

**O PARADOXO NACIONAL ENTRE A PRÁTICA JURÍDICA DE CATEGORIZAÇÃO DE  
RELAÇÕES JURÍDICAS EMPREGATÍCIAS E A ACEITAÇÃO DO SISTEMA KELSENIANO DA  
“ESTRUTURA ESCALONADA DA ORDEM JURÍDICA”**

Rodrigo Cândido Rodrigues<sup>1</sup>

**RESUMO**

Aponta-se, através da análise de como se dá a categorização das relações jurídicas trabalhista, a contradição vigente, dentre os cientistas e técnicos do Direito, em nosso país, de se adotar o sistema da “estrutura escalonada da ordem jurídica” proposto por Hans Kelsen, mas, simultaneamente, criar ou utilizar dispositivos infraconstitucionais de maneira a afastar ou impedir a aplicação de normas constitucionais.

**Palavras Chaves:** Estrutura escalonada; Direito do Trabalho; Hans Kelsen;

**ABSTRACT**

Through the analysis of how an employment relationship is categorized, in Brazil, is possible to identify a contradictory act among law scientists and technicians, which consists in adopting Kelsen’s “hierarchical structure of the Legal Order”, whilst creating or interpreting infra-constitutional norms which impede the application of constitutional norms.

**Keywords:** Staggered Structure; Labor Law; Hans Kelsen;

**1. INTRODUÇÃO**

Vigora, em nosso país, uma situação paradoxal, de uma mentalidade normalizadora do esvaziamento dos dispositivos constitucionais – e, portanto, do próprio projeto político criado pelo constituinte – através da criação ou da interpretação de normas infraconstitucionais. Este

<sup>1</sup> Doutorando em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais; Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Juiz do Trabalho. E-mail: rod.cr@yahoo.com

paradoxo ocorre porque, simultaneamente, a jurisprudência nacional adota um sistema que veda tal prática.

Este tema não se limita às relações jurídicas de trabalho e emprego, porém, é sob este recorte que se fará tal análise, para que, ao fim, se demonstre já estar instalada, dentre nós, a paradoxal mentalidade aqui apontada.

## **2. O PARADOXO NACIONAL VIGENTE**

A categorização jurídica de uma relação de emprego é a questão mais central do Direito do Trabalho, em torno da qual a maioria de todas as demais questões se estrutura. Esta categorização, porém, não é apenas relevante a um ramo do Direito, mas a todo um projeto político constitucional: no Brasil, é através dela que se abre ou se fecha a porta primeira da possibilidade de efetividade dos direitos fundamentais do trabalhador, descritos no art. 7º. da Constituição Federal de 1988 (CFRB).

Há, assim, algo intrigante, neste fenômeno. Afinal, em nosso país, prevaleceu o sistema da “estrutura escalonada da ordem jurídica”<sup>2</sup> proposto por Hans Kelsen, de maneira que, atualmente, nossa Constituição ocupa, dentre as normas existentes (ou seja, desconsiderando a “norma fundamental pressuposta”<sup>3</sup>, na qual ela se fundaria, de acordo com Kelsen) a primazia absoluta. Contra as normas constitucionais, nenhuma outra norma pode prevalecer; além disso, as normas constitucionais são também a base sobre a qual todas as demais normas devem ser interpretadas. Este sistema da primazia hierárquica da Constituição Federal está consagrado também na jurisprudência nacional, sendo um exemplo notável a decisão do Supremo Tribunal Federal no RE 466.343, julgado em 2008<sup>4</sup>, que admitiu, sob certas condições, a supremacia das convenções internacionais de direitos humanos sobre as normas nacionais, mas nunca sobre a Constituição Federal.

Esclareça-se que não é objeto deste estudo discutir se o sistema proposto por Kelsen é cientificamente válido, e tampouco discutir acerca da conveniência de sua adoção, no Brasil: o que se expõe é que o sistema de escalonamento normativo é dominante, em nosso país; é este construto ideal-normativo que tem sido proposto pela maioria das instituições de ensino jurídico nacional, e é também ele que tem regido a atividade da maioria de nossos técnicos do Direito. Se, dentre os cientistas do Direito, há quem discuta o sistema kelseniano - a exemplo de Otto Bachof<sup>5</sup> - o prazer desta discussão é bastante escasso dentre os técnicos do Direito, que já tomam este sistema como a “realidade”, sem sequer vislumbrar qualquer outra possibilidade distinta dele.

