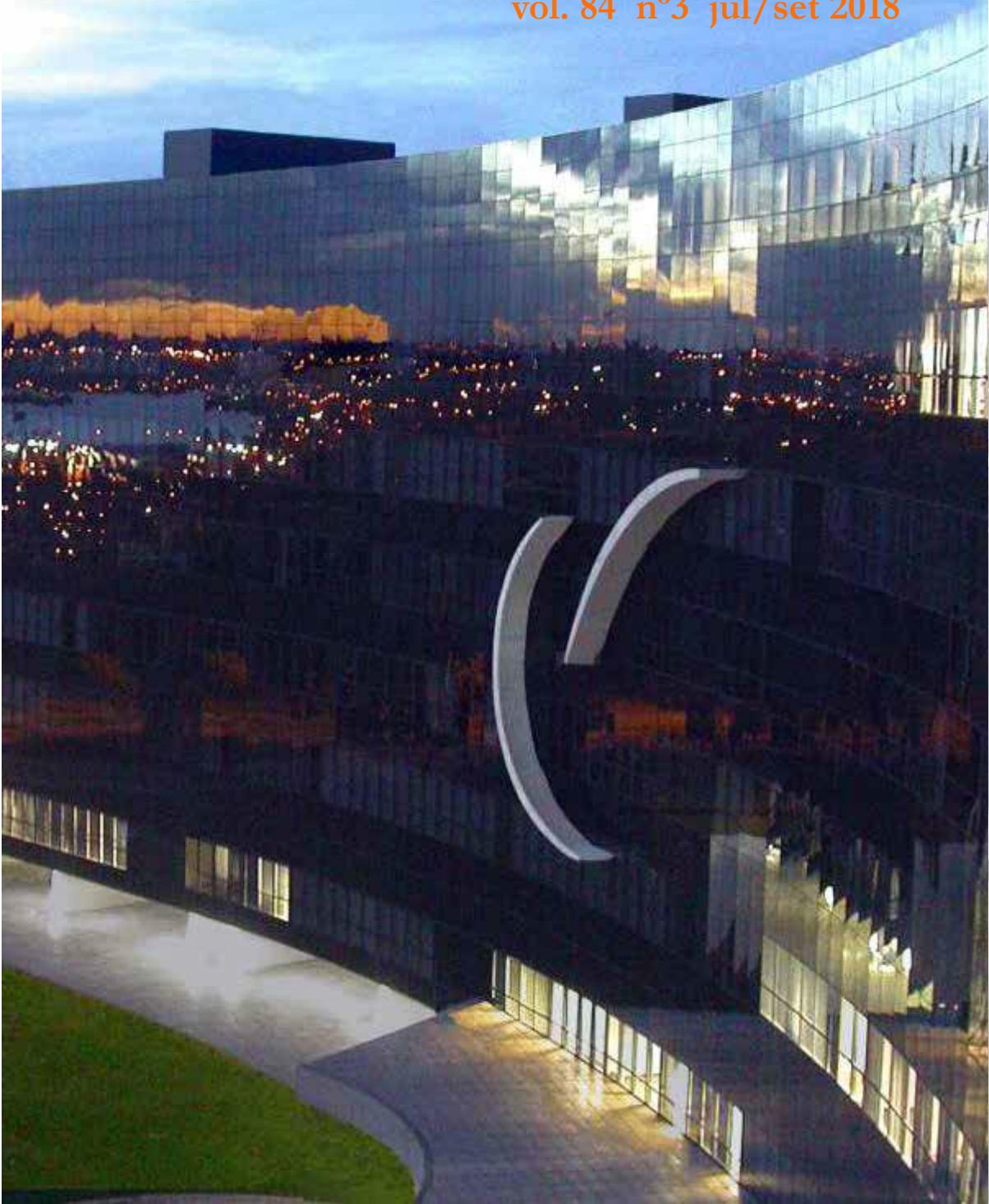


Revista do Tribunal Superior do Trabalho

vol. 84 n°3 jul/set 2018



Revista do Tribunal Superior do Trabalho



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA DO TRABALHO
TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

Revista do Tribunal Superior do Trabalho

Ministro João Batista Brito Pereira
Presidente

Ministro Renato de Lacerda Paiva
Vice-Presidente

Ministro Lelio Bentes Corrêa
Corregedor-Geral da Justiça do Trabalho

Conselho Editorial
Ministro Ives Gandra da Silva Martins Filho (*presidente*)
Ministro Alexandre de Souza Agra Belmonte
Ministro Maria Helena Mallmann
Ministro Hugo Carlos Scheuermann (*suplente*)
Comissão de Documentação

Ano 84 – n° 3 – jul. a set. – 2018

LEX MAGISTER

PRODUTOS JURÍDICOS

Rua da Consolação, 222 – 2º andar – Sala 209 – CEP 01302-000 – São Paulo-SP
comercial@lex.com.br – www.lex.com.br

Revista do Tribunal Superior do Trabalho / Tribunal Superior do Trabalho. – Vol. 21, n. 1 (set./dez. 1946) – Rio de Janeiro : Imprensa Nacional, 1947-.

v.

Trimestral.

Irregular, 1946-1968; suspensa, 1996-1998; trimestral, out. 1999-jun. 2002; semestral, jul. 2002-dez. 2004; quadrimestral, maio 2005-dez. 2006.

Continuação de: Revista do Conselho Nacional do Trabalho, 1925-1940 (maio/ago.).

Coordenada pelo: Serviço de Jurisprudência e Revista, 1977-1993; pela: Comissão de Documentação, 1994-.

Editores: 1946-1947, Imprensa Nacional; 1948-1974, Tribunal Superior do Trabalho; 1975-1995, LTr; out. 1999-mar. 2007, Síntese; abr. 2007- jun. 2010, Magister; jul. 2010-, Lex.

ISSN 0103-7978

1. Direito do Trabalho. 2. Processo Trabalhista. 3. Justiça do Trabalho – Brasil. 4. Jurisprudência Trabalhista – Brasil. I. Brasil. Tribunal Superior do Trabalho.

CDU 347.998.72(81)(05)

Coordenação: Comissão de Documentação

Organização e Supervisão: Virgínia Ramos Veríssimo

Revisão: José Geraldo Pereira Baião

Capa: Ivan Salles de Rezende (sobre foto de Marta Crisóstomo)

Editoração Eletrônica: LexMagister

Tiragem: 700 exemplares

Os artigos publicados com assinatura não traduzem necessariamente a opinião do Tribunal Superior do Trabalho. Sua publicação obedece ao propósito de estimular o debate sobre questões jurídicas relevantes para a sociedade brasileira e de refletir as várias tendências do pensamento jurídico contemporâneo. Instruções para submissão de artigo encontram-se no link “Revista do TST” na página www.tst.jus.br.

Tribunal Superior do Trabalho

Setor de Administração Federal Sul

Quadra 8, lote 1, bloco “B”, mezanino

70070-600 – Brasília – DF

Fone: (61) 3043-3056

E-mail: revista@tst.jus.br

Internet: www.tst.jus.br

Lex Editora S.A.

Rua da Consolação, 222 – 2º andar – Sala 209

01302-000 – São Paulo-SP

Fone: (11) 3019-0070

Assinaturas:

comercial@lex.com.br

www.lex.com.br

**Composição do
Tribunal Superior do Trabalho**

Tribunal Pleno

Ministro João Batista Brito Pereira, Presidente do Tribunal
Ministro Renato de Lacerda Paiva, Vice-Presidente do Tribunal
Ministro Lelio Bentes Corrêa, Corregedor-Geral da Justiça do Trabalho
Ministro Ives Gandra da Silva Martins Filho
Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi
Ministro Emmanoel Pereira
Ministro Aloysio Silva Corrêa da Veiga
Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho
Ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira
Ministra Maria de Assis Calsing
Ministra Dora Maria da Costa
Ministro Guilherme Augusto Caputo Bastos
Ministro Márcio Eurico Vitral Amaro
Ministro Walmir Oliveira da Costa
Ministro Mauricio Godinho Delgado
Ministra Kátia Magalhães Arruda
Ministro Augusto César Leite de Carvalho
Ministro José Roberto Freire Pimenta
Ministra Delaíde Alves Miranda Arantes
Ministro Hugo Carlos Scheuermann
Ministro Alexandre de Souza Agra Belmonte
Ministro Cláudio Mascarenhas Brandão
Ministro Douglas Alencar Rodrigues
Ministra Maria Helena Mallmann
Ministro Breno Medeiros
Ministro Alexandre Luiz Ramos

Órgão Especial

Ministro João Batista Brito Pereira, Presidente do Tribunal
Ministro Renato de Lacerda Paiva, Vice-Presidente do Tribunal
Ministro Lelio Bentes Corrêa, Corregedor-Geral da Justiça do Trabalho
Ministro Ives Gandra da Silva Martins Filho
Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi
Ministro Emmanoel Pereira
Ministro Aloysio Silva Corrêa da Veiga

Ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira
Ministra Dora Maria da Costa
Ministra Kátia Magalhães Arruda
Ministro José Roberto Freire Pimenta
Ministro Cláudio Mascarenhas Brandão
Ministro Douglas Alencar Rodrigues
Ministra Maria Helena Mallmann

Seção Especializada em Dissídios Coletivos

Ministro João Batista Brito Pereira, Presidente do Tribunal
Ministro Renato de Lacerda Paiva, Vice-Presidente do Tribunal
Ministro Lelio Bentes Corrêa, Corregedor-Geral da Justiça do Trabalho
Ministro Ives Gandra da Silva Martins Filho
Ministro Aloysio Silva Corrêa da Veiga
Ministra Maria de Assis Calsing
Ministra Dora Maria da Costa
Ministro Mauricio Godinho Delgado
Ministra Kátia Magalhães Arruda

Subseção I da Seção Especializada em Dissídios Individuais

Ministro João Batista Brito Pereira, Presidente do Tribunal
Ministro Renato de Lacerda Paiva, Vice-Presidente do Tribunal
Ministro Lelio Bentes Corrêa, Corregedor-Geral da Justiça do Trabalho
Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi
Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho
Ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira
Ministro Guilherme Augusto Caputo Bastos
Ministro Márcio Eurico Vitral Amaro
Ministro Walmir Oliveira da Costa
Ministro Augusto César Leite de Carvalho
Ministro José Roberto Freire Pimenta
Ministro Hugo Carlos Scheuermann
Ministro Cláudio Mascarenhas Brandão
Ministro Breno Medeiros

Subseção II da Seção Especializada em Dissídios Individuais

Ministro João Batista Brito Pereira, Presidente do Tribunal
Ministro Renato de Lacerda Paiva, Vice-Presidente do Tribunal
Ministro Lelio Bentes Corrêa, Corregedor-Geral da Justiça do Trabalho
Ministro Emmanoel Pereira
Ministra Delaíde Alves Miranda Arantes
Ministro Alexandre de Souza Agra Belmonte
Ministro Douglas Alencar Rodrigues
Ministra Maria Helena Mallmann
Ministro Alexandre Luiz Ramos

Primeira Turma

Ministro Walmir Oliveira da Costa, Presidente
Ministro Emmanoel Pereira
Ministro Hugo Carlos Scheuermann

Segunda Turma

Ministro José Roberto Freire Pimenta, Presidente
Ministra Delaíde Alves Miranda Arantes
Ministra Maria Helena Mallmann

Terceira Turma

Ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, Presidente
Ministro Mauricio Godinho Delgado
Ministro Alexandre de Souza Agra Belmonte

Quarta Turma

Ministra Maria de Assis Calsing, Presidente
Ministro Guilherme Augusto Caputo Bastos
Ministro Alexandre Luiz Ramos

Quinta Turma

Ministro Ives Gandra da Silva Martins Filho, Presidente

Ministro Douglas Alencar Rodrigues

Ministro Breno Medeiros

Sexta Turma

Ministro Aloysio Silva Corrêa da Veiga (Afastado temporariamente do exercício da jurisdição
– Membro do CNJ)

Ministra Kátia Magalhães Arruda, Presidente

Ministro Augusto César Leite de Carvalho

Desembargadora Cilene Ferreira Amaro Santos (Convocada)

Sétima Turma

Ministro Cláudio Mascarenhas Brandão, Presidente

Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho

Desembargador Ubirajara Carlos Mendes (Convocado)

Oitava Turma

Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, Presidente

Ministra Dora Maria da Costa

Ministro Márcio Eurico Vitral Amaro

Ministros do Tribunal Superior do Trabalho

Vice-Presidente



Renato de Lacerda
Paiva

Presidente



João Batista
Brito Pereira

Corregedor-Geral



Leílio Bentes
Corrêa



Ives Gandra da Silva
Martins Filho



Emmanoel
Pereira



Maria Cristina
Peduzzi



Aloysio Corrêa
da Veiga



Luiz Philippe Vieira
de Mello Filho



Alberto Luiz Bresciani
de Fontan Pereira



Maria de Assis
Calsing



Dora Maria
da Costa



Guilherme Augusto
Caputo Bastos



Márcio Eurico
Vital Amaro



Walmir Oliveira
da Costa



Mauricio Godinho
Delgado



Kátia Magalhães
Arruda



Augusto César Leite
de Carvalho



José Roberto Freire
Pimenta



Delaíde Alves
Miranda Arantes



Hugo Carlos
Scheuermann



Alexandre de Souza
Agra Belmonte



Cláudio Mascarenhas
Brandão



Douglas Alencar
Rodrigues



Maria Helena
Mallmann



Breno
Medeiros



Alexandre Luiz
Ramos

Sumário

Apresentação.....	15
1. A reforma trabalhista da Lei nº 13.467/2017 e as limitações, pelo novo artigo 702, I, <i>f</i> , e seus parágrafos 3º e 4º, da CLT, à uniformização de jurisprudência e à edição ou revisão de precedentes pelos tribunais trabalhistas <i>The labor reform of Law 13.467/2017 and the limitations, by the new article 702, I, “f”, and its paragraphs 3 and 4, of the CLT, to the standardization of jurisprudence and to the editing or revision of its precedents by labor courts</i> <i>José Roberto Freire Pimenta</i>	19
2. O critério de transcendência do recurso de revista e sua aplicação efetiva pelo TST <i>The rule of transcendence in the appeal of review to the Brazilian Labor High Court and its effective application</i> <i>Ives Gandra da Silva Martins Filho.....</i>	59
3. O pressuposto da transcendência: algumas preocupações <i>The assumption of transcendence: some concerns</i> <i>Vantuil Abdala</i>	81
4. Modernas reformas laborais. Redução do intervencionismo estatal. Aumento do poder de gestão do empregador <i>Modern labor reforms. Reduction of governmental interventionism. Employer management empowerment</i> <i>Luiz Carlos Amorim Robortella</i>	89
5. (¿) Novas modalidades de contratação (?) <i>(¿) New modalities of hiring (?)</i> <i>Thereza Christina Nahas.....</i>	100
6. O novo Direito do Trabalho <i>The new Employment Law</i> <i>Fábio Rodrigues Gomes.....</i>	120
7. Do direito autônomo à produção da prova como instrumento de efetivo acesso à Justiça do Trabalho pós-reforma trabalhista <i>From the autonomous right to the production of the proof as an effective instrument access to the post-reform Labor Justice</i> <i>Sérgio Cabral dos Reis.....</i>	168

8.	Natureza e origem das câmaras nacionais com competência associativa interna para a resolução de disputas laborais no futebol <i>Nature and origin of national chambers with internal associative competence for the resolution of labor disputes in football</i> <i>Leonardo Andreotti Paulo de Oliveira</i>	182
9.	A ultratividade das cláusulas coletivas, a Súmula nº 277 do TST e a Lei nº 13.467/2017: entre o ativismo judicial e o ativismo legislativo? <i>The ultrativity of the collective agreements, TST Precedent 277 and Law 13.467/2017: between judicial activism and legislative activism?</i> <i>Pablo Rolim Carneiro</i>	190
10.	A transcendência no recurso de revista <i>The transcendency requirement in appeal to the Brazilian Labor Highest Court</i> <i>Philippe de Oliveira Nader</i>	219
11.	Negociação coletiva no desporto brasileiro <i>Collective negotiation in Brazilian sports</i> <i>Fabício Trindade de Sousa</i>	239
12.	A teoria dinâmica do ônus da prova <i>The dynamic theory of proof</i> <i>Ricardo Souza Calcini</i>	254
13.	Análise tributária da extinção da compulsoriedade da contribuição sindical pela reforma trabalhista <i>Workers are no longer required to pay "fair-share" fees when they decline to join the union according to labor law reform in Brazil</i> <i>Roberta de Oliveira Souza</i>	275
14.	Contribuição sindical pós-reforma e a contribuição negocial <i>Union trade contribution after labor reform law and the bargaining contribution</i> <i>Marcelo Carlos Ferreira e Saulo Martins de Melo</i>	297

Apresentação

A Lei nº 13.429/2017 ampliou as possibilidades de utilização do trabalho temporário previsto na Lei nº 6.019/74, elastecendo inclusive o prazo, além de regular a terceirização de serviços.

