

# ATUAÇÃO DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO NA EXEGESE E CRIAÇÃO DE DIREITOS TRABALHISTAS

Camila Miranda de Moraes\*

## INTRODUÇÃO

O panorama das relações de trabalho tem se modificado com grande velocidade não só no Brasil, mas em todo o mundo. As novas tecnologias têm propiciado mudanças significativas nos paradigmas tradicionais do trabalho e do emprego, dificultando a análise dos casos práticos.

Por meio do estudo do pensamento constitucional brasileiro, percebemos cada vez mais a preocupação do constituinte em assegurar direitos, nominá-los e fazê-los constar de um rol que pretende a exaustividade. No entanto, os problemas não estão cingidos à enumeração de direitos ou à criação de normas jurídicas.

Na atualidade, enfrentamos o problema da eficácia e da aplicabilidade de determinadas normas jurídicas. Sabemos que as normas trabalhistas são de natureza protecionista em relação ao trabalhador. Entretanto, a Revolução Tecnológica trouxe o fenômeno da globalização como uma realidade inevitável, e dentro deste processo há uma corrente que defende a diminuição dos direitos trabalhistas.

Parte da doutrina brasileira afirma que a globalização salienta cada dia mais a tendência de que os direitos de natureza trabalhista sejam relativizados ou diminuídos.

O ordenamento jurídico brasileiro confere aos direitos trabalhistas *status* de direitos fundamentais, haja vista estarem inscritos no título pertinente aos direitos e às garantias fundamentais da Constituição de 1988. Os direitos sociais, portanto, são direitos fundamentais. Tal afirmação traz consequências importantes: os direitos sociais têm aplicabilidade imediata.

---

\* *Doutoranda em Direito do Trabalho (PUC-SP); mestre em Direito do Trabalho (Unifor); juíza substituta do Trabalho (TRT da 7ª Região).*

O problema da efetividade dos direitos sociais é amplamente debatido pelas doutrinas nacional e estrangeira sob diversos enfoques. Os argumentos de índole liberal pregam a inefetividade de tais direitos, pois teriam natureza programática. Outra parte da doutrina defende a aplicabilidade imediata dos direitos sociais. A discussão não oferece solução simples ou única, o que tem motivado a proliferação de estudos sobre o tema.

O presente artigo analisa a evolução histórica do Direito do Trabalho para, por meio da compreensão de tal evolução, avaliar de que forma a interpretação realizada pelo Tribunal Superior do Trabalho contribui ou influencia para criação de novos direitos ou mesmo sua ampliação.

A importância do tema se dá pela discussão teórica sobre o papel dos direitos sociais no ordenamento jurídico brasileiro e a interpretação que lhes é conferida pelo Tribunal Superior do Trabalho.

Quanto aos aspectos metodológicos, as hipóteses apresentadas foram investigadas mediante pesquisa bibliográfica, em que são analisadas algumas obras que tratam do assunto, assim como artigos extraídos de revistas jurídicas, e pesquisa documental, pois exploramos diversos diplomas normativos existentes atinentes aos tópicos discutidos. A tipologia da pesquisa, segundo a utilização dos resultados, é pura. Segundo a abordagem, a tipologia da pesquisa é qualitativa, visto que busca desenvolver a problemática com base numa pesquisa subjetiva, ou seja, preocupando-se com o aprofundamento e a abrangência da compreensão das ações e das relações humanas. Quanto aos objetivos, a pesquisa é descritiva e exploratória, uma vez que procura aperfeiçoar as sugestões e ajudará na formulação de hipóteses para posteriores pesquisas.

### 1 – EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO DO TRABALHO

Para melhor compreender o papel do Tribunal Superior do Trabalho na interpretação do Direito do Trabalho brasileiro é indispensável fazermos uma abordagem, mesmo que breve, do próprio surgimento das normas trabalhistas no ordenamento jurídico.

Um estudo da evolução histórica do Direito do Trabalho demonstra que na Idade Antiga sequer havia norma jurídica tratando de regras voltadas para o trabalho. A escravidão era o modo de labor, e o escravo tinha a condição de coisa (*res*), sendo privado de liberdade e tido como mera propriedade de seu senhor.

Não existiam normas (nem mesmo costume) garantidoras de direitos aos escravos ou limitadoras dos poderes de seus senhores. Não se conheciam,

portanto, algumas noções, como a de jornada de trabalho ou a de necessidade de repouso.

Um dos primeiros registros da existência de normas que de alguma forma estavam ligadas a direitos trabalhistas foi feito por Gilissen (2001, p. 311), que anota que, no século XVI:

“A primeira grande *ordonnance* que exerceu certa influência sobre a redação do *Code Civil* francês de 1804 foi a de 1510, de Luís XII, sobre as *prescrições de curto prazo*: prescrições de seis meses para a acção dos operários e trabalhadores, de uma no para a dos criados, quanto ao pagamento dos seus salários, de cinco anos para a acção para pagamento de rendas atrasadas, de dez anos para a acção de nulidade ou rescisão de uma convenção.” (grifos do autor)

A evolução da humanidade por meio de movimentos sociais, como a Revolução Francesa, que trouxe os ideais de liberdade, igualdade e fraternidade, fez surgir a noção de que a escravidão era um meio de produção indigno, pois atentava contra a nova concepção de que o escravo também era um ser dotado de personalidade, com direito inclusive à liberdade. Finalmente a escravidão foi abolida, e o novo meio de produção passou a ser a servidão.

