para critérios formais – como o da titularidade ou não sobre o caminhão ou sobre as ferramentas de trabalho – abre-se importante espaço para a degradação do princípio da primazia da realidade, com todas as consequências nefastas daí resultantes.

São essas as razões pelas quais ainda há muito a evoluir no tocante ao princípio da primazia da realidade sobre a forma. A posição majoritária do STF que foi objeto de análise não contempla uma série de preocupações que são inerentes ao princípio, inclusive os incentivos a fraudes e simulações decorrentes de uma legislação que, de forma apriorística e independente do exame dos fatos concretos, pré-define a natureza jurídica de uma relação econômica.

Publicado em 18/05/2022

Link: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/o-principio-da-primazia-da-realidade-sobre-a-forma-18052022>