Sobreveio então a Lei nº 13.467, de julho de 2017, que resultou em ampla reforma das normas de direito material e processual.

No tocante à então recente Lei nº 13.429/2017, promoveu nova alteração da Lei nº 6.019/74, para possibilitar a terceirização também na atividade-fim.

A Lei nº 13.467/2017, com vigência a partir de 11 de novembro daquele mesmo ano, regulou novas formas de trabalho (teletrabalho e trabalho intermitente); restringiu temporalmente a responsabilidade do sócio retirante; limitou ao sucessor a responsabilidade pelas obrigações trabalhistas do negócio transferido pelo sucedido, excetuados os casos de fraude; ampliou as hipóteses de caracterização do grupo econômico (por subordinação e por coordenação); estabeleceu um canal obrigatório de diálogo entre empregados e empregadores nas empresas com mais de 200 empregados; buscou regular os danos extrapatrimoniais e sua composição nas relações de trabalho; identificou os direitos individuais passíveis de negociação pela via coletiva; extinguiu a contribuição sindical obrigatória.

Outras tantas alterações de natureza material compuseram a reforma, assim como intervenções significativas foram feitas no campo processual, a exemplo da incidência de honorários de sucumbência e do exame prévio da transcendência, levando inclusive a diversos questionamentos quanto ao momento de aplicação da nova lei aos contratos e relações processuais em andamento quando da vigência da nova lei.

Evidentemente, como toda e qualquer norma jurídica, as Leis ns. 13.429/2017 e 13.467/2017 estão sujeitas à interpretação judicial e também aos controles difuso e concentrado de constitucionalidade.

O novo ambiente de relações materiais e processuais suscita, portanto, questionamentos e soluções que precisam ser enfrentados.

Esperamos que os artigos selecionados para esta Revista possam, mediante visões variadas sobre os temas, servir para enriquecer a pesquisa e o debate, de forma a trazer contribuições doutrinárias à jurisprudência que se formará ao longo do tempo.

Ministro Alexandre Agra Belmonte

Membro da Comissão de Documentação e Memória do TST

Doutrina

**A REFORMA TRABALHISTA DA LEI Nº
13.467/2017 E AS LIMITAÇÕES, PELO NOVO
ARTIGO 702, I, F, E SEUS PARÁGRAFOS 3º E 4º, DA
CLT, À UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA
E À EDIÇÃO OU REVISÃO DE PRECEDENTES
PELOS TRIBUNAIS TRABALHISTAS**

***THE LABOR REFORM OF LAW 13.467/2017 AND THE
LIMITATIONS, BY THE NEW ARTICLE 702, I, “F”, AND
ITS PARAGRAPHS 3 AND 4, OF THE CLT, TO THE
STANDARDIZATION OF JURISPRUDENCE AND TO THE
EDITING OR REVISION OF ITS PRECEDENTS BY LABOR COURTS***

José Roberto Freire Pimenta*

RESUMO: Este artigo parte da constatação do enorme impacto potencial da aplicação direta, subsidiária e supletiva, no Direito Processual do Trabalho brasileiro, do sistema de edição de precedentes obrigatórios e do microsistema de litigiosidade repetitiva, introduzidos pela Lei nº 13.015/2014, e do novo Código de Processo Civil, de 2015, para a uniformização da jurisprudência dos Tribunais trabalhistas brasileiros, bem como para a edição de seus precedentes e para o julgamento em massa dos processos repetitivos que não cessam de aumentar, nos últimos anos. Aponta-se o paradoxo de esse novo papel dos Tribunais trabalhistas como Cortes de Precedentes ser combatido pela hostilidade do legislador da reforma trabalhista contra o mal-denominado *ativismo judicial*, e sua tentativa de restaurar o ultrapassado e inadequado paradigma do juiz *bouche de la loi*, através das numerosas limitações, introduzidas pela denominada Reforma Trabalhista, contra a atuação jurisdicional da Justiça do Trabalho em geral e, particularmente, contra a autonomia, constitucionalmente assegurada aos Tribunais trabalhistas, para uniformizar sua jurisprudência e para editar os correspondentes enunciados de seus precedentes, através do novo art. 702, I, f, e seus §§ 3º e 4º, da CLT. São expostos os fundamentos do incidente de arguição da inconstitucionalidade desses novos dispositivos legais pela via difusa, no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho, ainda em andamento, e são apontadas, na hipótese de não ser declarada sua inconstitucionalidade, as impropriedades e a inconveniência do novo procedimento introduzido pelo referido preceito legal para restringir a edição de súmulas e outros enunciados de jurisprudência uniforme pelo Tribunal Superior do Trabalho e pelos Tribunais Regionais do Trabalho. Ao final, indicam-se as dúvidas e perplexidades suscitadas pelo referido procedimento e as possíveis soluções respectivas caso esse preceito legal seja mantido e, apesar dele, para preservar ao máximo a competência constitucional das Cortes trabalhistas para uniformizarem sua jurisprudência e para continuarem a concretizar, na maior medida possível, o princípio constitucional da efetividade da tutela jurisprudencial, infelizmente relegado a segundo plano pelo legislador da Reforma Trabalhista.

* *Ministro do Tribunal Superior do Trabalho; doutor em Direito Constitucional pela UFMG; professor titular do Centro Universitário do Distrito Federal – UDF nas áreas de Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho; integrante do Conselho Consultivo da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento dos Magistrados do Trabalho – ENAMAT.*

DOCTRINA

PALAVRAS-CHAVE: Edição de Súmulas e outros Enunciados de Jurisprudência Uniforme pelos Tribunais Trabalhistas. Reforma Trabalhista e a Limitação à Uniformização da Jurisprudência Trabalhista. Edição ou Alteração de Precedentes e a Autonomia Constitucional dos Tribunais Trabalhistas.

ABSTRACT: This article is based on the enormous potential impact of the direct, subsidiary and supplementary application, in the Brazilian Labor Procedural Law, of the system of editing of binding precedents and the repetitive litigation microsystem, introduced by Law 13.015/2014, and the new Code of Civil Procedure of 2015 for the uniformization of the jurisprudence of the Brazilian Labor Courts, as well as for the edition of its precedents and for the mass judgment of the repetitive processes that continue to increase in recent years. It points to the paradox of this new role of the Labor Courts as Courts of Precedents being countered by the labor reform legislator's hostility against the so-called judicial activism, and its attempt to restore the outdated and inadequate paradigm of the judge "bouche de la loi" by the numerous limitations, introduced by the so-called Labor Reform, against the judicial action of the Labor Court in general and, particularly, against the autonomy, constitutionally assured to the Labor Courts, to standardize its jurisprudence and to edit the corresponding statements of its precedents through the new article 702, I, and its paragraphs 3 and 4, of the CLT. The reasons of the incident of the unconstitutionality of these new legal provisions by the diffuse route at the Superior Labor Court, still in progress, are exposed, and are pointed out, in the hypothesis of not being declared unconstitutional, the improprieties and the inconvenience of the new procedure introduced by said legal precept to restrict the issue of precedents and other statements of uniform jurisprudence by the Superior Labor Court and by the Regional Labor Courts. In the end, the doubts and perplexities raised by the said procedure and the possible solutions are indicated if this legal precept is maintained, and despite it, in order to preserve to the maximum the constitutional competence of the Labor Courts to standardize its jurisprudence and to continue to materialize, to the greatest extent possible, the constitutional principle of the effectiveness of judicial protection, unfortunately relegated to second place by the last Labor Reform.

KEYWORDS: Edition of Precedents and other Statements of Uniform Jurisprudence by the Labor Courts. Labor Reform and the Limitation to the Standardization of Labor Jurisprudence. Edition or Change of Precedents and the Constitutional Autonomy of the Labor Courts.

1 – Considerações iniciais

O Direito do Trabalho e a própria Justiça do Trabalho brasileiros, frutos de décadas de construção coletiva em prol da concretização dos direitos sociais em nosso país, passam, nestes anos de 2017 e 2018, por um momento de grande crise e transformação.

Se a consagração dos direitos sociais trabalhistas na Constituição Democrática de 1988, como importante vertente dos direitos fundamentais que passaram a figurar no centro do ordenamento jurídico vigente e a significativa ampliação da competência da Justiça do Trabalho pela Emenda Constitucional nº 45/04, pareceram indicar uma crescente valorização dessa disciplina e desse ramo do Poder Judiciário, a profunda crise institucional, política, econômica e social ocorrida no Brasil a partir de 2014 colocou em xeque, na prática, a centralidade do valor trabalho, proclamada no próprio Texto Constitucional,

e fez nascer, de forma surpreendente, insistentes e despropositadas propostas de extinção dessa Justiça Especial¹. E isso apesar do inegável sucesso de sua atuação, ao longo de sete décadas de existência, em prol da concretização dos direitos dos trabalhadores consagrados na Constituição, nas leis e nas normas coletivas de trabalho em vigor que, no entanto, também se refletiu em uma exponencial e crescente explosão no número de reclamações anualmente ajuizadas.

É nesse quadro que deve ser compreendida e situada a polêmica “reforma trabalhista” promovida pela Lei nº 13.467/2017, que, em tempo recorde, alterou ou acrescentou mais de duzentos dispositivos da Consolidação das Leis do Trabalho, com os declarados propósitos de modernizar a legislação do trabalho, promover a inclusão de amplos setores da população ativa, antes excluídos da proteção das normas laborais, e diminuir o número, considerado excessivo, de demandas trabalhistas, por meio do combate à denominada “litigância irresponsável”. A profundidade das modificações nas regras e nos princípios juslaborais foi enorme, exigindo de todos os operadores do Direito do Trabalho um grande esforço para bem compreendê-las, interpretá-las e aplicá-las, de maneira coerente e sistemática, em conformidade com a Constituição, com as normas internacionais de direitos humanos e da Organização Internacional do Trabalho ratificadas pelo Brasil e com o conjunto do ordenamento jurídico infraconstitucional em vigor.

Em momento tão delicado, é imprescindível discutir, com as necessárias profundidade e amplitude, uma matéria que diz respeito à própria razão de ser e aos limites do papel constitucional e legal dos tribunais trabalhistas brasileiros, em cumprimento a seu dever de manter estável, íntegra e coerente sua jurisprudência uniforme, na expressa dicção do art. 926 do Código de Processo Civil de 2015, supletiva e subsidiariamente aplicável à esfera trabalhista por força dos arts. 15 do referido diploma processual comum e 769 da Consolidação das Leis do Trabalho.

2 – O sistema de edição de precedentes obrigatórios e o microsistema de litigiosidade repetitiva introduzidos pela Lei nº 13.015/2014 e pela aplicação subsidiária e supletiva do Código de Processo Civil de 2015 no Direito Processual do Trabalho brasileiro, para uniformização de jurisprudência, edição de precedentes e julgamento em massa dos processos repetitivos pelos tribunais laborais

Duas das mais profundas e significativas inovações introduzidas pelo novo Código de Processo Civil brasileiro (aprovado pela Lei nº 13.105, de

1 Para uma resposta densa, apropriada e definitiva contrária a tais propostas, veja-se, por todos: VEIGA, Aloysio Corrêa da. Uma retórica maçante e desagradável. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília, v. 83, n. 4, p. 28-30, out./dez. 2017.

16.03.2015, alterado pela Lei nº 13.256, de 04.02.2016, e que entrou em vigor, depois de uma *vacatio legis* de um ano, em 18.03.2016) foram a adoção do sistema de edição de precedentes judiciais obrigatórios e do denominado *microsistema de litigiosidade repetitiva* (composto pelos incidentes de assunção de competência, de resolução de demandas repetitivas e de julgamento dos recursos de natureza extraordinária repetitivos).

Tais inovações, na verdade, em boa parte, já haviam sido antecipadas na esfera processual trabalhista pelas alterações no sistema recursal, disciplinado pelos arts. 893 a 901 da Consolidação das Leis do Trabalho, promovidas pela Lei nº 13.015, de 21.07.2014² e por sua regulamentação no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho³.

A questão que de imediato se colocou na data da vigência do novo CPC foi se esses sistemas seriam ou não aplicáveis ao processo do trabalho e, em caso afirmativo, se integralmente ou apenas parcialmente, na medida em que seu art. 15 (que não revogou os arts. 769 e 889 da CLT) reafirma que, na ausência de normas de Direito Processual do Trabalho, suas disposições ser-lhes-ão aplicadas não só de forma subsidiária (como já ocorria, por força dos referidos preceitos consolidados), mas também *supletiva*. Foi esse o problema fundamental que se procurou equacionar na Instrução Normativa nº 39/2016, aprovada pela Resolução nº 203, de 25.03.2016, do Órgão Especial do TST.