Nesta, o trabalhador (*servo*) estava jungido à terra, e o senhor feudal lhe dava proteção em troca de serviços. Posteriormente, surgiram as corporações de ofício, abolidas na França em 1791 pela Lei Le Chapelier, que restringia o direito de associação em guildas ou corporações de ofício e o direito de greve. Tal lei vigorou até 1884. Finalmente, no século XVIII, com a Revolução Industrial, surgiu o trabalho assalariado.

Até este momento, não se conhece ainda um sistema concatenado de normas escritas regulador de direitos (ou deveres) para os trabalhadores. Como retrata Nascimento (2004, p. 15), tratando do período da Revolução Industrial:

“A imposição de condições de trabalho pelo empregador, a exigência de excessivas jornadas de trabalho, a exploração das mulheres e menores, que constituíam mão de obra mais barata, os acidentes ocorridos com os trabalhadores no desempenho das suas atividades e a insegurança quanto ao futuro e aos momentos nos quais fisicamente não tivessem condições de trabalhar foram as constantes da nova era no meio proletário, às quais se podem acrescentar também os baixos salários. Se o patrão estabelecia as condições de trabalho a serem cumpridas pelos empregados, é porque, principalmente, *não havia um direito regulamentando o problema.*” (grifos nossos)

Para Nascimento (2004, p. 4), o surgimento do Direito do Trabalho está umbilicalmente ligado às questões sociais que antecederam a Revolução Industrial do século XVIII e da reação humanista que se propôs a preservar a dignidade do trabalhador.

A ideia de justiça social foi amplamente difundida pela Igreja Católica, que, por meio de diversas encíclicas, proclamou a necessidade de regulamentação e proteção do trabalho humano. A Encíclica *Rerum Novarum*, publicada em 1891, no papado de Leão XIII, foi um marco na disseminação de ideias em prol da defesa dos direitos dos trabalhadores. Vários de seus preceitos foram reconhecidos no Tratado de Versalhes. Também merecem menção a Encíclica *Quadragesimo Anno*, de 1931, do Papa Pio XI, e a *Mater et Magistra*, de 1961, do Papa João XXIII.

Numa época em que praticamente não havia documentos escritos tratando das condições de vida e labor dos trabalhadores, em meio às preocupações de cunho político (como se revela ao tratar do socialismo e do direito de propriedade), a encíclica *Rerum Novarum* foi precursora da discussão e da defesa da necessidade de condições dignas para o labor humano. Assim, dentre seus tópicos, a encíclica trata das obrigações dos operários e dos patrões, da dignidade do trabalho, das obrigações e dos limites da intervenção do Estado, das greves, da proteção do trabalho dos operários, das mulheres e das crianças e do salário dos operários.

Outro movimento de suma importância para a evolução histórica do Direito do Trabalho foi o constitucionalismo social, inaugurado pela Constituição do México de 1917, que consistiu na inserção de direitos trabalhistas e sociais nos textos das Constituições dos países. Segundo Perez Luño (1995, p. 122):

“La Constitución de Méjico de 1917 puede considerarse el primer intento de conciliar los derechos de libertad con la nueva concepción de los derechos sociales, y há ejercido notable influencia em lãs constituciones posteriores de América Latina.”

Tal movimento inaugurou a tendência, seguida pelas Cartas Magnas da grande maioria dos países do Ocidente, de incluir no texto das Constituições a menção à existência e à proteção de direitos de cunho trabalhista. Foi isso que também aconteceu no Brasil e que se percebe da análise das Constituições brasileiras.

## 2 – DIREITO DO TRABALHO NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS

A Constituição de 1824, outorgada por Dom Pedro I, não tratou dos direitos sociais dos trabalhadores. Esta Carta tinha inspiração na filosofia liberal

da Revolução Francesa e, como anota Nogueira (1999, p. 125), limitou-se a proibir, no seu art. 179, XXV, a existência das corporações de ofício.

Houve a abolição da escravatura em 1888 e, no ano seguinte, a Proclamação da República. Em 1891 foi promulgada a primeira Constituição da era republicana. Este diploma sofreu influências da Constituição norte-americana e, a exemplo da Constituição do Império, também não tratou dos direitos dos trabalhadores. “Fundamentalmente, a Constituição de 1891 adaptou ao Brasil o sistema constitucional de modelo norte-americano, à semelhança do que já tinham feito o México e a Argentina” (MIRANDA, 1997, tomo I, p. 225).

Segundo Baleeiro (1999, p. 113), limitou-se a Carta de 1891 a garantir “o livre-exercício de qualquer profissão moral, intelectual e industrial” (art. 72, § 24) e que “a todos é lícito associarem-se e reunirem-se livremente e sem armas” (art. 72, § 8º).

O pensamento da época entendia que a liberdade contratual era absoluta. Por tal razão a intervenção estatal nas relações entre os particulares, mormente nas relações trabalhistas, não era aceita. Entendia-se que o Estado não podia intervir na formação dos contratos, pois estaria restringindo a liberdade dos contratantes e ferindo-a, limitando o livre-exercício de todas as profissões. Era a preponderância da doutrina do liberalismo, que não foi propícia para a evolução jurídica na ordem trabalhista.

