

O STF diante do princípio da primazia da realidade sobre a forma

Análise dos fundamentos adotados no julgamento da constitucionalidade da Lei do Salão Parceiro

Ana Frazão

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

Excelente caso para refletir sobre o princípio da primazia da realidade sobre a forma é a ADI 5625¹, cujo acórdão foi publicado recentemente. A ação impugnava a Lei 13.352/2016, também conhecida como Lei do Salão-Parceiro, cujo objetivo era assegurar a validade de contratos de parceria entre trabalhadores do ramo da beleza, como cabeleireiros e manicures, e os respectivos salões.

O voto-vencido do Relator Ministro Fachin adverte para o fato de que já seria estranha a pretensão da lei de afastar o vínculo trabalhista em situação na qual somente o exame do caso concreto poderia fazê-lo:

“A legislação infraconstitucional que tenha por intenção afastar a existência do vínculo de emprego tem contra si elevado ônus argumentativo, devendo necessariamente se fundar, a um só tempo, em interesse público e motivo social relevante.

(...)

¹ ADI 5625, Relator(a): EDSON FACHIN, Relator(a) p/ Acórdão: NUNES MARQUES, Tribunal Pleno, julgado em 28/10/2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-059 DIVULG 28-03-2022 PUBLIC 29-03-2022)

Somente da análise do caso concreto é possível identificar-se a presença ou não dos elementos fático-jurídicos constitutivos da relação empregatícia, concernindo à Justiça Trabalhista apreciá-lo e, na hipótese de conjugados estes elementos, considerar existente o vínculo de emprego. Uma vez que a Lei 13.352/2016 tem por finalidade pacificar entendimento quanto às hipóteses de inexistência de relações empregatícias no ramo do embelezamento, há que se demonstrar a reiteração de práticas que estariam a fulminar a garantia constitucional da segurança jurídica.”

Considerando que uma lei com esse propósito cria dificuldades para a constatação do vínculo trabalhista mesmo quando os seus elementos constitutivos estejam presentes, a advertência da corrente majoritária, no sentido de que “A higidez do contrato é condicionada à conformidade com os fatos, de modo que é nulo instrumento com elementos caracterizadores de relação de emprego”, pode ser de pouca eficácia prática ou mesmo inócua.

Como bem explicou o Ministro Fachin em seu voto-vencido, a lei impugnada nem mesmo determina que a parceria apenas seria possível quando inexistia a subordinação característica ao vínculo de emprego. Daí a clara criação de incentivo para a burla da legislação trabalhista:

“A lei ora contestada não requisita que o ato contratual reúna elementos próprios a determinar a autonomia e a ausência de subordinação jurídica do trabalhador, nem tampouco comina percentual da cotaparte que afaste a caracterização da relação de emprego ou exclua sua inferioridade econômica. Porque os dispositivos vergastados incidem sobre relações caracterizadas pela subordinação jurídica e econômica, com possibilidade de existência de vários dos critérios indicadores da presença da relação de emprego, a Lei 13.352/2016 nada mais faz que conferir, mediante instrumento formal de contratação, roupagem de autonomia ao trabalho subordinado, com

exclusão dos direitos trabalhistas fundamentais incidentes da relação de emprego.”

Consequentemente, é acertada a conclusão do Ministro Edson Fachin, no sentido de que a lei esvazia “o conteúdo constante das normas pela Constituição da República consagradas de que decorrem a presunção e a prevalência em favor do vínculo empregatício” e que “entender de forma diversa é facilitar o mascaramento do vínculo de emprego, com ônus ao trabalhador de descortiná-la, implicando clara ofensa à salvaguarda outorgada pela Constituição da República à relação de emprego.”

As mesmas preocupações foram apontadas pela Ministra Rosa Weber, que acompanhou o voto do Ministro Fachin, sob o fundamento de que a lei impugnada fomentava a fraude à legislação trabalhista.

Não obstante, a lei foi considerada constitucional pela maioria do Tribunal por uma série de fundamentos que, com a ressalva do devido respeito, são bastante problemáticos do ponto de vista da primazia da realidade sobre a forma, como procurarei demonstrar a seguir:

Argumento da corrente majoritária	Contraponto
Modelos alternativos de trabalho têm surgido que não se subsumem à legislação trabalhista	Exatamente por ser uma legislação voltada à primazia da realidade, a legislação trabalhista já conta com meios para identificar a subordinação mesmo em novos modelos de trabalho. Assim, a lei sob exame, longe de priorizar a realidade, acaba criando dificuldades ou mesmo impossibilitando o reconhecimento do vínculo trabalhista, mesmo quando estejam presentes os seus pressupostos materiais.
As relações entre profissionais da beleza e os salões nem sempre são de natureza trabalhista	Tal argumento não justifica a necessidade, a adequação e a razoabilidade de uma lei que aprioristicamente afasta o vínculo trabalhista, ainda mais diante da assimetria entre as partes.