Como ficou expresso em seus *consideranda* e em sua exposição de motivos, para atender à exigência de transmitir segurança jurídica aos jurisdicionados e órgãos da Justiça do Trabalho, e com o escopo de prevenir nulidades processuais em detrimento de desejável celeridade, nela pretendeu-se identificar apenas questões polêmicas e algumas das mais importantes inovações do novo Código de Processo Civil. Para tanto, buscou expressar, *ainda que de forma não exaustiva*, o posicionamento do Tribunal Superior do Trabalho sobre os

- 2 Sobre o tema, vejam-se: DALAZEN, João Oreste. Apontamentos sobre a Lei nº 13.015/2014 e impactos no sistema recursal trabalhista. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília, v. 80, n. 4, p. 204-263, out./dez. 2014; PIMENTA, José Roberto Freire. A reforma do sistema recursal trabalhista pela Lei nº 13.015/2014 e o novo papel dos precedentes judiciais na Justiça brasileira: contexto, premissas e desafios. In: BELMONTE, Alexandre Agra (Org.). *A nova Lei de Recursos Trabalhistas: Lei nº 13.015/2014*. São Paulo: LTr, p. 25-70, 2015; e *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília, v. 80, n. 4, p. 95-162, out./dez. 2014; PIMENTA, José Roberto Freire. A força dos precedentes judiciais, o novo sistema recursal trabalhista e a função constitucional do Tribunal Superior do Trabalho. In: DELGADO, Gabriela Neves; PIMENTA, José Roberto Freire; MELLO FILHO, Luiz Philippe Vieira de; LOPES, Othon de Azevedo (Org.). *Direito constitucional do trabalho: princípios e jurisdição constitucional do TST*. São Paulo: LTr, 2015. p. 225-267.
- 3 Vejam-se o Ato nº 401/SEGJUD.GP, de 23.09.2014, da Presidência do TST, e a Resolução nº 38/2015, aprovada pela Resolução nº 201 do Órgão Especial do TST, de 10.11.2015, publicada no DEJT de 17.11.2015.

preceitos do referido Código considerados *não aplicáveis* (art. 2º da IN nº 39), os *aplicáveis* (art. 3º) e os *aplicáveis em termos*, isto é, com as necessárias adaptações (os demais referidos na IN a partir de seu art. 4º). Como não poderia deixar de ser, o fio condutor dessa norma foi somente admitir a invocação subsidiária ou supletiva do novo CPC se houver, de forma cumulativa, omissão (total ou parcial) das normas processuais trabalhistas sobre a matéria e também compatibilidade das normas processuais do novo CPC com as normas e princípios do Direito Processual do Trabalho.

Especificamente com relação aos temas da uniformização da jurisprudência e da edição de precedentes (persuasivos ou obrigatórios) pelos tribunais trabalhistas, pretendeu-se “transpor para o processo do trabalho as inovações relevantes que valorizam a jurisprudência consolidada dos tribunais” (exposição de motivos da IN nº 39, *in fine*), o que fez de maneira expressa ao proclamar *aplicáveis por inteiro* ao processo do trabalho, em face de omissão e compatibilidade, os preceitos do novo Código que regulam os temas da *fundamentação da sentença* (art. 489, com as adaptações previstas no art. 15 da referida IN), da *força da jurisprudência dos tribunais* (arts. 926 a 928), do *incidente de assunção de competência* (art. 947 e parágrafos), da *reclamação* (arts. 988 a 993) e, com as necessárias adaptações e restrições desde logo explicitadas nos arts. 7º e 8º da IN nº 39, do *juízo de improcedência liminar do pedido* (art. 332 do CPC, em parte) e do *incidente de resolução de demandas repetitivas* (arts. 976 a 986 do CPC, com as adaptações dos §§ 1º a 3º do referido art. 8º).

É ainda importante observar que os próprios arts. 896-B e 896-C da CLT (introduzidos pela Lei nº 13.015/2014 em data anterior à promulgação do CPC de 2015) já haviam disciplinado, na esfera recursal trabalhista, o *incidente de recursos de revista repetitivos*, com expressa determinação, no primeiro desses preceitos consolidados, de aplicação, no que couber, das normas processuais civis relativas aos recursos extraordinário e especial repetitivos⁴.

Conforme já tivemos a oportunidade de afirmar em trabalhos anteriores,⁵ a intensa e efetiva aplicação, no processo do trabalho, deste novo paradigma,

4 Embora o art. 896-B da CLT, como não poderia deixar de ser, tenha feito referência expressa às normas da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (o Código de Processo Civil em vigor na data da promulgação da Lei nº 13.015/2014, que o introduziu), o art. 1.046, § 4º, do novo CPC estabelece expressamente que “as remissões a disposições do Código de Processo Civil revogado, existentes em outras leis, passam a referir-se às que lhes são correspondentes neste Código”, o que equivale a dizer que, no caso do *incidente dos recursos de revista e embargos repetitivos* (regulamentado no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho, repita-se, pela sua Instrução Normativa nº 38/2015), ser-lhe-ão aplicáveis, no que couber, os arts. 1.036 a 1.041 do novo diploma processual comum.

5 PIMENTA, José Roberto Freire. O sistema de precedentes judiciais obrigatórios e o microsistema de litigiosidade repetitiva no processo do trabalho. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília,

que visou assegurar e reforçar a função uniformizadora da jurisprudência dos tribunais (para mantê-la estável, íntegra e coerente, na dicção expressa do art. 926, *caput*, do novo Código de Processo Civil), e introduzir, no direito brasileiro, a denominada *teoria dos precedentes*, tem o potencial de ser uma solução poderosa e eficaz contra um dos principais fatores que, nas últimas décadas, tem contribuído para o inaceitável aumento crescente do número de demandas trabalhistas individuais e repetitivas, que gradativamente tem tornado inefetiva a tutela jurisdicional prestada pela Justiça do Trabalho, em todos os seus graus e instâncias: a *instabilidade excessiva da jurisprudência sobre o real sentido das normas de Direito Material*, por sua vez causada pela inevitável variação dos entendimentos adotados pelos diferentes juízes e tribunais no *julgamento dos milhares de processos repetitivos decorrentes da chamada litigiosidade em massa ou de alta intensidade* (a qual tem por objeto a defesa, em juízo, dos direitos individuais homogêneos ameaçados ou lesados)⁶.

Também como ali já salientamos, o juiz dos dias atuais é obrigado a desempenhar função judicante muito diferente, em sua substância e em seus limites, daquela tradicionalmente desempenhada pelo juiz do Estado Liberal de Direito, na medida em que, hoje, ele tem que aplicar diretamente a Constituição (em grande parte principiológica, sem necessidade da intermediação das normas editadas pelo legislador infraconstitucional e, muitas vezes, por meio do uso da *técnica de concretização*)⁷ e as leis com redação aberta (que contam, cada vez mais, com *cláusulas gerais* e *conceitos jurídicos indeterminados*), as quais exigem sua complementação pelo aplicador para criar a *norma do caso concre-*

v. 82, n. 2, p. 176-235, abr./jun. 2016; PIMENTA, José Roberto Freire. A reforma do sistema recursal trabalhista pela Lei nº 13.015/2014 e o novo papel dos precedentes judiciais na Justiça brasileira: contexto, premissas e desafios. In: BELMONTE, Alexandre Agra (Org.). *A nova Lei de Recursos Trabalhistas: Lei nº 13.015/2014*. São Paulo: LTr, p. 25-70, 2015; e *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília, v. 81, n. 3, p. 95-164, jul./set. 2015; PIMENTA, José Roberto Freire. A força dos precedentes judiciais, o novo sistema recursal trabalhista e a função constitucional do Tribunal Superior do Trabalho. In: DELGADO, Gabriela Neves; PIMENTA, José Roberto Freire; MELLO FILHO, Luiz Philippe Vieira de; LOPES, Othon de Azevedo (Org.). *Direito constitucional do trabalho: princípios e jurisdição constitucional do TST*. São Paulo: LTr, 2015. p. 225-267.

- 6 Para o exame dos três tipos de litigiosidade que hoje assoberbam o Poder Judiciário em nosso país (*a litigiosidade individual ou de varejo, a litigiosidade coletiva ou metaindividual e a litigiosidade em massa ou de alta intensidade*), vejam-se THEODORO Jr., Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Breves considerações sobre a politização do Judiciário e sobre o panorama de aplicação no direito brasileiro – Análise da convergência entre o *civil law* e o *common law* e dos problemas da padronização decisória. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, v. 189, p. 24, nov. 2010.
- 7 “Densificar uma norma” significa *preencher, complementar e precisar* o espaço normativo de um preceito constitucional que seja demasiado genérico para ser diretamente aplicado, para que se torne possível a sua utilização para a solução de determinado problema concreto. A concretização das normas constitucionais é um trabalho técnico-jurídico diverso da simples interpretação do texto da norma: é, sim, *a construção de uma norma jurídica*.” (CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993. p. 201-204, texto e nota 2).

to. Cada vez mais, e em decorrência de tudo isso, o julgador contemporâneo precisa atuar como *legislador intersticial* sempre que o Poder Legislativo não edita regra jurídica completa e bastante para regular o conflito intersubjetivo de direitos e de interesses submetido ao julgamento do Poder Judiciário.

Um sistema jurídico que, ao exigir do juiz que aplique normas constitucionais com a natureza de princípios para concretizar direitos fundamentais e leis contendo *conceitos jurídicos indeterminados* e *cláusulas gerais ou abertas*, na verdade lhe confere e reconhece o poder e a responsabilidade de criar novas normas jurídicas para os casos concretos que completem o sentido das normas constitucionais e legais. Se assim é, isso não acarreta obrigatoriamente que, para hipóteses iguais, haja uma multiplicidade de normas jurídicas individuais de diferentes significados, geradas apenas pela natural variação de entendimentos de numerosos e distintos julgadores.

Se hoje a vinculação estrita dos juízes à letra da lei já não é aceitável nem desejável, a abertura desse amplo espaço de atuação e de interpretação aos juízes traz, inevitavelmente, *um perigo muito grande: a possibilidade de que as mesmas normas jurídicas sejam interpretadas e aplicadas de modo diferente por juízes diversos*, trazendo um grau enorme de insegurança jurídica e impedindo que os atores sociais pautem sua conduta e façam suas escolhas de vida com base naquilo que eles razoavelmente considerem ser determinado pela ordem jurídica em vigor. Com isso, o Direito como um todo deixa de ser capaz de desempenhar sua função precípua: a de ordenar e regular as relações sociais.

Outro perigo correlato é a consagração do chamado “*decisionismo judicial*” que o pós-positivismo abomina, proclamando, ao contrário, que, em qualquer conflito de interesses submetido à decisão judicial, só pode haver *uma única solução justa*, à luz dos princípios constitucionais aplicáveis ao caso específico, tais como compreendidos em determinado momento histórico. Como compatibilizar essa concepção com a possibilidade de cada juiz de uma determinada causa livremente interpretar e aplicar as normas que regulam aquele litígio de acordo com o seu próprio e livre convencimento pessoal acerca de seu significado e alcance, sem sequer cogitar de observar o distinto entendimento jurisprudencial já pacificado acerca da questão?

É aqui que entra a jurisprudência como um mecanismo a um só tempo *flexibilizador da letra fria da lei* (permitindo sua aplicação mais justa a um sem número de situações diversas que nenhum legislador pode prever ao editar uma norma, como sempre foi o seu papel tradicional nos sistemas de direito romano-germânicos) por meio da utilização de mecanismos para sua uniformização e para a observância dos entendimentos daí resultantes, e também *estabilizador*

do conteúdo das normas jurídicas em vigor, definindo em um precedente, para casos concretos substancialmente iguais ao que foi decidido no *leading case*, o sentido único de uma norma jurídica que hoje é, na maioria das vezes, genérica, principiológica e que exige complementação mediante uma *interpretação concretizadora* do Poder Judiciário⁸.

3 – A evolução da jurisprudência uniformizada do TST nas primeiras décadas do século XXI e sua recente potencialização, pelo novo sistema de precedentes obrigatórios, como instrumento de combate efetivo contra os descumpridores contumazes e em massa da legislação trabalhista

Ao contrário do que se passou a proclamar recentemente, não foi apenas nas duas últimas décadas que o Tribunal Superior do Trabalho desempenhou de forma ativa o seu papel de consolidar seu entendimento majoritário acerca das questões altamente controvertidas em seu próprio âmbito e no âmbito dos Tribunais Regionais do Trabalho, por meio da edição de enunciados de jurisprudência uniforme (súmulas, orientações jurisprudenciais e precedentes normativos).

Basta lembrar o enorme efeito transformador nas relações trabalhistas que, sem que tivesse havido nenhuma alteração na Constituição ou nas leis aplicáveis que justificasse a sua edição, produziram as Súmulas ns. 198 e 294 do TST, editadas, respectivamente, em 1985 e em 1989 (e que cancelaram a Súmula nº 168 que, até a aprovação da primeira destas, proclamava ser sempre parcial a prescrição na lesão de direito que atingisse prestações periódicas, contada do vencimento de cada uma delas e não do direito do qual se originava), a Súmula nº 330 (que, em 1994, promoveu ampla revisão do entendimento até então consagrado na Súmula nº 41 do Tribunal para proclamar que a quitação passada pelo empregado, com assistência da entidade sindical de sua categoria, tem eficácia liberatória em relação às *parcelas* expressamente consignadas no recibo – e não mais apenas aos *valores*, como estabelecido no verbete jurisprudencial anterior) e a Súmula nº 331 (que, também em 1994, por

8 Lucas Buriel de Macêdo, depois de observar que os precedentes judiciais são importantíssimos para garantir razoabilidade ao direito, considera-os de modo expresso *uma forma de contenção ou de fechamento do processo criativo do juiz como seu aplicador*, significativamente acrescido, na atualidade, pelo desenvolvimento dos princípios como normas, evitando o que denomina “uma produção irresponsável de direito jurisprudencial”. E acrescenta, de forma incisiva: “Isso mesmo: *os precedentes são uma forma de garantir limites à atividade criativa dos juizes, e não de reforçar a criatividade ou de dar mais poderes aos magistrados*” (O regime jurídico dos precedentes judiciais no Projeto do novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, v. 237, p. 373-374, nov. 2014).

DOCTRINA

igual revisou radicalmente o teor da Súmula nº 256 do TST – que só admitia como legal a contratação de trabalhadores por empresa interposta nos casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, proclamando a ilegalidade de toda e qualquer outra terceirização de serviços – para admitir como legal a terceirização não apenas dos serviços de vigilância e de conservação e limpeza, mas também, e principalmente, de todos e quaisquer serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador – e isto sem nenhuma lei que regulasse em geral a terceirização).

E, em todas essas hipóteses, o Tribunal Superior do Trabalho não foi acusado de “ativismo judicial” ou de que estaria “legislando”... Tais acusações só começaram a ser feitas quando ocorreram as revisões mais recentes de sua jurisprudência (não por acaso, no momento em que a composição deste Tribunal passou por uma profunda alteração) e, não por coincidência, justamente pelos setores econômicos e pelos litigantes habituais que tiveram seus interesses jurídicos e econômicos afetados pelos novos entendimentos que, a partir de então, predominaram na jurisprudência uniforme.

Com efeito, a partir do início deste século XXI, o Tribunal Superior do Trabalho, pouco a pouco, se modificou no tocante a seus integrantes, tanto pelo natural decurso do tempo quanto pela ampliação do número de seus Ministros togados, decorrente da incidência combinada da Emenda Constitucional nº 24, de 9 de dezembro de 1999 (que extinguiu os juizes classistas em todos os graus de jurisdição da Justiça do Trabalho e então reduziu o número de seus componentes de 27 para 17 Ministros) e da Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004 (que restabeleceu o número de 27 Ministros componentes do Tribunal, mas desta vez todos togados). O resultado dessas modificações, como não poderia deixar de ser, foi o surgimento de gradativas e importantes mudanças na jurisprudência deste Órgão, o que se refletiu mais intensamente nas denominadas “Semanas do TST” de maio de 2011 e de setembro de 2012.