Nessa época, a população das cidades crescia, a imigração ocorria em grande escala, a industrialização no Brasil iniciava-se. Surgiram iniciativas isoladas buscando tratamento jurídico para as relações de trabalho. Por meio do Decreto nº 1.637/1907, foi assegurado o direito de sindicalização aos trabalhadores.

Com o Código Civil, em 1916, foi regulada a locação de serviços, antecedente histórico do contrato de trabalho.

Em 1919, a União legislou sobre seguro de acidentes do trabalho (Lei nº 3.724/1919), e em 1923 instituiu as Caixas de Aposentadorias e Pensão dos Ferroviários, com estabilidade decenal para os empregados das respectivas empresas (Lei Eloi Chaves nº 4.682/1923). O Conselho Nacional do Trabalho, vinculado ao Ministério da Agricultura, Indústria e Comércio, foi criado pelo Decreto nº 1.6027/1923. Em 1924 surgiu o Decreto nº 1.7934-A, o Código de Menores, que, entre outras coisas, dispôs sobre trabalho de menores.

Baleeiro (1999, p. 510) declara que tais fatos “foram os pródromos da legislação social que, logo após a Revolução de 1930, Lindolfo Collor induziria Vargas a aceitar”.

Já em 1925, a Lei nº 4.982 concedia o direito a 15 dias de férias anuais remuneradas aos empregados de estabelecimentos comerciais, industriais, bancários e de caridade ou beneficentes.

Notamos, portanto, que a legislação existente era esparsa e específica, contemplando apenas determinados setores da sociedade com vantagens que poderiam ser encaradas como verdadeiros privilégios, e não direitos. Afinal, criava-se uma verdadeira discriminação ao conceder certas vantagens somente a uma categoria específica de trabalhadores.

“Depois da Revolução de 3 de outubro de 1930 todas as Constituições dispuseram sobre os direitos sociais do trabalhador”, é a constatação assinalada por Sússekind (2003, p. 33).

De forma resumida, podemos afirmar que, no Brasil, o período de maior significância para o Direito do Trabalho em termos de regulamentação foi uma parte da chamada *Era Vargas*, que compreende o período de 1930 até 1945.

Em 26.11.1930, Getúlio Vargas, então chefe do Governo Provisório, criou o Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio. A Revolução paulista de 1932 incitou a necessidade de se promulgar uma nova Carta Constitucional, o que ocorreu em 1934. A inspiração para elaboração dessa Carta foi obtida na Constituição de Weimar (Alemanha, 1919) e na Constituição Republicana espanhola, de 1931.

Registra Poletti (1999, p. 19) que o anteprojeto da Constituição de 1934 era inovador, pois trazia em seu texto inúmeros temas que não eram comumente abordados pelo Direito Constitucional, como religião, família, cultura e ensino, ordem econômica e social.

Foi a Carta de 1934 que previu a instituição da Justiça do Trabalho, o sistema da pluralidade sindical, o repouso semanal preferentemente aos domingos (art. 121, *e*) e o salário mínimo “capaz de satisfazer, conforme as condições de cada região, às necessidades normais do trabalhador” (art. 121, *b*).

O Capítulo II da Carta de 1934 era intitulado “Dos Direitos e Garantias Individuais.” O art. 113 tratava de tais direitos. O art. 113, 12, assegurava a liberdade de associação para fins lícitos. O inciso 13 do mesmo artigo garantia o livre-exercício de qualquer profissão. Dentro do Capítulo II estava o Título IV (“Da Ordem Econômica e Social”). Neste título havia previsão de reconhecimento dos sindicatos e associações profissionais (art. 120), garantia da pluralidade sindical e completa autonomia dos sindicatos (parágrafo único do art. 120). O art. 121 da Constituição de 1934 elencava uma série de direitos trabalhistas.

Bem se vê que o curto tempo de vigência da Carta de 1934 não apaga sua importância histórica. As diretrizes nela lançadas foram reproduzidas na maioria das Constituições posteriores. Percebemos que o grande salto para o Direito do Trabalho foi dado por ocasião da Constituição de 1934, haja vista a inserção de um título tratando da ordem econômica e social e trazendo diversas garantias aos trabalhadores.

Em 10 de novembro de 1937, foi promulgada no Brasil uma nova Carta Constitucional, inspirada na Constituição polonesa de 23.04.1935. Esse período de nossa história é conhecido como “Estado Novo” (1937/1945). Foi nessa época que houve a promulgação da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, mais exatamente em 01.05.1943, francamente inspirada no regime corporativista italiano da *Carta del Lavoro*, de 1927.

Especificamente sobre o tema leciona Romita (2001, p. 30): “O título que a Carta Constitucional de 1937 dedica à Ordem Econômica encontra direta inspiração na *Carta del Lavoro* italiana, de 21 de abril de 1927; e alguns de seus dispositivos, mais do que inspiração ou influência, limitam-se a traduzir fielmente o texto italiano”.

A CLT reflete em muitos pontos a influência das ideias autoritárias e corporativistas vigentes na Itália naquela época. Afinal, a CLT tinha de adequar-se à Constituição vigente, e a Carta de 1937 sofreu nítida influência da própria *Carta del Lavoro*.

A Carta de 1937 moldou a organização sindical brasileira de acordo com o corporativismo italiano. Segundo Arion Sayão Romita, o art. 138 da Constituição de 1937 é a transcrição da cláusula III da *Carta del Lavoro*, e o art. 140 da Carta de 1937 foi inspirado na declaração VI, alíneas 2ª e 3ª, também da *Carta del Lavoro*.