Eventuais fraudes e simulações podem ser contornadas pelo Judiciário	Como bem apontaram os votos-vencidos, a lei cria incentivos para que a fraude seja a regra, razão pela qual é inadequado imaginar que todos esses problemas sejam resolvidos de forma <i>ex post</i> por um Judiciário lento e cada vez mais abarrotado de processos.
Os próprios trabalhadores preferem não ser empregados	Além de serem discutíveis as evidências dessa afirmação, os trabalhadores nem sempre têm a exata dimensão das consequências jurídicas e econômicas desse tipo de escolha. Acresce que a legislação trabalhista tem um núcleo duro indisponível exatamente para evitar flexibilizações da proteção que considera mínima.
A legislação teve por objetivo formalizar relações até então informais	Se uma das razões da informalidade era o descumprimento maciço da legislação trabalhista pelos salões, não faz sentido que a lei queira cancelar e regularizar o ilícito.
Trabalhadores parceiros teriam maior remuneração e até maior dignidade	Além de não haver qualquer comprovação empírica de tal afirmação, ela se choca com fundamento do Ministro Fux no sentido de que uma das finalidades do novo arranjo contratual é precisamente reduzir custos de transação para os salões, ou seja, pagar menos para o mesmo trabalho.
Não é só o trabalho subordinado que é digno	Pouco importa que existam outras formas de trabalho dignas; o que está em jogo é a prevalência do vínculo trabalhista quando presentes seus elementos constitutivos. Acresce que há várias evidências que associam esses novos arranjos de trabalho à precarização e à perda de direitos e segurança por parte dos trabalhadores.
O vínculo empregatício	Uma das razões da criação da legislação

<p>tradicional, apesar de oferecer maior segurança ao trabalhador, não coincide com parte considerável das oportunidades de trabalho atualmente oferecidas</p>	<p>trabalhista foi o reconhecimento de que a proteção do trabalho não pode depender apenas da oferta de trabalho, até porque esta tende a priorizar apenas o aspecto do custo. Tal entendimento implica um retorno ao retrógrado pensamento dominante do século XIX, sujeitando o trabalhador aos interesses exclusivos dos contratantes.</p>
<p>A parceria geraria maior eficiência</p>	<p>Argumentos genéricos de eficiência, sem maiores especificações, são sempre problemáticos. Por outro lado, as noções de eficiência mais tradicionais (como Kaldor-Hicks) são indiferentes a quem perde e a quem ganha, de forma que podem propiciar ganhos exclusivos para os salões em detrimento dos trabalhadores.</p>
<p>A parceria diminui custos de transação</p>	<p>A rigor, o custo do trabalho não é nem mesmo custo de transação, mas sim elemento estrutural do mecanismo de preços do mercado de trabalho. Entretanto, ainda que assim o fosse, a proteção do trabalho e o princípio da primazia da realidade não podem ser reduzidos apenas à dimensão econômica. Direitos são custos, mas não podem ser reduzidos a custos, argumento que, se levado ao extremo, poderia ser utilizado para desconsiderar todos e quaisquer direitos, incluindo os constitucionais.</p>
<p>A parceria estimula a criação de mais postos de trabalho e a manutenção dos já existentes</p>	<p>Além da inexistência de lastro empírico nesse sentido, já que cada vez mais há relevantes evidências de que a proteção ao trabalho não é incompatível com o aumento da demanda por trabalho, esse tipo de argumento gera um perigoso impasse: de que adianta aumentos</p>

	de trabalho sem as proteções constitucionais mínimas e mediante a burla do princípio da primazia da realidade?
--	--

Sobre os argumentos econômicos, impressiona também como alguns votos se utilizam de fundamentos superficiais e questionáveis como se fossem óbvios e incontroversos, tais como os de que a proteção do trabalhador – no caso, o reconhecimento do vínculo de emprego – teria como consequências o desincentivo ao empreendedorismo no setor e o aumento do desemprego perante os profissionais de embelezamento.

Como já tive a oportunidade de demonstrar em diversas colunas², essa compreensão simplista dos mercados de trabalho é hoje questionada por diversas evidências empíricas em sentido contrário, inclusive as que decorrem de estudos no sentido de que o aumento do salário mínimo não apenas não reduz a oferta de emprego, como apresenta importante efeito multiplicador, aumentando a demanda e estimulando o crescimento econômico.

Assim, tudo leva a crer que, com base em argumentos pouco robustos, inclusive do ponto de vista econômico, o STF acabou negligenciando o princípio da primazia sobre a realidade em hipótese que certamente exigiria uma maior atenção por parte do Tribunal.

Publicado em 25/05/2022

Link: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/o-stf-diante-do-principio-da-primazia-da-realidade-sobre-a-forma-25052022>

² FRAZÃO, Ana. *Jota*. Diálogo entre Direito e Economia. Efeitos do aumento do salário mínimo e a necessidade de se evitar conclusões apressadas; FRAZÃO, Ana. *Jota*. Desregulação do mercado de trabalho e suas consequências. Série.