Como se sabe, estes dois eventos, frutos da histórica e louvável iniciativa do então Presidente do Tribunal Superior do Trabalho, Ministro João Oreste Dalazen, nasceram da constatação de que parte importante dos verbetes de sua jurisprudência uniforme (súmulas, orientações jurisprudenciais e precedentes normativos) já não refletiam, naquelas datas, o pensamento majoritário dessa Corte Superior (como demonstrava grande número de decisões de seus órgãos colegiados, algumas simplesmente contrárias a esses enunciados e muitas com ressalva do entendimento pessoal em contrário da maioria de seus componentes), indicando a necessidade de uma revisão global de toda a jurisprudência

uniformizada em reuniões do conjunto dos integrantes do Tribunal, de forma colegiada e democrática.

Os resultados dessas “Semanas” – além de revelarem o acerto desse diagnóstico, que se refletiu na ampla maioria que, na votação do Pleno do Tribunal, obtiveram as propostas de alterar ou de cancelar vários dos enunciados jurisprudenciais existentes – mostraram-se altamente positivos, tanto pela aceitação que os enunciados de súmulas e outros verbetes de jurisprudência uniforme tiveram no primeiro e no segundo grau de jurisdição (embora meramente persuasivos, cumpre lembrar) quanto por claramente sinalizarem o novo e mais intenso compromisso do TST (e da Justiça do Trabalho como um todo) com a concretização dos direitos fundamentais constitucionalmente consagrados, com o reforço do caráter protecionista do Direito do Trabalho brasileiro e com o aumento da efetividade da tutela jurisdicional trabalhista.

Em outras palavras, o claro posicionamento que a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho passou a adotar diante do fenômeno da inegável explosão de demandas trabalhistas ocorrida nas primeiras duas décadas deste século XXI (que, em si mesma, também pode ser vista sob um viés positivo, como reflexo do elevado grau de confiança que esse ramo do Judiciário ainda desperta nos jurisdicionados que a ele recorrem) foi de enfrentar o problema pela raiz.

E o verdadeiro problema, pura e simplesmente, é que o Direito Material do Trabalho brasileiro ainda tem um baixo índice de cumprimento espontâneo pelos destinatários de seus comandos normativos, muito menor do que qualquer ordenamento jurídico admite como tolerável, e este descumprimento ocorre em frequência muito maior do que seria razoável em qualquer sociedade capitalista do século XXI⁹.

Nessa perspectiva, chega a ser elementar a causa fundamental de tão elevado número de litígios trabalhistas (sendo relevante observar que sua grande maioria termina, na fase de cognição, com uma sentença de procedência

9 Todo e qualquer sistema jurídico só será operacional e funcional se as normas jurídicas que o integram forem, em sua grande maioria, espontaneamente observadas por seus destinatários. Luís Roberto Barroso (*Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 239-240) nos adverte exatamente para isto: “De regra, como já referido, um preceito legal é observado voluntariamente. As normas jurídicas têm, por si mesmas, uma eficácia ‘racional ou intelectual’, por tutelarem, usualmente, valores que têm ascendência no espírito dos homens. Quando, todavia, deixa de ocorrer a submissão da vontade individual ao comando normativo, a ordem jurídica aciona um mecanismo de sanção, promovendo, por via coercitiva, a obediência a seus postulados. Mas essa é a exceção. Como bem intuiu André Hauriou, se não houvesse, em grande parte, uma obediência espontânea, se fosse necessário um policial atrás de cada indivíduo e, quem sabe, um segundo policial atrás do primeiro, a vida social seria impossível”.

integral ou parcial dos pedidos iniciais dos reclamantes, próxima dos 80% nos anos de 2015, 2016 e 2017¹⁰). Esse descumprimento generalizado e consciente das normas que regem o trabalho obriga os beneficiários dos direitos por elas instituídos a escolher entre conformar-se com essa lesão (o que, como é de conhecimento geral, costuma ocorrer em boa parte dos casos, caracterizando o fenômeno que os processualistas contemporâneos denominam de *litigiosidade contida*) ou recorrer à Justiça, em busca da tutela jurisdicional a todos constitucionalmente prometida, como contrapartida da proibição estatal da autotutela. Deve-se concluir, portanto, que a quantidade excessiva de reclamações é simples efeito, e não a verdadeira causa do problema.

As empresas razoavelmente organizadas sempre fazem uma análise global da *relação custo-benefício*, sabendo muito bem quando lhes é vantajoso, ou não, cumprir a lei trabalhista¹¹. Isso não ocorre apenas no Brasil: nos países desenvolvidos, os agentes econômicos e institucionais também atuam movidos por objetivos similares e com base em considerações da mesma natureza. A diferença fundamental é que naqueles, em última análise, é mais vantajoso (ou melhor, menos desvantajoso) para os empregadores, como regra habitual de conduta, cumprir a legislação trabalhista do que descumpri-la. *Essa é, a nosso ver, a questão essencial.*

Como já afirmamos reiteradamente em trabalhos anteriores¹², hoje, o verdadeiro problema do Direito do Trabalho em nosso país é *a falta de efetividade da tutela jurisdicional trabalhista* (que, reitere-se, torna vantajoso, do ponto de vista econômico e para grande número de empregadores, descumprir,

10 Segundo os dados da Tabela 1 – Índice por Região Judiciária. 2015-2017 da Coordenadoria de Estatística e Pesquisa do TST de 19.04.2018 (disponível em: <<http://www.tst.jus.br/estatistica>>. Consulta no Sistema e-Gestão em: 18 abr. 2018).

11 O que, embora insustentável do ponto de vista jurídico, é até compreensível na estrita ótica empresarial, movida essencialmente por considerações de natureza econômica e administrativa, com vistas à maximização da citada *relação custo-benefício*. A responsabilidade maior pela manutenção desse lamentável estado das coisas, evidentemente, é daqueles operadores do Direito que, tendo ou devendo ter noção disso, nada fazem para inverter essa equação, de modo a tornar essa relação desvantajosa na prática, mediante a plena e efetiva aplicação das normas jurídicas materiais em vigor, com a rigorosa aplicação de todas as sanções materiais e processuais legalmente previstas para a hipótese de seu descumprimento.

12 PIMENTA, José Roberto Freire. O sistema de precedentes judiciais obrigatórios e o microsistema de litigiosidade repetitiva no processo do trabalho. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília, v. 82, n. 2, p. 183-187, abr./jun. 2016; **Tutelas de urgência no processo do trabalho: o potencial transformador das relações trabalhistas das reformas do CPC brasileiro**. In: *Direito do trabalho: evolução, crise, perspectivas*, op. cit., p. 340-343; *Revista do TRT da 15ª Região*, op. cit., p. 201-202; e *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, op. cit., p. 102-104; A tutela metaindividual dos direitos trabalhistas: uma exigência constitucional. In: *Tutela metaindividual trabalhista: a defesa coletiva dos direitos dos trabalhadores em juízo*, op. cit., p. 25-26; A conciliação na esfera trabalhista – função, riscos e limites. In: PIMENTA, Adriana Campos de Souza Freire; LOCKMANN, Ana Paula Pellegrina (Coord.). *Con-*

de forma deliberada e massiva, as mais elementares obrigações trabalhistas), criando, por uma decisão estratégica empresarial, uma verdadeira *cultura do inadimplemento*, em flagrante concorrência desleal com a parcela ainda significativa dos empregadores que cumprem com rigor suas obrigações legais e convencionais.

O efeito negativo desse estado de coisas, porém, não incide apenas no Direito Processual, com o comprometimento da eficiência da máquina judiciária. No Direito Material, as generosas promessas da Assembleia Nacional Constituinte, relativas aos *direitos constitucionais sociais*, que se consubstanciaram na Constituição Democrática de 1988, acabam não se concretizando no dia a dia e no campo decisivo da realidade empírica de cada um dos cidadãos e jurisdicionados. É esta, afinal, a maior demonstração prática da validade da concepção, que a mais moderna e autorizada doutrina do direito processual convencionou chamar, sinteticamente, de *a instrumentalidade do processo*.

Se a Justiça do Trabalho se mostra cada vez menos capaz de assegurar aos trabalhadores beneficiados pelas normas constitucionais e legais trabalhistas, a tempo e a modo, o mesmo e específico resultado útil que lhes teria sido proporcionado caso essas normas houvessem sido cumpridas por inteiro por seus empregadores e destinatários no momento devido, tal situação, além de configurar o já denunciado incentivo ao descumprimento massivo e deliberado dessas normas, acarretará, na prática, um indevido rebaixamento do patamar mínimo desses direitos materiais e do próprio Direito do Trabalho em nosso país. Este, na esfera do *ser*, não corresponderá àquilo que está normativamente assegurado ao conjunto dos trabalhadores brasileiros, na esfera do *dever-ser*.

Essa situação, assim, configurará a existência de duas *ofensas à Constituição*, que se interpenetram: em primeiro lugar, no Direito Material, uma grave e direta violação dos direitos fundamentais dos trabalhadores, pelo flagrante desrespeito *a seus direitos sociais constitucionalmente assegurados*; em segundo lugar, e ao mesmo tempo, no Direito Processual, uma não menos grave afronta ao *princípio constitucional da efetividade da tutela jurisdicional*, também estabelecido em favor de todos os jurisdicionados, em contrapartida à genérica proibição estatal da autotutela.

ciliação judicial individual e coletiva e formas extrajudiciais de solução dos conflitos trabalhistas. São Paulo: LTr, 2014, p. 22-24.

No mesmo sentido, veja-se ainda: PIMENTA, José Roberto Freire; PIMENTA, Adriana Campos de Souza Freire. Uma execução trabalhista efetiva como meio de se assegurar a fruição dos direitos fundamentais sociais. In: ÁVILA, Ana; RODRIGUES, Douglas Alencar; PEREIRA, José Luciano de Castilho (Org.). *Mundo do trabalho: atualidades, desafios e perspectivas*. São Paulo: LTr, 2014. p. 247-254.

DOCTRINA

A contrario sensu, quanto mais efetiva for a atuação da Justiça do Trabalho ao proferir suas decisões e assegurar a sua aplicação integral e em tempo oportuno, mais poderosa será sua atuação como instrumento indutor do futuro cumprimento, pleno e espontâneo, das normas trabalhistas por seus destinatários, com a previsível diminuição significativa do número excessivo de demandas judiciais (como já aconteceu nos outros países mais desenvolvidos), quebrando-se esse verdadeiro *círculo vicioso* que, nas últimas décadas, tem aprisionado tanto os trabalhadores quanto os operadores do Direito do Trabalho comprometidos com a sua efetividade¹³.

No entanto, em vez de procurar reforçar a efetividade da tutela jurisdicional trabalhista e tornar jurídica e economicamente desvantajoso o descumprimento massivo e reiterado das normas trabalhistas pelos denominados *litigantes habituais*¹⁴, gerador dos numerosíssimos processos repetitivos com idêntico objeto que permeiam a Justiça do Trabalho brasileira em todas as suas instâncias, o caminho adotado pelo legislador ordinário, ao aprovar a reforma trabalhista instituída pela Lei nº 13.467/2017, foi outro, com base em três, e cumulativas, premissas, todas equivocadas.

De um lado, culpou por esse estado de coisas o excesso da intervenção da legislação nas relações de trabalho e, contra isso, instituiu a denominada

13 Esta situação, na qual os direitos humanos de segunda geração (ou os direitos sociais constitucionalmente assegurados), assim como os demais direitos em abstrato consagrados nas normas infraconstitucionais trabalhistas (legais e coletivas), são reduzidos à triste condição de meras promessas demagógicas feitas pelos legisladores às grandes massas, caracteriza aquilo que os constitucionalistas da atualidade, como por exemplo, Luís Roberto Barroso (*Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 280), têm, de forma incisiva, denominado de *hipocrisia constitucional e legal*.

Este fenômeno, que consiste na criação e na ampliação de direitos materiais apenas no campo legislativo, mas desacompanhadas da paralela e indispensável instituição de garantias e de mecanismos instrumentais capazes de assegurar aos seus titulares a fruição dos correspondentes bens da vida, nos casos de seu não cumprimento espontâneo, pelos destinatários dos comandos normativos, é também conhecido na doutrina como a busca da *legitimação pela mera promessa*. Cappelletti & Garth citam manifestação do professor norte-americano Handler, de que “Símbolos (tais como... novas leis...) são utilizados pelos adversários para pacificar grupos dissidentes, dando-lhes a sensação de que cumpriram seus objetivos, quando, de fato, resultados mais tangíveis são retardados” (*Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988. p. 68, nota 138).

14 Para o conceito de *litigantes habituais*, consulte-se: CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988. p. 25 e ss. e 132 e ss.; GALANTER. Why the “Haves” come out ahead: speculations on the limits of legal changes (Por que só os que têm são beneficiados? Especulações sobre os limites das reformas judiciárias). *Law and Society Review*, v. 9, p. 95, 1974; PIMENTA, José Roberto Freire. A conciliação judicial na Justiça do Trabalho após a Emenda Constitucional nº 24/99: aspectos de direito comparado e o novo papel do juiz do trabalho. *Revista LTr*, São Paulo, v. 65, n. 2, p. 151-162, 2001; e Trabalhos da Escola Judicial do TRT da Terceira Região. *Anais dos Trabalhos da Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da Terceira Região*. Belo Horizonte: Escola Judicial do TRT – 3ª Região, p. 305-334, 2001.

prevalência do negociado sobre o legislado (conforme o novo art. 611-A da CLT), sob a égide do *princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva* (expressamente consagrado no novo § 3º do art. 8º da Consolidação Laboral)¹⁵.

De outro lado, também considerou como causa dessa explosão de demandas a existência da denominada *litigância irresponsável* por parte expressiva dos reclamantes e de seus advogados, adotando, para coibi-la, várias medidas destinadas a tornar mais oneroso o exercício do direito constitucional de ação trabalhista¹⁶.

Ao mesmo tempo, o outro erro de perspectiva e eixo central da reforma trabalhista configurou-se quando o legislador procurou combater o mal denominado “ativismo judicial”, restabelecendo o ultrapassado e inadequado paradigma do juiz *bouche de la loi* dos primórdios do Estado Liberal de Direito e limitando significativamente a atuação jurisdicional dos tribunais trabalhistas brasileiros, tanto no julgamento dos casos individuais quanto na formação, atualização e revisão de seus precedentes e enunciados de jurisprudência uniforme (súmulas, orientações jurisprudenciais e precedentes normativos).

15 Chegando, inclusive, a limitar a atuação dos juízes e tribunais do Trabalho no julgamento das causas que versem sobre o conteúdo das cláusulas das convenções e dos acordos coletivos de trabalho, expressamente restrita à análise da conformidade dos elementos essenciais desses negócios jurídicos com o disposto no art. 104 do Código Civil (art. 611-A, § 1º, c/c o art. 8º, § 3º, da CLT), bem como das cláusulas dos contratos e ajustes individuais celebrados pelos denominados “empregados hiper-suficientes”, assim definidos aqueles que percebam salário mensal igual ou superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral da Previdência Social (novo parágrafo único do art. 444 da CLT).

16 Como, entre outras medidas, a consagração da sucumbência, como regra geral no processo trabalhista, inclusive parcial e sempre recíproca, abrangendo, inclusive, a parte beneficiada pela justiça gratuita e os créditos obtidos em outro processo judicial capazes de suportar a despesa (art. 791-A da CLT), o pagamento dos honorários periciais pela parte sucumbente no objeto da perícia, salvo se beneficiária de justiça gratuita e não tiver obtido em juízo créditos capazes de suportar essa despesa (art. 790-B, *caput* e seu § 3º), a responsabilização do reclamante injustificadamente ausente pelo pagamento das custas em caso de arquivamento da reclamação, sendo essa quitação condição para a propositura de nova demanda (art. 844, §§ 2º e 3º), a intensificação das sanções contra as partes que praticarem atos considerados caracterizadores de litigância de má-fé, aí também incluída a testemunha que intencionalmente alterar a verdade dos fatos ou omitir fatos essenciais ao julgamento da causa (arts. 793-A a 793-D da CLT).