Tem razão Arion Sayão Romita ao apontar para o fato de que boa parte das disposições de inspiração corporativista que influenciaram a Constituição de 1937 e a CLT permearam as quatro constituições seguintes (1946, 1967, 1969 e 1988), deixando um rastro de autoritarismo e carência do verdadeiro espírito democrático. Embora a Constituição de 1988 tenha inspiração democrática, seu art. 8º ainda traz resquícios autoritários ao manter o sistema da unicidade sindical (art. 8º, inciso II) e a contribuição compulsória dos trabalhadores em favor dos sindicatos (art. 8º, IV).

O art. 122 da Carta de 1937 trata dos direitos e das garantias fundamentais, semelhantemente à Carta de 1934. Nos arts. 135 a 155 está o tratamento

da ordem econômica e social. O art. 137 traz 14 incisos contendo direitos dos trabalhadores.

Em 1º de maio de 1939, com o Decreto-Lei nº 1.237, foi constituída a Justiça do Trabalho, que se instalou oficialmente em 01.04.1941, ainda no âmbito do Ministério do Trabalho, e não do Poder Judiciário.

Foi na Constituição de 1946 que os órgãos da Justiça do Trabalho estavam divididos de maneira similar à de hoje em dia. Naquela época havia as Juntas de Conciliação e Julgamento (hoje Varas do Trabalho), os Tribunais Regionais do Trabalho e o Tribunal Superior do Trabalho.

A Carta de 1946 trouxe uma nova fase ao constitucionalismo brasileiro, uma vez que se tratava de uma carta de cunho social-democrata. Assim, percebemos o contraste entre a Constituição anterior, extremamente autoritária, e a Carta de 1946, que continuou a evolução das normas trabalhistas e do próprio Direito do Trabalho.

Em 1967, veio uma outra Carta Constitucional, que praticamente manteve os ditames da Constituição de 1946, e que sofreu ampla revisão pela Emenda Constitucional nº 01, de 1969. Segundo Sússekind (2003, p. 36), “essa revisão não alterou o elenco dos direitos sociais trabalhistas, mas introduziu modificação de relevo quanto à finalidade da ordem econômica”. O voto nas eleições sindicais torna-se obrigatório e é criado o chamado imposto sindical. O salário-família e o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) são instituídos.

Finalmente, em 5 de outubro de 1988, é promulgada a Carta Constitucional até hoje vigente, que trouxe inúmeros avanços tanto em termos do estudo da teoria da democracia quanto relativamente aos direitos trabalhistas.

Assim, a Carta Constitucional vigente contemplou, no seu art. 7º, uma série de direitos de natureza trabalhista. Alguns desses direitos já eram regulados por legislação ordinária anterior a 1988, que se manteve sem alterações, por ter sido recepcionada pelo sistema constitucional vigente. Este é o caso da gratificação natalina, popularmente conhecida como décimo terceiro salário, que foi criada pela Lei nº 4.090/62, e do repouso semanal remunerado, regulado pela Lei nº 605/1949, ambos integralmente recepcionados pela Constituição de 1988. Outros direitos constituíram novidade à época, como a licença-paternidade de cinco dias regulada pelo art. 10, § 1º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e a licença à gestante de 120 dias, garantidos o emprego e o salário.

A Constituição de 1988 tem grande importância no panorama do Direito do Trabalho porque tirou os direitos trabalhistas do capítulo da ordem econômica e os inseriu no Título II, que trata “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, e

consagrou sua aplicabilidade imediata (art. 5º, § 1º, da Constituição de 1988); construiu um arcabouço principiológico em torno do tema trabalho ao estatuir que os valores sociais do trabalho são fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, IV, da Constituição de 1988); estabeleceu que os direitos dos trabalhadores estatuidos no art. 7º da Constituição são meramente exemplificativos, pois pode haver outros que visem à melhoria de sua condição social.

### 3 – O PAPEL DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO NA INTERPRETAÇÃO E NA CONSTRUÇÃO DOS DIREITOS TRABALHISTAS

Embora criticada por alguns doutrinadores, como Arion Sayão Romita<sup>1</sup>, entendemos que a Constituição de 1988 foi inovadora. Com base no estudo do pensamento constitucional brasileiro, percebemos que a Constituição de 1988 buscou regular e garantir inúmeros direitos à classe trabalhadora, diferentemente das Constituições que a precederam.

Como se esperava depois de tantas cartas constitucionais retrógradas e autoritárias, o espírito da Carta de 1988 é democrático. Entretanto, por excesso de zelo, o constituinte foi, por vezes, redundante ao tratar dos direitos trabalhistas, procurando evitar quaisquer dúvidas quando da exegese do texto constitucional. Tal desiderato, entretanto, não foi alcançado integralmente.

Exemplo dessa redundância pode ser visto no inciso XXVI do art. 7º da Constituição, que trata do “reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho”. Ora, se o inciso VI do art. 7º já garante “irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo”, que necessidade havia de inserir no inciso XXVI o reconhecimento dos instrumentos coletivos?