<sup>2</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 8. ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 246. Original publicado em 1934, em alemão, sendo republicado em 1960, com revisões, como “2ª. edição” (a edição traduzida se refere à obra revisada de 1960).

<sup>3</sup> KELSEN, 2009, p. 221.

<sup>4</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão no Recurso Extraordinário 466.343/SP. Relator: Ministro Cezar Peluso. Publicado no *DJe* de 05 jun. 2009.

<sup>5</sup> In BACHOF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais?* Coimbra: Livraria Almedina 1994.

Daí, ser tão intrigante que, em nosso país, se tenha normalizado a ideia de que a efetividade do art. 7º., da CFRB, dependa, acima de tudo, da análise de normas infraconstitucionais, bem como a ideia de que é possível existirem normas infraconstitucionais capazes de obliterar toda a eficácia de normas constitucionais.

A Constituição Federal de 1988 instituiu um “patamar mínimo” de direitos<sup>6</sup> a todos que *trabalham* (ao contrário da crença popular, o art. 7º. não se refere a “empregados”, mas a “trabalhadores urbanos e rurais”); no entanto, a eficácia desta norma constitucional depende, por completo, da interpretação jurisprudencial de normas inferiores, em especial o Decreto-lei 5.452 de 1943 (Consolidação das Leis do Trabalho - CLT) e o Código Civil (Lei 10.406 de 2002 - CCB). Assim, mesmo tendo o Brasil adotado o sistema kelseniano, vigora, quanto às relações trabalhistas, uma primazia indireta da norma infraconstitucional: conquanto a Constituição tenha regrado como se deve organizar o aproveitamento geral do trabalho humano no Brasil, esta regra pode ser tornada sem qualquer eficácia através da edição e da interpretação de normas inferiores.

Não se trata de uma questão que afeta, apenas, direitos individuais - como no caso do trabalhador que fica à margem do projeto constitucional apenas porque não foi categorizado pelo intérprete das normas infraconstitucionais, como empregado. O paradoxo citado tem abrangência coletiva, e afeta todo o projeto político constitucional. Afinal, basta que o legislador infraconstitucional cada vez mais restrinja, no texto das normas inferiores, o que é um “empregado”, para que cada vez mais o art. 7º. perca sua eficácia. Um exemplo prático é o do art. 442-B<sup>7</sup>, introduzido na CLT em 2017: a prevalecer a ideia contida em seu texto - e o projeto político nele contido -, todos podem ser contratados através de uma modalidade que *afasta* o art. 7º da CFRB. Outro exemplo foi a introdução, em 1994, do parágrafo único no art. 442, da CLT, que assim se expressa: “Qualquer que seja o ramo de atividade da sociedade cooperativa, não existe vínculo empregatício entre ela e seus associados, nem entre estes e os tomadores de serviços daquela”. Não há como negar que uma que a leitura isolada deste dispositivo indica que, em caso algum, haverá relação de emprego entre os associados e a cooperativa, ou entre eles e o tomador de serviços, *afastando*, assim, a incidência do art. 7º. da CFRB, a estes trabalhadores.

Decerto, estes dispositivos que serviram de exemplo não têm sido sempre aplicados de maneira isolada, e prevalente contra a CFRB, por todos os juízes, no momento da categorização jurídica de uma relação de trabalho:

[...] o artigo 442-B da CLT, criado pela Lei 13467/2017, não se aplica ao caso em análise, uma vez que presentes, em verdade os elementos da relação de emprego. O dispositivo não pode ser interpretado como autorizador da

<sup>6</sup> DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*: obra revista e atualizada conforme a lei da reforma trabalhista e inovações normativas e jurisprudenciais posteriores. 18. ed. São Paulo: LTr, 2019, p. 98.