Quanto a esta segunda vertente, pronunciou-se com propriedade a Procuradora do Trabalho Camila Holanda Mendes da Rocha: “Em verdade, a Lei nº 13.467/2017 pretende reduzir o elevado número de ações que tramitam perante a Justiça do Trabalho como consequência do excessivo descumprimento da legislação trabalhista. Ocorre que a estratégia adotada não foi pugnar pela observância das normas, mas obstaculizar o acesso à Justiça” (A Justiça do Trabalho como órgão homologador: afronta ao direito constitucional de acesso à justiça. In: *Reforma trabalhista na visão de procuradores do trabalho*. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 630).

4 – A hostilidade do legislador da reforma trabalhista contra o mal denominado “ativismo judicial” e sua tentativa de retornar ao paradigma do juiz *bouche de la loi*: as limitações da nova CLT contra a atuação jurisdicional dos juízes e tribunais trabalhistas e contra a autonomia, constitucionalmente a estes últimos assegurada, para uniformizar sua jurisprudência e editar precedentes jurisprudenciais

Como já se acentuou anteriormente, o juiz dos dias de hoje é, antes de tudo, o concretizador das normas constitucionais diretamente aplicáveis (sem a necessidade da intermediação do legislador infraconstitucional) e dos direitos fundamentais das três dimensões (nos litígios laborais, os direitos fundamentais sociais e trabalhistas, com *eficácia horizontal*), bem como o aplicador das normas internacionais de direitos humanos e da Organização Internacional do Trabalho ratificadas pelo Brasil (com *status de supralegalidade*, como já é jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal). Ademais, e principalmente, é ele obrigado, na solução dos casos concretos, a adotar, cada vez mais, normas-princípio (e não apenas normas-regra) constitucionais e legais, bem como regras legais com natureza de normas abertas e de tessitura flexível, que se utilizam de *conceitos vagos e juridicamente indeterminados*.

A necessidade de aplicação das leis contendo conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais às lides submetidas à apreciação e ao julgamento dos juízes dá-lhes, como é óbvio, um espaço de atuação e, correspondentemente, um papel constitucional e um grau de responsabilidade bem maiores do que aqueles tradicionalmente atribuídos ao juiz que atuava no Estado Liberal de Direito¹⁷. Nos casos em que não ocorra o cumprimento pleno e espontâneo das normas de Direito Material aplicáveis por seus destinatários e, em decorrência do princípio da demanda, o dissídio correspondente seja regularmente submetido ao Poder Judiciário, se essas normas não tiverem a natureza de *regra* completa e suficiente para regular, por si só, o litígio, a integral e específica realização da vontade concreta da lei apenas ocorrerá depois da atuação *criativa*, em última análise, dos juízes de cada causa (ou seja, do Estado-juiz), ainda que só para *complementar*, na estrita medida do necessário, o sentido dessas normas constitucionais e legais aplicáveis.

Resumindo tudo o que até aqui se disse, hoje o ordenamento jurídico dos Estados Democráticos de Direito opera e é aplicado em etapas escalonadas

17 Na feliz e expressiva síntese de Marinoni (*Precedentes obrigatórios*. São Paulo: RT, 2010. p. 88), “o juiz que trabalha com conceitos indeterminados e regras abertas está muito longe daquele concebido para unicamente aplicar a lei”.

de normas jurídicas (de forma semelhante à operação da pirâmide normativa pioneiramente descrita por Kelsen): em primeiro lugar, parte-se da *Constituição* (que precisa ser interpretada e aplicada pelo *método da concretização*, com técnicas específicas e mais refinadas de hermenêutica constitucional, e não mais por mera *subsunção*); em segundo lugar, interpreta-se e aplica-se a lei respectiva, mas apenas como a seguinte das duas primeiras etapas escalonadas de normas de regulação dos fenômenos sociais; em terceiro lugar, e só quando isso não é suficiente (o que ocorre com frequência cada vez maior, como já salientado), passa-se à sua incidência aos casos específicos, quando só então as normas constitucionais e legais principiológicas e abertas serão *concretizadas e completadas*, no momento de sua interpretação e de sua aplicação – isto se fará de modo espontâneo pelas próprias partes interessadas (como ocorre na imensa maioria das vezes, na normalidade das relações sociais) ou pelo juiz, em substituição da vontade destas (quando, nos casos de conflitos intersubjetivos de interesses, surgir a lide posta em juízo, que exigirá do Estado-juiz a prestação da tutela jurisdicional efetiva, constitucionalmente prometida)¹⁸.

Na feliz observação de Marinoni, e aplicando o que se acabou de acentuar, “se um juiz se vale da cláusula geral para chegar na regra adequada à regulação do caso concreto, a cláusula geral é norma legislativa incompleta e a decisão é a verdadeira norma jurídica do caso concreto”¹⁹.

Note-se que, em momento algum, o pós-positivismo proclama ou admite que o juiz da causa, ao exercer a sua função jurisdicional, pode ignorar ou contrariar aquilo que está claramente estabelecido como *normas-princípio* ou *como normas-regra* nos dispositivos constitucionais ou infraconstitucionais. Em tais casos, o princípio de hermenêutica constitucional da *supremacia da Constituição*²⁰ ou os princípios da *separação de poderes* e da *legalidade*, igualmente consagrados na Norma Fundamental, incidirão com toda a sua força e plenitude, de modo a impedir que o Poder Judiciário profira uma decisão aplicando, no caso concreto, uma *norma de decisão* exclusivamente por ele produzida, mas

18 Como bem observa o mesmo Marinoni: “Para Kelsen, todo ato jurídico constitui, em um só tempo, aplicação e criação do direito, com exceção da Constituição e da execução de sentença, pois a primeira seria só criação e a segunda pura aplicação do direito. Por isso, o legislador aplica a Constituição e cria a norma geral e o juiz aplica a norma geral e cria a norma individual. (...) A norma individual faria parte do ordenamento, ou teria natureza constitutiva, apenas por individualizar a norma superior para as partes” (*Precedentes obrigatórios*, *op. cit.*, p. 91, nota 130).

19 MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*, *op. cit.*, p. 154.

20 Sobre o princípio de interpretação constitucional da *supremacia da Constituição*, vejam-se, por todos: BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 156-167; e CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993. p. 229-230.

frontalmente contrária aos ditames das normas-*princípio* ou das *normas-regra* constitucionais e legais aplicáveis²¹.

Em outras palavras, somente nessas hipóteses em que o ordenamento constitucional e legal mostra-se insuficiente para regular determinada relação social, o Poder Judiciário pode atuar para *completar* o sentido final e concreto da norma constitucional ou infraconstitucional que o próprio Poder Legislativo, expressa ou implicitamente, decidiu deixar incompleta – sua atuação, portanto, é a de um *legislador intersticial* que, na feliz colocação de Teresa Arruda Alvim Wambier²², atua apenas nos *poros* por meio dos quais a realidade social pode penetrar, que mitigam o excessivo apego à letra da lei e permitem ao Poder Judiciário adaptar o direito a mudanças e também a particularidades do caso concreto.

O que hoje se reconhece como legítimo e não só admissível, mas também exigido pela própria Constituição, é que esse julgador, quanto não houver regra clara capaz de, por si só, solucionar a lide, e em que tenha que aplicar *normas-princípio* constitucionalmente consagradas ou *conceitos jurídicos indeterminados* ou *cláusulas gerais* de que se valeu o legislador, não se abstenha de *completar* o sentido das normas aplicáveis ao litígio editadas pelo Poder Constituinte ou pelo Poder Legislativo, *construindo* a norma que, ao final de todo esse processo hermenêutico, irá regular a controvérsia, à luz das suas circunstâncias fáticas peculiares.

Em tais situações, a decisão judicial única (que configura um *precedente*) ou o conjunto de decisões judiciais em determinado sentido predominante proferidas pelos tribunais constitucionalmente competentes para firmar *a melhor interpretação* para determinada norma constitucional ou legal aplicável a certa *questão de direito* (que é o que hoje se entende por *jurisprudência uniforme ou dominante*) torna-se, sim, *fonte primária do Direito*.

21 É o que também salienta de forma incisiva e com propriedade Humberto Ávila, ao relembrar que as regras não se submetem ao mesmo processo discursivo, argumentativo e justificativo para a sua aplicação que os princípios: “Quando a Constituição contém um dispositivo que privilegia o caráter descritivo da conduta, ou a definição de um âmbito de poder, há, nesse contexto e nesse aspecto, a instituição de uma regra que não pode ser simplesmente desprezada pelo legislador, ainda que haja internamente alguma margem de indeterminação para a definição de seu sentido. Assim, se a Constituição estabelece regras que proíbem a utilização de prova ilícita ou garantem a presunção de inocência, não cabe ao intérprete desconsiderar essa rigidez e flexibilizar o comando normativo como se ele fora um conselho descartável ou afastável diante de outros elementos” (*Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 160).

22 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: *civil law e common law*. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, v. 172, p. 137-139, jun. 2009.

Por tudo isso é que se afiguram descabidas as acusações genéricas de que a jurisprudência dos Tribunais Regionais do Trabalho e, principalmente, do Tribunal Superior do Trabalho das duas primeiras décadas deste século XXI teriam caracterizado indevido “*ativismo judicial*”, no sentido pejorativo da expressão, sendo tais acusações o produto de desconhecimento dos avanços e do que hoje já se tornou absolutamente pacífico na ciência jurídica contemporânea mais autorizada, ou, simplesmente, da intenção dos setores interessados, prejudicados pela atuação mais intensa e efetiva do Poder Judiciário trabalhista, de neutralizá-la ou de desqualificá-la.

Em ambas as hipóteses, a tentativa foi de fazer regredir os juízes e os tribunais trabalhistas ao ultrapassado papel de julgador *bouche de la loi*, preconizado no século XVIII por Montesquieu, hoje absolutamente incompatível com o relevantíssimo papel constitucional reservado ao Poder Judiciário nos Estados de Direito do mundo contemporâneo.

Um dos mais significativos exemplos dessa tentativa – de limitar de forma intensa o exercício da função jurisdicional pelos juízes e tribunais do trabalho – foi, em seu conjunto, a alteração promovida pelo legislador da reforma trabalhista nos arts. 8º, 611-A e 444, parágrafo único, da CLT.

Com efeito, o novo § 2º do art. 8º da Consolidação Laboral surpreendentemente assim está redigido:

“Art. 8º (...)

§ 2º Súmulas e outros enunciados de jurisprudência editados pelo Tribunal Superior do Trabalho e pelos Tribunais Regionais do Trabalho não poderão restringir direitos legalmente previstos nem criar obrigações que não estejam previstas em lei.”

Esse dispositivo, por um lado, infelizmente traz embutida, em sua redação desnecessariamente agressiva, uma ofensa implícita e gratuita ao Tribunal Superior do Trabalho e aos Tribunais Regionais do Trabalho²³, que, na verdade,

23 Confira-se a justificativa de mérito relativa a esse dispositivo do relator do projeto da reforma trabalhista na Câmara dos Deputados, Deputado Rogério Marinho (PSDB-RN), *in verbis*: “O art. 8º da CLT é de fundamental importância para o Direito do Trabalho, estabelecendo a hierarquia que deve ser obedecida para a aplicação da norma jurídica. A expressão ‘na falta de’ constante do *caput* indica que a principal fonte de direitos é a lei para, em seguida, disciplinar as demais fontes. Nesse contexto, o contrato, a jurisprudência, a analogia só poderiam ser usados no vazio da lei. Todavia não é isso que temos visto. Os tribunais em nosso país, em especial, as Cortes trabalhistas, têm se utilizado da edição de súmulas e de outros enunciados de jurisprudência para legislar, adotando, algumas vezes, até mesmo um entendimento contrário à norma vigente” (Disponível em: <<http://www.camara.gov.br>>. Acesso em: 9 jun. 2017).

DOCTRINA

nunca fizeram isso, não passando tal acusação, além de tecnicamente incorreta, de mero e repetitivo lamento das partes cujos interesses foram afetados pelos entendimentos consagrados nos referidos verbetes jurisprudenciais e uma recorrente alegação defensiva de nenhuma credibilidade e de baixíssima eficiência no âmbito jurisdicional.

Por outro lado, se a intenção desse preceito foi realmente cercear o exercício, pelos tribunais trabalhistas, de seu *poder-dever* de uniformizar seus entendimentos, seu efeito será mais ilusório que real: se os tribunais trabalhistas considerarem necessário aplicar diretamente as normas-princípio constitucionais, suprir as lacunas reais ou ontológicas da legislação para concretizar os direitos fundamentais sociais constitucionalmente previstos e produzir jurisprudencialmente as normas dos casos concretos repetitivos (sob a forma de *precedentes obrigatórios*), com toda a certeza eles, para bem exercerem sua competência constitucional e legal, continuarão a fazer exatamente tudo isso, sem que se possa entender descumprida a regra em exame, cabendo exclusivamente ao Poder Judiciário a palavra final se, em cada caso, terá sido ou não descumprido o disposto no referido § 2º do art. 8º da CLT.

Paralelamente, a reforma trabalhista pretendeu, por meio do citado § 2º do art. 8º (reforçado pelos § 3º do mesmo dispositivo, § 1º do art. 611-A e parágrafo único do art. 444 da CLT), limitar decisivamente o poder e o âmbito decisório dos juízes do trabalho em geral para, no julgamento das demandas individuais a eles distribuídas, examinar o conteúdo das cláusulas das convenções e dos acordos coletivos de trabalho e dos acordos individuais celebrados pelos denominados “empregados hipersuficientes”. Ao assim proceder, não levou em conta a competência do Poder Judiciário trabalhista para exercer o controle difuso de constitucionalidade e o controle de convencionalidade dessas cláusulas (inclusive sua razoabilidade e proporcionalidade, sob a ótica do devido processo legal substancial), e, contraditoriamente, a possibilidade de essas cláusulas versarem sobre algumas matérias capituladas nos incisos do art. 611-B da CLT, que a própria Lei nº 13.467/2017 proibiu expressamente serem objeto de negociação coletiva. Além disso, também pareceu ignorar a possibilidade de o juiz da causa aplicar os arts. 5º e 17 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, que determina que, “na aplicação da lei, o juiz atenderá aos *fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum*” e que “*quaisquer declarações de vontade não*

terão eficácia no Brasil quando ofenderem *a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes*²⁴⁻²⁵.