Houve grande preocupação do legislador constituinte em instituir ou garantir a inserção no texto da Carta Magna de diversos tipos de direitos. No que pertine aos direitos sociais, percebe-se que sua inclusão no texto constitucional foi uma espécie de promessa do legislador que, no entanto, deixou de lado as questões relativas à efetividade de tais normas.

O panorama constitucional brasileiro revela evolução na criação de um direito escrito regulador das relações de emprego e garantidor de direitos mínimos aos trabalhadores – o que se estampou no *caput* do art. 7º da Constituição

---

1 ROMITA, Arion Sayão. *Op. cit.*, 1991, p. 11: “Antecipando a conclusão, digo que minha impressão a respeito da regulação dos direitos dos trabalhadores pela Constituição de 5 de outubro de 1988 não é lisonjeira. Não vou tecer loas ao novo texto constitucional, contrariando a tendência já revelada por alguns estudiosos, que destacam o ‘caráter progressista’ da Carta Magna recentemente promulgada”.

de 1988. Entretanto, é no momento da interpretação e da aplicação do direito que surgem os problemas.

O número de processos ajuizados perante a Justiça do Trabalho brasileira tem crescido exponencialmente. As demandas versam desde parcelas rescisórias, horas extras, intervalo intrajornada até interpretação de matérias de direito como divisor de horas extras dos bancários, aplicação do art. 384 da CLT, validade de normas coletivas que suprimem direitos, etc.

Inegável que o Poder Judiciário detém importante papel na própria interpretação e construção do que serão as teses aceitas ou rejeitadas no âmbito judicial e com isso também há reflexos na criação, na ampliação ou mesmo na restrição de direitos trabalhistas.

O Tribunal Superior do Trabalho é o órgão responsável pela uniformização da jurisprudência trabalhista em âmbito nacional. Entendemos que ele pode e deve atuar não só como intérprete do Direito do Trabalho, mas como verdadeiro criador de direitos trabalhistas por meio da aplicação do princípio da máxima efetividade da interpretação constitucional e guardião da própria efetividade e eficácia dos direitos fundamentais trabalhistas por meio de suas decisões em processos judiciais.

Exemplo disso poderia ter sido a decisão do Tribunal Superior do Trabalho em 2015 que permitiu a cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade desde que comprovadamente presentes agentes insalubres e perigosos a despeito do disposto no § 2º do art. 192 da CLT. Eis a ementa da decisão:

“RECURSO DE REVISTA. RITO SUMARÍSSIMO. ADICIONAL DE PERICULOSIDADE E INSALUBRIDADE. CUMULAÇÃO. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DIRETA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. NÃO CONHECIMENTO. Não há como reconhecer violação direta do art. 7º, XXIII, da Constituição Federal, tendo em vista que o mencionado dispositivo apenas prevê o direito dos trabalhadores urbanos e rurais ao ‘adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei’, sem, no entanto, fazer qualquer menção à possibilidade ou não de cumulação dos adicionais em comento, até porque o referido dispositivo constitucional é norma de eficácia limitada, a depender de regulamentação legal. Recurso de revista de que não se conhece.” (Processo TST RR 3658320135140131, 5ª T., Publicação DEJT 20.02.15, j. 04.02.2015, Rel. Min. Guilherme Augusto Caputo Bastos)

A decisão apresenta-se lógica, razoável, pois estabelece que se o trabalhador está comprovadamente exposto tanto a agentes insalubres quanto a agentes perigosos deverá receber o pagamento de ambos adicionais. Trata-se de decisão que dá efetividade à necessidade de proteção da saúde do trabalhador e do meio ambiente de trabalho. Teria sido uma mudança revolucionária na jurisprudência do TST caso este entendimento tivesse prevalecido – uma mudança que também privilegiaria a realidade fática: o empregado efetivamente labora em condições insalubres e perigosas, mas só recebe um tipo de adicional.

Embora hoje este não seja o entendimento predominante no Tribunal Superior do Trabalho, que voltou atrás e atualmente adota de forma majoritária o entendimento de que não são cumuláveis os adicionais de insalubridade e periculosidade, o acórdão acima transcrito é exemplo de como é possível por meio da interpretação da Constituição de 1988, criar ou ampliar direitos trabalhistas de forma a garantir sua efetividade e eficácia.

Referida decisão interpretou da melhor maneira possível o inciso XXIII do art. 7º da Constituição de 1988, que diz: “XXIII – adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei”.

O Ministro do TST Cláudio Mascarenhas Brandão debruçou-se sobre o tema da possibilidade de cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade em artigo de livro publicado em 2016 em que predomina a interpretação sistemática dos dispositivos da Constituição e da CLT de forma a privilegiar a interpretação que confira eficácia ao direito fundamental trabalhista.

Isto quer dizer que ainda é possível que a posição jurídica adotada por ele venha a se tornar predominante no futuro. Isso significaria adoção pelo TST não só de interpretação mais benéfica para o trabalhador, mas também de uma interpretação mais moderna e consentânea não só como os ditames da hermenêutica, mas também com o prestígio e a atenção que se deve dar à proteção e à eficácia dos direitos fundamentais trabalhistas pelo Poder Judiciário.

Não se trata de uma opinião meramente esperançosa, pois o TST tem mudado radicalmente seus entendimentos de forma a tentar minorar as discrepâncias na sua jurisprudência.