<sup>7</sup> TEODORO, Maria Cecília Máximo; OLIVEIRA, Marcos Paulo da Silva. *O trabalho pelas plataformas digitais e a conformação do vínculo de emprego pela modalidade intermitente*. Revista Direito das Relações Sociais e Trabalhistas / Centro Universitário do Distrito Federal. – Vol. VI, no. 1 (Janeiro/Abril 2020). Brasília, DF, 2020 [on-line], p. 160.

contratação formal de trabalhador autônomo mesmo diante da presença dos elementos previstos no artigo 3º da norma consolidada.<sup>8</sup>

No entanto, não falta quem o aplique isoladamente, e mesmo o já antigo parágrafo único que foi inserido no art. 442, da CLT, até hoje não deixa de causar grande dissenso jurisprudencial, desprestigiando e desvirtuando o trabalho cooperativado.<sup>9</sup>

Que não se perca de vista que estes dispositivos não passam, porém, de meros exemplos; não são o objeto deste artigo, que visa a algo muito maior: o paradoxo da mentalidade nacional dominante, acerca da possibilidade de um dispositivo constitucional – ou melhor, toda uma parte do projeto político constitucional - poder ser *afastado*, em tese, não só pela criação de dispositivos polêmicos, como estes citados, mas até mesmo através de certas interpretações de outros dispositivos infraconstitucionais menos polêmicos, a exemplo dos próprios artigos 2º. e 3º., da CLT, e também da Lei 5.889 de 1973 (Lei do trabalhador rural), ou do art. 1º. da Lei Complementar 150 de 2015 (Lei do contrato de trabalho doméstico), dentre outros.

### **3. CONCLUSÃO**

Tendo a jurisprudência nacional adotado o sistema da “estrutura escalonada da ordem jurídica”, proposto por Hans Kelsen, tornou-se contraditório, e até mesmo paradoxal, que neste mesmo país alguns dispositivos infraconstitucionais sejam lidos de maneira outra que não fossem dispositivos que, ao regular o trabalho humano, precisam dar concreção ao art. 7º. da CFRB - que, repita-se, se refere a “trabalhadores”, e não apenas a “empregados” -, e também a todo projeto político nele inserido pelo constituinte, em vez de lhes servirem de impedimento.

### **4. REFERÊNCIAS**

BACHOF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais?* Coimbra: Livraria Almedina 1994.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da Terceira Região. Acórdão na ação trabalhista 0010315-57.2021.5.03.0062. Relatora: Desembargadora Adriana Goulart de Sena Orsini. Publicado no *DJe* de 22 abr. 2022.

<sup>8</sup> BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da Terceira Região. Acórdão na ação trabalhista 0010315-57.2021.5.03.0062. Relatora: Desembargadora Adriana Goulart de Sena Orsini. Publicado no *DJe* de 22 abr. 2022.

<sup>9</sup> MANUS, Pedro Paulo. *O vínculo de emprego, o trabalho autônomo e a reforma trabalhista*. 27 mar. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mar-27/reflexoes-trabalhistas-vinculo-emprego-trabalho-autonomo-reforma-trabalhista>. Acesso em: 18 mar. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão no Recurso Extraordinário 466.343/SP. Relator: Ministro Cezar Peluso. Publicado no *DJe* de 05 jun. 2009.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*: obra revista e atualizada conforme a lei da reforma trabalhista e inovações normativas e jurisprudenciais posteriores. 18. ed. São Paulo: LTr, 2019, p. 98.

HUSSERL, Edmund. *Investigações lógicas*: sexta investigação: elementos de uma elucidação fenomenológica do conhecimento. Seleção e tradução de Željko Loparić e Andrea Maria Altino de Campos Loparić. São Paulo: Nova Cultural, 1988. Original publicado em 1900, e republicado em 1921, com revisões (a edição traduzida se refere à obra revisada de 1921).

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 8. ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. Original publicado em 1934, em alemão, sendo republicado em 1960, com revisões, como “2ª. edição” (a edição traduzida se refere à obra revisada de 1960).

MANUS, Pedro Paulo. *O vínculo de emprego, o trabalho autônomo e a reforma trabalhista*. 27 mar. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mar-27/reflexoes-trabalhistas-vinculo-emprego-trabalho-autonomo-reforma-trabalhista>. Acesso em: 18 mar. 2022

TEODORO, Maria Cecília Máximo; OLIVEIRA, Marcos Paulo da Silva. *O trabalho pelas plataformas digitais e a conformação do vínculo de emprego pela modalidade intermitente*. Revista Direito das Relações Sociais e Trabalhistas / Centro Universitário do Distrito Federal. – Vol. VI, no. 1 (Janeiro/Abril 2020). Brasília, DF, 2020 [on-line], p. 160.

Artigo recebido: 23.05.2022

Artigo publicado em: 22.07.2022