É exatamente dentro desse contexto que deve ser entendido e analisado o novo art. 702, I, *f*, e seus §§ 3º e 4º, da CLT, também editado pela reforma trabalhista, que teve a mesma finalidade de restringir a atividade de uniformização de jurisprudência dos Tribunais Regionais do Trabalho e do Tribunal Superior do Trabalho. Isto, porém, entrou em contradição frontal com o Código de Processo Civil de 2015, que veio justamente reforçar esta importantíssima faceta

24 Quanto à inconstitucionalidade do art. 8º, § 3º, e do art. 611-A, § 1º, da CLT, vejam-se: SILVA, José Antônio Ribeiro de Oliveira. Comentários ao artigo 8º da CLT. DIAS, Carlos Eduardo Oliveira. Comentários ao art. 611-A da CLT. Ambos in: DIAS, Carlos Eduardo Oliveira; FELICIANO, Guilherme Guimarães; SILVA, José Antônio Ribeiro de Oliveira; TOLEDO FILHO, Manoel Carlos. *Comentários à Lei da Reforma Trabalhista: dogmática, visão crítica e interpretação constitucional*. São Paulo: LTr, 2018. p. 28-30 e p. 153-155, respectivamente; SILVA, Bruno Freire e. A reforma processual trabalhista e o acesso à justiça. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, v. 278, p. 394-396, abr. 2018; DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. *A reforma trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei nº 13.467/2017*. São Paulo: LTr, 2017. p. 305-307; SOUZA Jr., Antônio Humberto de Souza; SOUZA, Fabiano Coelho de; MARANHÃO, Ney; AZEVEDO NETO, Platon Teixeira de. *Reforma trabalhista: análise comparativa e crítica da Lei nº 13.467/2017 e da Med. Prov. nº 808/2017*. 2. ed. São Paulo: Rideel, 2018. p. 18-20 e 355; SILVA, Homero Batista Mateus da. *Comentários à reforma trabalhista*. 2. ed. São Paulo: RT, 2017. p. 26-29; CORREIA, Henrique; MIESSA, Élisson. *Manual da reforma trabalhista*. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 71-80; ALVES, Amauri César. Comentários à CLT, artigo 8º. In: ALVES, Amauri César; LEITE, Rafaela Fernandes (Org.). *Reforma trabalhista: comentários à Lei nº 13.467/2017*. Belo Horizonte: Conhecimento Jurídica, 2018. p. 26-29.

25 Também nesse sentido, pronuncia-se, sem caráter vinculativo mas com fundamentação densa e persuasiva, o Enunciado nº 2 da 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho realizada nos dias 9 e 10.10.2017, organizada pela Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho – Anamatra, *in verbis*:

“ENUNCIADO Nº 2. INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DA LEI 13.467/2017.

Os Juízes do Trabalho, à maneira de todos os demais magistrados, em todos os ramos do Judiciário, devem cumprir e fazer cumprir a constituição e as leis, o que importa no exercício do controle difuso de constitucionalidade e no controle de convencionalidade das leis, bem como no uso de todos os métodos de interpretação/aplicação disponíveis. Nessa medida:

I. Reputa-se autoritária e antirrepublicana toda ação política, midiática, administrativa ou correicional que pretender imputar ao juiz do trabalho o “dever” de interpretar a Lei 13.467/2017 de modo exclusivamente literal/gramatical.

II. A interpretação judicial é atividade que tem por escopo o desvelamento do sentido e do alcance da lei trabalhista. É função primordial do poder judiciário trabalhista julgar as relações de trabalho e dizer o direito no caso concreto, observando o objetivo da República Federativa do Brasil de construir uma sociedade mais justa e igualitária. Exegese dos artigos 1º, 2º, 3º, 5º, inciso XXXV, 60 e 93, IX e 114 da CRFB;

III. Inconstitucionalidade do § 2º e do § 3º do artigo 8º da CLT e do artigo 611-A, § 1º, da CLT. Será inconstitucional qualquer norma que colime restringir a função judicial de interpretação da lei ou imunizar o conteúdo dos acordos e convenções coletivas de trabalho da apreciação da justiça do trabalho, inclusive quanto à sua inconstitucionalidade, convencionalidade, legalidade e conformidade com a ordem pública social. Não se admite qualquer interpretação que possa elidir a garantia de inafastabilidade da jurisdição, ademais, por ofensa ao disposto no art. 114, I, da CF/88 e por incompatibilidade com os princípios da separação dos poderes, do acesso à justiça e da independência funcional.”

da sua função jurisdicional, ao adotar o *sistema de precedentes obrigatórios* e, simultaneamente, o denominado *microsistema de litigiosidade repetitiva*, destinado ao julgamento dos incidentes de resolução de demandas repetitivas, de julgamento de recursos repetitivos e de assunção de competência. Assim, infelizmente, refletiu a mesma concepção ultrapassada quanto ao papel e aos limites no exercício da função jurisdicional nos dias atuais, causando graves dúvidas quanto à sua constitucionalidade e à sua conveniência, como será examinado a seguir.

5 – O novo procedimento introduzido pelo art. 702, I, f, e seus §§ 3º e 4º, da CLT para a edição de súmulas e de outros enunciados de jurisprudência dominante pelos tribunais trabalhistas e a arguição da inconstitucionalidade desse novo dispositivo legal no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho, pela via difusa

O artigo consolidado em epígrafe dispunha simplesmente, em seu inciso I, alínea *f*, que competia ao Tribunal Pleno do Tribunal Superior do Trabalho “estabelecer súmulas de jurisprudência uniforme, na forma prescrita no Regimento Interno”.

No entanto e como se sabe, sempre foi entendimento pacífico, em sede doutrinária e jurisprudencial, que o art. 702 da CLT, em sua redação original, foi tacitamente revogado pela ainda vigente Lei nº 7.701, de 21.12.88, que promoveu profunda reformulação da organização interna até então existente do Tribunal Superior do Trabalho, criando as suas seções especializadas para o julgamento dos dissídios individuais e dos dissídios coletivos (sendo a gênese das atuais Seções Especializadas em Dissídios Coletivos – SDC e em Dissídios Individuais – esta dividida nas Subseções I e II por seu Regimento Interno, como autorizado no parágrafo único do art. 1º desta lei).

Porém, o legislador da reforma trabalhista não levou tal revogação em conta e limitou-se a “dar nova redação” aos dispositivos em tela, nos seguintes termos:

“Art. 702. Ao Tribunal Pleno compete:

I – em única instância:

(...)

f) estabelecer ou alterar súmulas e outros enunciados de jurisprudência uniforme, pelo voto de *pelo menos dois terços de seus membros*, caso a mesma matéria já tenha sido decidida de forma idêntica por

DOUTRINA

unanimidade em, no mínimo, dois terços das turmas em pelo menos dez sessões diferentes em cada uma delas, podendo, ainda, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de sua publicação no Diário Oficial;

(...)

§ 3º *As sessões de julgamento sobre estabelecimento ou alteração de súmulas e outros enunciados de jurisprudência deverão ser públicas, divulgadas com, no mínimo, trinta dias de antecedência, e deverão possibilitar a sustentação oral pelo Procurador-Geral do Trabalho, pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, pelo Advogado-Geral da União e por confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional.*

§ 4º *O estabelecimento ou a alteração de súmulas e outros enunciados de jurisprudência pelos Tribunais Regionais do Trabalho deverão observar o disposto na alínea f do inciso I e no § 3º deste artigo, com rol equivalente de legitimados para sustentação oral, observada a abrangência de sua circunscrição judiciária.”*

Como se depreende da simples leitura desses preceitos, o legislador ordinário estipulou novas exigências procedimentais extremamente rigorosas para o estabelecimento ou para a alteração das súmulas e outros enunciados de jurisprudência uniforme do Tribunal Superior do Trabalho e dos Tribunais Regionais do Trabalho, quanto ao quórum de votação (que passa a ser o qualificado de dois terços, em vez de maioria simples ou absoluta), à necessidade da existência de um número expressivo de precedentes unânimes (e não apenas por maioria) de suas Turmas em pelo menos 10 sessões diferentes *em cada uma delas* e à exigência de que a decisão de aprovação desses enunciados seja proferida em sessões públicas de julgamento, convocadas com a antecedência mínima de trinta dias e na qual seja permitida a sustentação oral das autoridades e entidades nomeadas.

Esses novos dispositivos da CLT claramente revelaram o receio do legislador da reforma de que a jurisprudência dos tribunais trabalhistas (tanto dos Regionais quanto do TST) venha a adotar entendimentos contrários à literalidade das numerosas alterações por ele promovidas nas esferas do Direito Material e do Direito Processual do Trabalho, pela maioria simples ou absoluta de seus integrantes, dificultando sobremodo – se não tornar impossível – o desempenho desta importantíssima função uniformizadora do sentido da legislação nacional trabalhista.

DOCTRINA

A esse respeito, é lapidar a manifestação doutrinária do i. Professor da USP e magistrado do trabalho, Titular da 88ª Vara do Trabalho de São Paulo, Homero Batista Mateus da Silva:

“Uma das tônicas da reforma trabalhista foi enquadrar o TST, cujas súmulas devem ter causado muito desconforto para alguns setores da sociedade. Ao longo desse livro, citamos numerosos entendimentos da instância máxima da Justiça do Trabalho que foram contrariados ou suavizados pelo legislador, em inequívoco esforço de esvaziar o acervo conceitual elaborado ao longo de décadas. (...) Ao mesmo tempo em que as súmulas recebem o dardo envenenado disparado pelo legislador, o art. 702 é reescrito para tentar fechar o cerco e inibir a formação de novos entendimentos sumulados. Por extensão, também foram enquadrados os TRTs. Se nós lembrarmos que os recursos de revista praticamente desaparecem no oceano da transcendência (nova redação ao art. 896-A), não está errada a afirmação de que a edição de súmulas no TST está com os dias contados. Será isso realmente desejável?”²⁶

A situação aqui descrita suscitou sérias e fundadas dúvidas quanto à sua constitucionalidade, na medida em que a reforma trabalhista claramente restringiu, de maneira acentuada, o papel cumprido pelo Tribunal Superior do Trabalho (e, por extensão, pelos Tribunais Regionais do Trabalho) de uniformização da jurisprudência trabalhista. Além de instituir, para o estabelecimento ou a alteração dos seus enunciados de jurisprudência uniforme, a exigência extremamente elevada de votos de dois terços dos membros do Tribunal (quando, para todas as demais Cortes Superiores da República, a exigência para tanto é de maioria absoluta de seus integrantes, com a exceção expressa do quórum de dois terços para a edição de súmulas vinculantes estabelecida pelo art. 103-A da CF), ainda fixou outros requisitos formais e procedimentais que tornam a relevante atividade jurisdicional burocratizada, lenta, difícil de atender e, na prática e como consequência, extremamente restrita.

Além de a inconstitucionalidade desses dispositivos já haver sido sustentada recentemente, de forma persuasiva e consistente, por várias e substanciais obras doutrinárias sobre a reforma trabalhista²⁷, foi ela pioneiramente suscitada,

26 SILVA, Homero Batista Mateus da. *Comentários à reforma trabalhista: análise da Lei 13.467/2017 – artigo por artigo*. 2. ed. São Paulo: RT, 2017. p. 151.

27 DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. *A reforma trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei nº 13.467/2017*. São Paulo: LTr, 2017. p. 317-319; SOUZA Jr., Antônio Humberto de Souza; SOUZA, Fabiano Coelho de; MARANHÃO, Ney; AZEVEDO NETO, Platon Teixeira de. *Reforma trabalhista: análise comparativa e crítica da Lei nº 13.467/2017 e da Med. Prov. nº 808/2017*. 2. ed. São Paulo: Rideel, 2018. p. 421-427; TOLEDO FILHO, Manoel Carlos. *Comentários ao art.*

no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho, de início, por pareceres de sua Comissão de Jurisprudência e de Precedentes Normativos (em sua composição anterior, que perdurou até 05.03.2018), da lavra dos Ministros Walmir Oliveira da Costa, então seu Presidente, Mauricio Godinho Delgado e Delaíde Alves Miranda Arantes, cuja fundamentação foi reiterada pelo primeiro no âmbito da SbDI-1 (Subseção Especializada I em Dissídios Individuais) do TST no Processo E-RR-696-25.2012.5.05.0463 (no qual a Subseção, por maioria de votos, inclinou-se por proferir decisão contrária à Súmula nº 254 do TST, tendo sido necessária, nos termos dos arts. 72 e 171, *caput* e seu § 1º, do Regimento Interno do TST, a remessa dos autos à apreciação do Tribunal Pleno para revisão, cancelamento ou manutenção desse enunciado), em que, como matéria prejudicial, foi suscitado, pela via do controle difuso de constitucionalidade e nos termos dos arts. 274 a 279 do Regimento Interno do Tribunal, o Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade do novo art. 702, I, *f*, e seus §§ 3º e 4º, da CLT, na presente data ainda pendente de julgamento.

Os fundamentos da referida arguição de inconstitucionalidade foram, em síntese, os seguintes:

a) o novo art. 702, I, *f*, e seus §§ 3º e 4º, da CLT não se harmoniza com o princípio da autonomia dos tribunais, consagrado nos arts. 96, I, e 99 da Constituição Federal²⁸ – com base nesse princípio, compete privativamente ao

702, I, “f” e seus §§ 3º e 4º da CLT. In: DIAS, Carlos Eduardo Oliveira; FELICIANO, Guilherme Guimarães; SILVA, José Antônio Ribeiro de Oliveira; TOLEDO FILHO, Manoel Carlos Toledo Filho. *Comentários à Lei da Reforma Trabalhista*: dogmática, visão crítica e interpretação constitucional. São Paulo: LTr, 2018. p. 169-171; SILVA, Homero Batista Mateus da. *Comentários à reforma trabalhista*: análise da Lei 13.467/2017 – artigo por artigo. 2. ed. São Paulo: RT, 2017. p. 155-156; CORREIA, Henrique; MIESSA, Élisson. *Manual da reforma trabalhista, op. cit.*, p. 638-643; XAVIER, Gisela Carla Rodrigues; LEITE, Rafaela Fernandes. Comentário à CLT, art. 702. In: ALVES, Amauri César; LEITE, Rafaela Fernandes (Org.). *Reforma trabalhista*: comentários à Lei nº 13.467/2017. Belo Horizonte: Conhecimento Jurídica, 2018. p. 186-187.

Também nesse sentido se pronuncia, sem caráter vinculativo, o Enunciado nº 111 da 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho realizada nos dias 9 e 10.10.2017, organizada pela Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho – Anamatra, *in verbis*:

“ENUNCIADO 111. SÚMULAS E ENUNCIADOS DE JURISPRUDÊNCIA. EDIÇÃO E ALTERAÇÃO. REQUISITOS. INCONSTITUCIONALIDADE.

São inconstitucionais os requisitos do art. 702, I, “f”, e § 4º, da CLT, introduzidos pela Lei nº 13.467/2017, para a edição ou alteração de súmulas e outros enunciados de jurisprudência, por violação aos arts. 2º, 5º, LIV, 93, 96, I, “a”, e 113 da CRFB/88.”

28 “Art. 96. Compete *privativamente*:

I – aos tribunais:

a) eleger seus órgãos diretivos e *elaborar seus regimentos internos, com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos.*

(...)