O só fato de os Ministros do TST reunirem-se com o único propósito de discutir a jurisprudência da Corte com o intuito de revisá-la e atualizá-la (o que foi feito na chamada Semana do TST e por meio da publicação de várias súmulas revisadas para não conflitar com o Código de Processo Civil de 2015) é demonstração cabal de que a última instância do Poder Judiciário trabalhista está preocupada em manter-se em sintonia não só com a realidade social, mas

também com os inúmeros temas que têm sido debatidos no primeiro e segundo graus de jurisdição.

Nesta senda, diz Brandão (2016, p. 306):

“Em se tratando de direito ordinário pré-constitucional, com conteúdo contrário às normas advindas de uma nova Constituição, a consequência será distinta: ocorrerá a não recepção de tal regramento, hipótese que prescindirá da manifestação plenária (cláusula ‘reserva de plenário’ – art. 97 da *Lex Fundamentalis*), ou seja, as normas anteriormente editadas perdem condição de sustentabilidade em função do novo regramento introduzido e, com isso, deixam de ter o que se pode denominar de ‘aderência constitucional’, condição imprescindível para que possam continuar a produzir seus efeitos, como afirmado pelo STF. Da interpretação do preceito constitucional referido, extrai-se a conclusão no sentido de o legislador constituinte haver assegurado de forma plena o direito ao recebimento dos adicionais de penosidade, insalubridade e periculosidade, sem qualquer ressalva no que tange à cumulação, ainda que tenha remetido sua regulação à lei ordinária, o que ocorre por meio de dispositivos da CLT e de Normas Regulamentadoras, especificamente o art. 193, § 2º, da CLT, incluído pela Lei nº 6.514, de 22.12.77, ainda em vigor, e o item 16.2.1 da NR-16 da Portaria nº 3.214/78 do Ministério do Trabalho e Emprego, que preveem a possibilidade de opção, em caso de cumulação. (...) A análise conjunta desses dispositivos poderia conduzir à ilação de que a regência por lei ordinária mencionada no dispositivo constitucional autorizaria o acolhimento da restrição nelas imposta, no sentido da impossibilidade de percepção conjunta de ambos os acréscimos. Contudo, outra é a interpretação, a partir da afirmação de que não há como se sustentar a recepção das normas acima citadas pela Constituição Federal de 1988. A possibilidade da cumulação dos adicionais se justifica em virtude da origem dos direitos serem diversos. Não se há de falar em *bis in idem*. No caso da insalubridade, o bem tutelado é a saúde do obreiro, haja vista as condições nocivas presentes no meio ambiente de trabalho; já a periculosidade traduz situação de perigo iminente que, uma vez ocorrida, pode ceifar a vida do trabalhador.”

Outro exemplo de como a jurisprudência é capaz de criar direitos trabalhistas é a Súmula nº 291 do Tribunal Superior do Trabalho:

“A supressão total ou parcial, pelo empregador, de serviço suplementar prestado com habitualidade, durante pelo menos um ano, assegura ao empregado o direito à indenização correspondente ao valor

de um mês das horas suprimidas, total ou parcialmente, para cada ano ou fração igual ou superior a seis meses de prestação de serviço acima da jornada normal. O cálculo observará a média das horas suplementares nos últimos 12 meses anteriores à mudança, multiplicada pelo valor da hora extra do dia da supressão.”

Não existe legislação garantidora de que na hipótese de supressão de horas extras habitualmente percebidas por pelo menos um ano será assegurado qualquer tipo de indenização ao trabalhador.

No entanto, o entendimento albergado na Súmula nº 291 do Tribunal Superior do Trabalho vem garantir a eficácia do princípio constitucional da irredutibilidade salarial (art. 7º, VI, da Constituição de 1988<sup>2</sup>) e do princípio de direito material do trabalho constante do art. 468 da CLT, que veda alteração contratual lesiva ao trabalhador.

Por meio do diálogo entre as fontes do próprio direito (Constituição Federal e CLT) e sua interpretação harmônica foi que o Tribunal Superior do Trabalho editou a Súmula nº 291 com o intuito de minorar o prejuízo financeiro que o trabalhador que presta horas extras de maneira habitual sofre quando deixa de prestar tal labor.

É evidente que a estabilidade econômica do trabalhador é afetada, e as disposições da Súmula nº 291 do TST concatenam o princípio da vedação à alteração contratual lesiva ao trabalhador e o próprio senso comum de justiça. Não é justo que o empregador mantenha o trabalhador eternamente prestando horas extras habituais. Mas também não é justo que aquele trabalhador que se dedicou de forma prolongada ao trabalho extraordinário sofra os prejuízos econômicos da súbita cessação desse tipo de labor.

Portanto, a solução encontrada pelo TST na Súmula nº 291, embora seja um parâmetro que desagrade tanto empregados (que acham o critério da indenização de pequeno valor) quanto empregadores (que pensam o contrário e acham ser indevido pagar parcela não prevista expressamente em lei), é, no meu entendimento, um parâmetro satisfatório, pois prestigia a efetividade não só do direito à irredutibilidade salarial quanto da própria eficácia dos direitos trabalhistas.

Pensar diferente significaria simplesmente deixar o trabalhador amargar o prejuízo econômico sem que houvesse qualquer contrapartida em relação ao empregador que se beneficiou da força de trabalho durante o labor extraordinário e habitual.