“Art. 99. Ao Poder Judiciário é assegurada *autonomia administrativa e financeira.*”

próprio tribunal estabelecer, em seus Regimentos Internos, com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, os critérios e o procedimento a serem adotados para a edição, a alteração e o cancelamento de suas súmulas, orientações jurisprudenciais e precedentes normativos, afigurando-se *inconstitucional* o dispositivo editado pelo Poder Legislativo que estipule regras sobre o funcionamento interno do TST e dos TRTs, inclusive sobre a uniformização de sua jurisprudência, que sejam contrárias às suas normas regimentais²⁹;

b) as enormes e inevitáveis dificuldades causadas pelo rigor das exigências instituídas por esse novo dispositivo da CLT (especialmente quanto ao quórum de dois terços e quanto ao grande número de precedentes unânimes em pelo menos dois terços das turmas do Tribunal) tendem a inibir a formação ou a alteração de entendimentos jurisprudenciais uniformizados, o que por sua vez tornará provável o surgimento de uma situação de forte fragmentação do Direito do Trabalho, com a subsistência de entendimentos pulverizados, dispersos e regionalizados a respeito das normas trabalhistas de âmbito nacional, aumentando a insegurança jurídica e ferindo o caráter nacional das mesmas, consagrado no art. 22, I, da Constituição Federal³⁰;

29 Em suporte a este fundamento, invocou-se expressamente o importante precedente do Supremo Tribunal Federal, considerado similar à questão ora em exame, quando, examinando a arguição de inconstitucionalidade do inciso IX do art. 7º da Lei nº 8.906/94 em medida cautelar que foi acolhida para, em caráter liminar, suspender a norma até o julgamento da ação direta de sua inconstitucionalidade que foi confirmada (ADI 1.105 MC, Tribunal Pleno, j. 03.08.94, DJ 27.04.01, PP. 00057 EMENT VOL 02028-02 PP-00208), o Ministro Paulo Brossard, na qualidade de Relator, assentou em sua ementa que “O ato do julgamento é o momento culminante da ação jurisdicional do Poder Judiciário e há de ser regulado em seu regimento interno, com exclusão da interferência dos demais Poderes”. E assim completou, de forma incisiva:

“A Constituição subtraiu ao legislador a competência para dispor sobre a economia dos tribunais e a estes a imputou, em caráter exclusivo. Em relação à economia interna dos tribunais a lei é o seu regimento. O regimento interno dos tribunais é lei material. Na taxinomia das normas jurídicas o regimento interno dos tribunais se equipara à lei. A prevalência de uma ou de outro depende da matéria regulada, pois são normas de igual categoria. Em matéria processual prevalece a lei, no que tange ao funcionamento dos tribunais o regimento interno prepondera.”

A esse respeito pronunciaram-se incisivamente Souza Júnior, Antônio Humberto *et alli*, nos seguintes e persuasivos termos:

“É evidente que os procedimentos de elaboração ou alteração de súmula não induzem a noção de garantia processual da parte nem tratam de norma pertinente a contraditório, devido processo legal, direitos e ônus que constituam a relação processual ou mesmo ato destinado à realização da jurisdição. Por outro lado, não há dúvida de que o estabelecimento ou a alteração de súmula ou enunciado de jurisprudência uniforme diz respeito ao funcionamento interno do Tribunal, não se tratando de norma processual que justifique a interferência do legislador.” (*Reforma trabalhista: análise comparativa e crítica da Lei nº 13.467/2017 e da Med. Prov. nº 808/2017, op. cit., p. 424*)

30 “Art. 22. *Compete privativamente à União legislar sobre:*

I – *direito* civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e *do trabalho* (...)”

c) a afronta direta ao princípio da legalidade, consagrado no art. 5º, II, da Constituição pela existência *autônoma* da alínea *f* do inciso I do art. 702 e de seus §§ 3º e 4º, o que caracteriza flagrante desrespeito às regras atinentes à elaboração das leis, na medida em que, como já apontado anteriormente, o dispositivo ora em exame foi editado no lugar de preceito que incontestavelmente já havia sido revogado tacitamente desde 21.12.88, data da edição da referida Lei nº 7.701, em uma espécie de *represtinação tácita* desse preceito legal que, no entanto, é expressamente vedada pelo art. 2º, § 3º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657/1942, na redação dada pela Lei nº 12.376/2010), sendo, ademais, proibido pelo art. 12, III, *c*, da Lei Complementar nº 95/98 o simples aproveitamento do número do dispositivo revogado, como aqui ocorreu;

d) ao estabelecer exigências de quórum e de procedimento muito mais rigorosas para os tribunais trabalhistas uniformizarem a sua jurisprudência do que aquelas exigidas para os outros tribunais integrantes dos distintos ramos do Poder Judiciário brasileiro (com exceção da aprovação de súmulas com efeito vinculante pelo STF, mas aqui com regras diferenciadas estabelecidas pela própria Constituição, em seu art. 103-A)³¹ sem nenhuma justificativa plausível para esta diferenciação, o legislador ordinário incorreu em duas outras inconstitucionalidades: a primeira, uma visível *ofensa aos princípios constitucionais da razoabilidade e da proporcionalidade*, configurando claro *desvio de finalidade*; a outra, uma inequívoca afronta ao *princípio da isonomia*, por tratar de forma agressivamente discriminatória os tribunais trabalhistas em relação aos demais tribunais que integram o Poder Judiciário nacional, no que se refere ao desempenho da função uniformizadora da jurisprudência.

Tais alegações, conforme se pode ver, são bastante consistentes, devendo ser, em breve, objeto de julgamento pelo Tribunal Pleno do TST, nos termos e para os efeitos dos arts. 97 da Constituição Federal, 948 a 950 do CPC e 274 a 279 do seu Regimento Interno. Naturalmente, se a arguição de inconstitucionalidade desses dispositivos for acolhida em definitivo (inclusive pelo Supremo Tribunal Federal, se a questão chegar a seu exame pela via recursal ou, eventualmente, por meio do controle concentrado de constitucionalidade), todas essas objeções e dificuldades estarão resolvidas.

31 Bastando lembrar que, nos termos do § 1º do art. 926 do Código de Processo Civil, os Tribunais da Justiça Comum e Federal editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante *na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno*, preceito, aliás, em perfeita consonância com a autonomia administrativa e procedimental assegurada aos tribunais brasileiros em geral pelos já citados arts. 96, I, e 99 da Constituição Federal.

Como, no entanto, não se pode afirmar com certeza qual será o desfecho da arguição de inconstitucionalidade em tela, é preciso agora ainda examinar outras questões e dúvidas suscitadas pelo multicitado art. 702, I, *f*, e seus §§ 3º e 4º, da CLT, que apontam no sentido de sua absoluta inconveniência.

6 – As impropriedades e a inconveniência do art. 702 da CLT, à luz da Lei nº 13.015/2014 e do Código de Processo Civil de 2015, na hipótese de não ser declarada sua inconstitucionalidade. Dúvidas, perplexidades e possíveis soluções

Se não forem acolhidas as apontadas inconstitucionalidades do dispositivo em exame, ainda assim subsistirão graves defeitos técnicos e contradições por ele provocadas com o sistema processual comum e trabalhista, exigindo de todos os operadores do Direito (magistrados, procuradores do trabalho e advogados) um esforço enorme de aplicá-lo em conjunto com as demais normas processuais que regem o funcionamento dos tribunais brasileiros. Serão examinadas, a seguir, as demais impropriedades em que essa inovação da reforma trabalhista incorreu, os problemas e dúvidas daí decorrentes e suas eventuais soluções.

Salta aos olhos, em primeiro lugar, a falta de qualquer menção, por parte do legislador da reforma, à possibilidade de serem utilizadas, como pressuposto da edição ou da alteração de súmulas ou de outros enunciados de jurisprudência uniforme do tribunal, as decisões de seus órgãos de uniformização jurisprudencial interna, instituídos por força da aplicação combinada da já citada Lei nº 7.701/88 e dos correspondentes dispositivos do seu Regimento Interno³². Resta saber se isso foi intencional ou se foi fruto de impropriedade técnica da emenda que, uma vez aprovada, resultou no dispositivo em exame.

Homero Batista Mateus da Silva bem observa a esse respeito:

“(…) a norma ignora a existência das seções especializadas, que são tão caras à estrutura do TST; há evidente contrassenso neste particular, porque as decisões de turmas, utilizadas com suporte para as súmulas pelo art. 702, podem ter sido revistas pelo órgão de hierarquia superior,

32 No caso do Tribunal Superior do Trabalho, a sua Seção Especializada em Dissídios Coletivos (SDC – art. 2º da Lei nº 7.701/88 c/c os arts. 65, III, e 70 do RITST) e a sua Seção Especializada em Dissídios Individuais (SDI – art. 3º da Lei nº 7.701/88 c/c os arts. 65, IV, e 71, *caput* e seu § 1º, do RITST), por sua vez dividida em Subseção I da Seção Especializada em Dissídios Individuais (SbDI-1 – art. 71, §§ 2º e 3º, do RITST) e Subseção II da Seção Especializada em Dissídios Individuais (SbDI-2 – art. 71, § 4º). Como se sabe, a Lei nº 11.496/2007 tornou exclusivo esse papel uniformizador da jurisprudência interna das Turmas do TST, o que foi reforçado e mantido pela Lei nº 13.015/2014.

DOCTRINA

que é a SDI 1 do TST, em julgamento de recurso de embargos; a pressa com que a reforma trabalhista foi aprovada não permitiu ao legislador observar que este será um raro caso de formação de súmula com julgados de hierarquia inferior.”³³

São ainda mais incisivos em sua crítica Henrique Correia e Élisson Miessa, *in verbis*:

“Além disso, ao colocar entre seus critérios tão somente decisões das turmas, o legislador demonstrou verdadeiro desconhecimento da estrutura do c. TST, vez que se esqueceu das Seções Especializadas existentes neste Tribunal.

Da SDI-I, porque pode acontecer de modificar decisão de turma por meio dos embargos de divergência, mas seguindo o critério utilizado pelo legislador, valerá o acórdão substituído para a criação da súmula, e não a decisão da SDI-I.

Da SDI-II, porque os processos de sua competência não passam pelas turmas do TST, vez que são as matérias de competência originária dos tribunais. Desse modo, por exemplo, os temas relacionados a ação rescisória e mandado de segurança não poderão ser sintetizados em súmulas, já que não possuem julgados pelas turmas.

Da SDC, pelas mesmas razões do parágrafo anterior, ou seja, os dissídios coletivos não se submetem a julgamento pelas turmas do TST.”³⁴

São igualmente contundentes as observações feitas a esse respeito por Antônio Humberto de Souza Júnior, Fabiano Coelho de Souza, Ney Maranhão e Platon Teixeira de Azevedo Neto:

“Em nossa avaliação, o texto da lei é pobre, mal redigido, revelando verdadeira indigência científica, o que é resultado da falta de amplo debate e da preocupação de ouvir especialistas, no intuito de construir um conjunto tão profundo de mudanças com a responsabilidade e o cuidado que a sociedade brasileira merece.

A alteração do art. 702 da CLT é símbolo da mal arranjada tentativa de amordaçar a jurisprudência trabalhista.

O equívoco técnico é tão grave que os descuidados redatores e artífices da reforma limitaram-se a prever a uniformização de jurisprudência

33 SILVA, Homero Batista Mateus da. *Comentários à reforma trabalhista*. São Paulo: RT. *Op. cit.*, p. 152.

34 CORREIA, Henrique; MIESSA, Élisson. *Manual da reforma trabalhista*. *Op. cit.*, p. 641-642.

dência por meio de coletâneas de julgamentos unânimes das Turmas do TST. Trata-se de equívoco grave e, quiçá, desconhecimento técnico de noções básicas de processo do trabalho.

A título de exemplo envolvendo a fragilidade da regulamentação do art. 702, I, *f*, da CLT, lembramos que o TST tem 29 Súmulas (...) e 51 Orientações Jurisprudenciais da Subseção 2 de Dissídios Individuais (...) que versam sobre ação rescisória, nos seus mais diversos aspectos. A prevalecer a nova redação trazida com a Reforma Trabalhista, e considerando que as Turmas do TST jamais julgam ações rescisórias, nem originárias nem na fase recursal, tais verbetes estariam eternizados. Isso ocorre porque a esdrúxula alínea *f* do art. 702 só menciona julgamentos de turmas como precedentes a serem utilizados na elaboração ou alteração de verbetes.

Assim, não haverá a possibilidade de reunir precedentes de turmas que possam embasar qualquer alteração. (...) Da mesma forma, os precedentes normativos, e orientações jurisprudenciais da Seção de Dissídios Coletivos – SDC, não mais poderão ser revistos, porque as matérias veiculadas em tais verbetes, em geral, não passam por julgamento nas Turmas.³⁵

Em segundo lugar, há outro paradoxo, decorrente do problema aqui apontado: como, pela definição expressa do art. 182 do Regimento Interno do TST, as orientações jurisprudenciais e os precedentes normativos expressam a jurisprudência prevalecente das respectivas Subseções, a obrigatória aplicação dos novos requisitos para a edição ou para a alteração não só das súmulas, mas também de todos e quaisquer outros “enunciados de jurisprudência uniforme” deste Tribunal tornarão praticamente inviável a aprovação de novas orientações jurisprudenciais e precedentes normativos no âmbito do TST, como bem acentuam Mauricio Delgado e Gabriela Neves Delgado³⁶.

Em terceiro lugar, ainda que não se entenda rigorosamente inconstitucional o estabelecimento de exigências tão rigorosas e difíceis de atender para que os tribunais trabalhistas possam desempenhar sua relevante função uniformizadora de jurisprudência, a ponto de inviabilizá-la na prática, é fácil prever as consequências daí advindas, principalmente em relação aos casos

35 SOUZA Jr., Antônio Humberto de Souza; SOUZA, Fabiano Coelho de; MARANHÃO, Ney; AZEVEDO NETO, Platon Teixeira de. *Reforma trabalhista: análise comparativa e crítica da Lei nº 13.467/2017 e da Med. Prov. nº 808/2017*. *Op. cit.*, p. 427.

36 DELGADO, Mauricio; DELGADO, Gabriela Neves. *A reforma trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei nº 13.467/2017*. *Op. cit.*, p. 318.

mais complexos e difíceis (os *hard cases*, na consagrada expressão de Ronald Dworkin) em que será quase impossível a formação da necessária maioria de dois terços dos membros do Tribunal e a prévia existência de pelo menos 10 precedentes unânimes em cada uma de dois terços de suas Turmas. Nesse sentido, aliás, é extremamente crítico o Desembargador e Diretor da Escola Judicial do TRT15 Manoel Carlos Toledo Filho:

“Quando do advento do CPC/2015, debateu-se, à exaustão, acerca da necessidade de os Tribunais uniformizarem sua jurisprudência, em ordem a propiciar maior previsibilidade ao conteúdo de suas decisões e, como corolário, maior segurança jurídica para os jurisdicionados. No campo trabalhista, este anseio havia ademais sido já previamente externado pela Lei nº 13.015/2014³⁷. Vem agora o legislador reformista e, tomado por uma sorte de *arroubo vingativo* que talvez somente a psicologia explique, coloca, aparentemente, todo esse esforço abaixo, na medida em que, na prática, impede aos Tribunais do Trabalho a uniformização de sua jurisprudência.