---

2 Art. 7º, VI, da Constituição Federal de 1988: “VI – irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo”.

Outro exemplo de como as decisões do TST são capazes de criar direitos por meio da interpretação sistemática do ordenamento jurídico e dar eficácia a esses direitos é o que dispõe a Súmula nº 338 do TST:

“JORNADA DE TRABALHO. REGISTRO. ÔNUS DA PROVA (incorporadas as Orientações Jurisprudenciais nºs 234 e 306 da SBDI-1) – Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005

I – É ônus do empregador que conta com mais de 10 (dez) empregados o registro da jornada de trabalho na forma do art. 74, § 2º, da CLT. A não apresentação injustificada dos controles de frequência gera presunção relativa de veracidade da jornada de trabalho, a qual pode ser elidida por prova em contrário. (ex-Súmula nº 338 – alterada pela Res. 121/2003, DJ 21.11.03)

II – A presunção de veracidade da jornada de trabalho, ainda que prevista em instrumento normativo, pode ser elidida por prova em contrário. (ex-OJ nº 234 da SBDI-1 – inserida em 20.06.01)

III – Os cartões de ponto que demonstram horários de entrada e saída uniformes são inválidos como meio de prova, invertendo-se o ônus da prova, relativo às horas extras, que passa a ser do empregador, prevalecendo a jornada da inicial se dele não se desincumbir. (ex-OJ nº 306 da SBDI-1- DJ 11.08.2003)”

Note-se que foi por meio da edição da Súmula nº 338 e da incorporação das orientações jurisprudenciais sobre o mesmo tema que o TST sinalizou que o art. 74, § 2º, da CLT tem importância e eficácia jurídicas.

A obrigação do empregador que tem mais de 10 empregados é manter o controle do horário de trabalho para se contrapor ao pedido de pagamento de horas extras. Se o empregador que tem obrigação de apresentar os registros da jornada de trabalho do empregado deixa de fazê-lo de forma injustificada, sofrerá a sanção processual de presunção de veracidade das afirmações do trabalhador sobre a jornada de trabalho.

Com esse tipo de entendimento jurisprudencial sumulado, o TST contribuiu enormemente com a celeridade processual, pois a adoção da Súmula nº 338 traz um efeito prático imediato: se a empresa tem mais de 10 empregados e deixou de apresentar justificadamente os controles da jornada de trabalho, não há necessidade de dilação probatória acerca desse tema. Com isso, muitos processos podem ser julgados de maneira mais rápida, evitando a perda de tempo para todos os sujeitos do processo.

Merece ainda ser citado como exemplo o item III da Súmula nº 244 do TST.

Este artigo não visa analisar de forma crítica as decisões do TST, mas apenas mostrar como elas são capazes de criar direitos ou vantagens oriundas da interpretação não de texto expresso de lei, mas dos preceitos constitucionais ou princípios do Direito do Trabalho.

O entendimento jurídico até então pacificado pelo TST era no sentido de que não havia garantia de emprego para a empregada que ficasse gestante no curso do contrato de experiência.

A redação sumulada desde o ano 2000 era a seguinte: “Item III – Não há direito da empregada gestante à estabilidade provisória na hipótese de admissão mediante contrato de experiência, visto que a extinção da relação de emprego, em face do término do prazo, não constitui dispensa arbitrária ou sem justa causa”.

Doze anos depois o TST mudou diametralmente seu entendimento para modificar o item III da Súmula nº 244 nos seguintes termos: “III – A empregada gestante tem direito à estabilidade provisória prevista no art. 10, inciso II, alínea *b*, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, mesmo na hipótese de admissão mediante contrato por tempo determinado”.

Aqui vale ressaltar que a interpretação era limitada ao contrato de experiência, que é uma das modalidades de contrato por prazo determinado. Desde 2012 a nova redação do item III da Súmula nº 244 do TST deixa claro que a garantia de emprego da gestante ocorre qualquer que seja a duração do contrato de trabalho.

Apartando-nos da análise crítica sobre o acerto ou o desacerto da súmula, o fato é que esse novo entendimento ampliou a gama de trabalhadoras atingidas pela garantia de emprego à gestante sem que houvesse dispositivo de lei específico sobre o tema.

Os exemplos aqui mencionados são indicativos de que o TST tem importante papel não só na uniformização da jurisprudência trabalhista, mas também na interpretação, na criação, na ampliação e na efetividade dos direitos trabalhistas.

O papel do Tribunal Superior do Trabalho como intérprete das normas trabalhistas deve buscar prestigiar a tese de que os direitos sociais trabalhistas são direitos fundamentais, razão pela qual não podem ter sua eficácia submetida à edição de normas infralegais para sua fruição.

A morosidade do legislador e a falta de interesse político na regulação de direitos trabalhistas, a exemplo do que ocorreu com o aviso prévio propor-

cional ao tempo de serviço previsto no art. 7º, inciso XXI, da Constituição de 05.10.88 e regulamentado apenas em 11.10.2011 pela Lei nº 12.506/2011 – 23 anos depois da promulgação da Constituição de 1988 –, não podem impedir o gozo desses direitos.

No dizer de Marinoni (2015, p. 477), “supor que o legislador sempre atende às tutelas prometidas pelo direito material e às necessidades sociais de forma perfeita constitui ingenuidade inescusável”.

Esse é o protagonismo que precisa florescer no Tribunal Superior do Trabalho e nas demais instâncias do Poder Judiciário trabalhista: a noção de que os direitos sociais laborais consagrados na Constituição de 1988 são direitos fundamentais e, por isso, de aplicabilidade imediata. Cumpre ao Poder Judiciário zelar pela eficácia e pela efetividade desses direitos, sob pena de tornar a Constituição letra morta.

### CONSIDERAÇÕES FINAIS

A compreensão da evolução histórica do Direito do Trabalho permite concluir que a humanidade passou do estágio em que sequer havia qualquer proteção da própria vida dos trabalhadores até a fase em que há reconhecimento constitucional desses direitos. Entretanto, essa evolução decorreu da própria luta dos trabalhadores por melhorias nas condições de trabalho.

A doutrina constitucional brasileira enumera uma série de direitos das mais variadas categorias (moradia, nacionalidade, direitos políticos) e os coloca todos juntos no seu Título II, chamado “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, que abrange os arts. 5º a 17 da Constituição de 1988.

Dentro deste título podemos visualizar diversos tipos diferentes de direitos fundamentais: direitos que só dizem respeito aos cidadãos individualmente considerados, outros que se ligam a uma coletividade, outros que se conectam aos aspectos da relação de trabalho ou emprego e que, por sua vez, podem assumir feição individual ou coletiva.

A atual Constituição brasileira deu destaque aos direitos dos trabalhadores, seja porque os inseriu dentre os direitos e as garantias individuais, que são direitos fundamentais, seja porque, no afã de garantir-lhes o máximo de efetividade, conferiu-lhes aplicabilidade imediata e protegeu-lhes contra modificações (art. 60, § 4º, IV). Reconhecemos na Carta de 1988 um instrumento democrático, que embora ainda tenha mantido em seu texto alguns institutos de caráter totalitário, como a unicidade sindical e a obrigatoriedade de contri-

buição para o sindicato, trouxe inúmeros avanços para o Direito do Trabalho e para o Direito Constitucional.

A posição dos direitos dos trabalhadores na Constituição de 1988 leva-nos a algumas conclusões: os direitos dos trabalhadores fazem parte do grupo dos direitos sociais, que também dizem respeito à saúde, à educação, à moradia, ao lazer, dentre outros constantes do art. 6º; os direitos sociais estão incluídos no título que trata dos direitos fundamentais; os direitos fundamentais têm aplicação imediata.

É essa a compreensão de que os direitos sociais precisam ter eficácia que deve e precisa ser adotada por todas as instâncias dos Tribunais trabalhistas brasileiros, principalmente do Tribunal Superior do Trabalho, que influencia o pensamento jurídico nacional. Tal compreensão leva não só a uma interpretação mais moderna e consentânea com o próprio Direito do Trabalho, mas prestigia a efetividade de suas normas.

Por meio da interpretação sistemática do ordenamento jurídico, é possível criar, ampliar e melhor interpretar a gama de direitos sociais existentes na Constituição de 1988, conferindo-lhes efetividade e eficácia. Esse deve continuar a ser o papel do Tribunal Superior do Trabalho para garantia da manutenção e efetividade da vontade constitucional, pois de nada adianta ser titular de um direito que está escrito, mas não pode ser usufruído.

### REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Melhoramentos, 2008.

BALEEIRO, Aliomar. *Constituições brasileiras*: 1891. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 1999.

BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 10. ed. São Paulo: LTr, 2016.

BRANDÃO, Cláudio Mascarenhas. Cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade. In: VIANA, Márcio Túlio; ROCHA, Cláudio Janotti da (Coords.). *Como aplicar a CLT à luz da Constituição*: alternativas para os que militam no foro trabalhista. São Paulo: LTr, 2016.

BRASIL. *Consolidação das Leis do Trabalho*. 46. ed. São Paulo: LTr, 2016.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista RR 3658320135140131 da 5ª Turma, Brasília, DF, DEJT 20.02.2015, Relator Ministro Guilherme Augusto Caputo Bastos. Disponível em: <<http://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/168420058/recurso-de-revista-rr-3658320135140131>>. Acesso em: jan. 2017.

GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2001.

LEÃO XIII, Papa. *Rerum Novarum* – Carta Encíclica de Sua Santidade o Papa Leão XIII sobre a condição dos operários. 14. ed. São Paulo: Paulinas.

## DOUTRINA ATUAL

MARINONI, Luiz Guilherme. A legitimidade da atuação do juiz a partir do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva. In: VIANA, Márcio Túlio; ROCHA et al. (Coords.). *O que há de novo em processo do trabalho: homenagem ao professor Aroldo Plínio Gonçalves*. São Paulo: LTr, 2015.

MEIRELES, Edilton. *A constituição do trabalho: o trabalho nas Constituições da Alemanha, Brasil, Espanha, França, Itália e Portugal*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2014.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1997. t. I.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

NOGUEIRA, Octaciano. *Constituições brasileiras: 1824*. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 1999.

PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*. 5. ed. Madri: Tecnos, 1995.

POLETTI, Ronaldo. *Constituições brasileiras: 1934*. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 1999.

ROMITA, Arion Sayão. *O fascismo no direito do trabalho brasileiro: influência da Carta del Lavoro sobre a legislação trabalhista brasileira*. São Paulo: LTr, 2001.

\_\_\_\_\_. *Os direitos sociais na Constituição e outros estudos*. São Paulo: LTr, 1991.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito constitucional do trabalho*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.