Como advertem Mauricio Godinho Delgado e Gabriela Neves Delgado (2017, p. 317), ‘o novo critério restritivo irá permitir, ao longo do tempo, a pulverização da jurisprudência trabalhista em um universo de ilhas interpretativas, formadas por 24 Tribunais Regionais do Trabalho e, aproximadamente 1.600 Varas do Trabalho (em que atuam em torno de 3.600 magistrados, titulares, auxiliares e/ou substitutos)’.”³⁸

A esse respeito também se posiciona com muita propriedade Homero Batista Mateus da Silva:

“O TST, com seus erros e acertos, é um tribunal de âmbito nacional que tenta impedir que o direito do trabalho seja concretizado de formas diferentes entre as 27 unidades da federação. Há expressa promessa

37 O que levou a mais autorizada doutrina processual civil a elogiar fortemente a iniciativa pioneira do Direito Processual do Trabalho, ao tempo da promulgação da referida lei que modificou o capítulo da CLT que versa sobre os recursos trabalhistas antes mesmo da aprovação e da vigência do Código de Processo Civil de 2015, que, logo depois, implantou de forma abrangente e definitiva o novo paradigma, fundado no dever geral de uniformização da jurisprudência pelos Tribunais e na adoção de um novo paradigma, por sua vez baseado na adoção da denominada *teoria dos precedentes* e do *microsistema de litigiosidade repetitiva*. Por todos, vejam-se: DIDIER Jr., Fredie; MACEDO, Lucas Buriel de. O julgamento de recursos de revista repetitivos e a IN nº 39/2016 do TST: o processo do trabalho em direção aos precedentes obrigatórios. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília, v. 82, n. 3, p. 188-214, jul./set. 2016.

38 TOLEDO FILHO, Manoel Carlos. Comentários ao art. 702, I, “f” e seus §§ 3º e 4º da CLT. In: DIAS, Carlos Eduardo Oliveira, et alii. *Comentários à Lei da Reforma Trabalhista: dogmática, visão crítica e interpretação constitucional*. *Op. cit.*, p. 170.

constitucional no sentido de que o direito do trabalho seja monopólio da União e seja uno (art. 22, I), evitando lutas fratricidas e tratamento discriminatório entre os cidadãos pelo singelo fato de atuarem em Estados e regiões distintas do país. Como o direito não é formado apenas pela produção das normas, mas, sobretudo, pela aplicação delas no tempo e no espaço, a promessa somente poderá ser cumprida se, além da produção ficar concentrada apenas nas leis federais, sua concretização for supervisionada por um órgão central. Bater forte no TST, como fez a reforma de 2017, tende a debilitar a legislação trabalhista e abre a perspectiva de proliferação de entendimentos pulverizados, disformes e regionalizados, aumentando a insegurança jurídica. Empresa de atuação de âmbito nacional deverá sofrer muito com essa inibição jurisprudencial do TST, ao passo que os trabalhadores provavelmente receberão valores distintos por trabalho igual, dentro da mesma nação. Demonstramos, assim, nossa preocupação com a obsessão do legislador em restringir a atuação do TST.³⁹

Por fim, acrescente-se que todas essas imensas dificuldades irão se repetir no âmbito de cada Tribunal Regional do Trabalho por força do novo § 4º do art. 702 da CLT, também introduzido pela reforma, e serão ainda maiores no contexto das grandes cortes regionais, como também bem pontuam Mauricio Godinho Delgado e Gabriela Neves Delgado, que registram que “será simplesmente impossível para os grandes TRTs do país realizar a uniformização de sua jurisprudência pelo caminho dos verbetes sumulares – o mais democrático dos caminhos existentes, a propósito”⁴⁰.

Além das graves impropriedades ora apontadas, a apressada e tecnicamente imprecisa redação do art. 702, I, *f*, da CLT ainda suscita outras dúvidas de difícil solução.

39 SILVA, Homero Batista Mateus da. *Comentários à reforma trabalhista: análise da Lei 13.467/2017 – artigo por artigo*. *Op. cit.*, p. 151-152.

40 DELGADO, Mauricio; DELGADO, Gabriela Neves. *A reforma trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei nº 13.467/2017*. *Op. cit.*, p. 319.

O magistrado do trabalho e professor paulista Homero Batista Mateus da Silva demonstra de forma ainda mais gráfica e expressiva a enorme dificuldade com a qual Tribunais Regionais de grande porte, como o é o da 2ª Região, irão se defrontar caso seja preservado o artigo em exame:

“O legislador coloca os TRTs numa situação difícilíssima. Se forem seguir à risca o manual de elaboração de súmulas e enunciados, nunca mais vão processar recursos de revista, que ficarão todos à espera da formação do caldo de cultura para o embasamento dos novos verbetes. Se não forem seguir à risca o procedimento, poderão ser acusados de usurpação de poderes e de produção de súmulas ao arrepio da lei. Como afirmam alguns doutrinadores, as súmulas são mais perenes e vinculativas (...). Tudo isso era realmente dispensável, ficando difícil esconder o caráter retaliativo da reforma.” (SILVA, Homero Mateus Batista da. *Comentários à reforma trabalhista*. 2. ed. São Paulo: RT, 2017. p. 154)

Cumpra indagar, inicialmente: na medida em que esse dispositivo somente se refere aos casos de estabelecimento ou de alteração de súmulas e outros enunciados de jurisprudência uniforme, as exigências e os requisitos por ele instituídos também serão aplicáveis para os casos de simples cancelamento de verbetes jurisprudenciais já existentes, especialmente no que se refere ao quórum de dois terços dos membros do Tribunal?

A resposta não é simples, a nosso ver. Se é bem verdade que, na literalidade desse novo dispositivo da CLT, só estão previstas as hipóteses de estabelecimento ou de alteração de súmulas e outros enunciados de jurisprudência uniforme, por outro lado os regimentos internos do TST anteriores ao atual sempre exigiram, para o cancelamento desses verbetes jurisprudenciais, o mesmo número de votos exigido para sua edição ou alteração, ou seja, a maioria absoluta dos membros do Tribunal⁴¹.

Além disso, é preciso também considerar que o simples cancelamento de um verbe jurisprudencial já existente não significa necessariamente uma tomada de posição definitiva da maioria (absoluta ou qualificada) do Tribunal a respeito de uma questão que, pelas mais variadas razões, voltou a ser controvertida em seu âmbito, quer no sentido já preconizado pelo enunciado existente ou naquele a ele diametralmente oposto. Nessa perspectiva, o Tribunal Pleno estará decidindo simplesmente reabrir a discussão acerca da matéria por suas Turmas e demais órgãos fracionários, para permitir o amadurecimento a seu respeito antes de uma deliberação final do Plenário de editar nova súmula, orientação jurisprudencial ou precedente normativo sobre o tema. Seria esse, então, um caminho intermediário para os rigores do art. 702 da CLT, que dispensaria a necessidade de já existirem os numerosos precedentes unânimes em pelo menos dois terços das Turmas do TST no sentido oposto ao consagrado naquele verbe jurisprudencial controvertido⁴².

Mantendo a mesma simetria de tratamento, os arts. 172 a 184 do Regimento Interno do Tribunal Superior do Trabalho em vigor tratam de forma

41 Art. 166 do anterior Regimento Interno do TST.

42 Outra séria dificuldade lógica e procedimental decorre da contradição entre as exigências rigorosas do art. 702 da CLT e a sistemática hoje estabelecida no art. 72 do RITST para os casos em que haja uma única decisão do Órgão Especial ou das Seções ou Subseções Especializadas do Tribunal que se inclinar por contrariar súmula, orientação jurisprudencial e precedente normativo, a qual deverá ser suspensa, sem proclamação do resultado, com o encaminhamento dos autos ao Tribunal Pleno, para deliberação sobre a questão controvertida. Se, nesses casos, simplesmente não existirem, no mínimo, as 10 decisões unânimes em pelo menos 2/3 das Turmas do Tribunal proferidas em 10 sessões diferentes, nem mesmo com a votação favorável de pelo menos 2/3 do Tribunal Pleno será possível alterar o verbe jurisprudencial contrariado. Nesse caso, seu cancelamento (por maioria qualificada ou absoluta do Tribunal Pleno) talvez possa ser considerado o único caminho viável restante para a solução desse impasse.

absolutamente conjunta e sem distinção as hipóteses de edição, de revisão ou de cancelamento de súmula, de orientação jurisprudencial e de precedentes normativos.

Por outro lado, é de se reconhecer que o art. 75, inciso VII, do Regimento Interno vigente só prevê expressamente a aplicação do disposto no artigo em exame, inclusive quanto ao voto de pelo menos dois terços de seus membros, aos casos de edição ou de alteração de súmulas e outros enunciados de jurisprudência uniforme. Porém, o § 2º do inciso IV do art. 68 do mesmo Regimento, fazendo remissão expressa ao art. 702 da CLT, estabelece ser necessário o número de pelo menos dois terços dos votos não só para a edição e a revisão de súmula, de orientação jurisprudencial e de precedente normativo, mas também para o *seu cancelamento*⁴³.

No âmbito doutrinário, parece claro para Mauricio Delgado e Gabriela Neves Delgado que essas exigências do novo art. 702 da CLT para a formulação e/ou alteração de súmulas, orientações jurisprudenciais e precedentes normativos no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho também se aplicam às hipóteses de seu cancelamento⁴⁴.

Outra questão conexa à antes examinada consiste nas situações paradoxalmente provocadas pelas numerosas e profundas alterações das normas de Direito Material do Trabalho efetuadas pela própria reforma trabalhista, que tornarão contrárias aos novos dispositivos da CLT várias súmulas, orientações jurisprudenciais e precedentes normativos hoje em vigor⁴⁵.

Se não for possível ao Tribunal Superior do Trabalho alterar, ou ao menos cancelar, mesmo que por unanimidade dos membros do seu Plenário, esses enunciados de jurisprudência uniforme contrários à nova lei sem levar em conta

43 Sendo evidente a contradição do inciso IV do § 1º do mesmo art. 68 (que refletiu a redação do projeto de novo Regimento Interno do TST anterior à edição da reforma trabalhista pela Lei nº 13.467/2017) com esses outros dispositivos regimentais, ao exigir apenas a maioria absoluta dos membros do Tribunal Pleno para tais hipóteses. Mesmo com esse manifesto equívoco, é revelador que, também para a hipótese de *cancelamento*, continuou a ser exigida, de forma absolutamente simétrica, a mesma votação mínima exigida para os casos de edição ou de revisão de súmula, de orientação jurisprudencial e de precedente normativo.

44 DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. *A reforma trabalhista no Brasil*: – com os comentários à Lei nº 13.467/2017. *Op. cit.*, p. 317. No mesmo sentido parece inclinar-se Homero Batista Mateus da Silva, ao pronunciar-se no sentido de ser aplicável o disposto no novo art. 702 da CLT aos casos de aprovação, de revisão e de *cancelamento* das orientações jurisprudenciais (OJs) do TST (In: *Comentários à reforma trabalhista*. São Paulo: RT. *Op. cit.*, p. 153-154).

45 Homero Batista da Silva elenca, apenas exemplificativamente, várias súmulas e orientações jurisprudenciais do TST que, na sua expressiva formulação, “terão que ser revistas, moduladas ou canceladas, pela pressão contrária exercida pelo legislador de 2017” (In: *Comentários à reforma trabalhista: análise da Lei 13.467/2017 – artigo por artigo*. *Op. cit.*, p. 152-153).

as exigências do art. 702 da CLT quanto à existência prévia de pelo menos 10 decisões unânimes de cada uma de seis de suas Turmas (os dois terços que a lei exige) no sentido oposto aos referidos verbetes, não haverá como eliminar do mundo jurídico estas súmulas, orientações jurisprudenciais e precedentes normativos superados pela alteração legal. E essa situação será ainda mais grave nas hipóteses, que certamente serão numerosas, em que a incompatibilidade entre esses enunciados e os novos dispositivos legais não for tão clara, impedindo a renovação da jurisprudência uniforme do TST com a flexibilidade e a rapidez que seriam necessárias, mesmo que para compatibilizá-la com o sentido e o teor da própria reforma implementada.

Em outras palavras, caberá à jurisprudência, a despeito da tentativa do legislador reformista de reduzir os magistrados do trabalho à mera “boca da lei”, não aplicar literalmente o disposto no novo art. 702, I, *f*, consolidado quanto à exigência da existência prévia dos numerosos precedentes de Turmas do próprio TST em sentido contrário aos enunciados agora superados, para que o Tribunal Pleno, se for o caso, possa alterá-los ou cancelá-los, adequando-os à legislação ordinária superveniente.

Mais um aspecto muito relevante levantado pela recente doutrina acerca do referido art. 702 da CLT consiste em determinar se ele também será aplicável à edição de precedentes (inclusive aqueles porventura contrários a súmulas, orientações jurisprudenciais ou precedentes normativos preexistentes) por meio dos novos incidentes de litigiosidade repetitiva e de padronização de jurisprudência instituídos pelo CPC de 2015, aplicáveis ao direito processual do trabalho por força dos arts. 769 e 896-B da CLT e do art. 15 do referido diploma processual comum.

Aqui, os doutrinadores dividem-se. Do lado daqueles que entendem ser inaplicável o art. 702 da CLT a esta nova sistemática, podemos citar, em primeiro lugar, Homero Batista Mateus da Silva, que, de forma concisa, assim pontua:

“E ainda há mais um grão de sal: o art. 702 não poderá ser aplicado tampouco às novas figuras processuais de padronização de jurisprudência previstas pelo NCPC, a saber, o incidente de resolução de demandas repetitivas (art. 976) e o incidente de assunção de competência (art. 947). Ambas figuras possuem regramento próprio do NCPC, que colidem com o engessamento da nova redação do art. 702 da CLT.”⁴⁶

46 SILVA, Homero Batista Mateus da. *Comentários à reforma trabalhista: análise da Lei 13.467/2017 – artigo por artigo*. *Op. cit.*, p. 154-155.

DOCTRINA

Na mesma linha, Henrique Correia e Élisson Miessa pronunciam-se de maneira incisiva, nos seguintes termos:

“Inicialmente, cumpre registrar que a expressão *enunciados de jurisprudência é entendida como as atuais orientações jurisprudenciais*, não alcançando, evidentemente, o incidente de resolução de demandas repetitivas, a assunção de competência ou o recurso de revista repetitivo, que seguem disciplina constante, respectivamente, dos arts. 976 a 987 do NCPC, 947 do NCPC e 896-C da CLT. (...)”

De qualquer maneira e como já dito, o legislador desatualizado preocupou-se com as súmulas e orientações jurisprudenciais (outros enunciados), mas se esqueceu de que o Novo CPC introduziu outros mecanismos eficazes de uniformização de jurisprudência, como é o caso do incidente de resolução de demandas repetitivas, da assunção de competência ou do recurso de revista repetitivo, que não se submetem ao art. 702, I, *f*, da CLT.⁴⁷

Também entendem nesse sentido Antônio Humberto de Souza Júnior, Fabiano Coelho de Souza, Ney Maranhão e Platon Teixeira de Azevedo Neto, afirmando que a fixação de tese jurídica em caso concreto por meio desses três incidentes de litigiosidade repetitiva não atrai a incidência do art. 702, I, *f*, da CLT, “porque as decisões resultantes de tais institutos processuais não se enquadram no conceito de enunciados de jurisprudência”, acentuando ainda que as normas do novo Regimento Interno do Tribunal Superior do Trabalho, aprovado em 20.11.2017, após a entrada em vigor da reforma trabalhista, nada mencionam sobre a aplicação desse dispositivo consolidado ao julgamento desses incidentes⁴⁸.

Em sentido contrário, posiciona-se Manoel Carlos Toledo Filho, divergindo expressamente dos últimos autores acima citados:

“Embora, como visto, a lei esteja esdruxulamente mal feita, seu objetivo é claro: qualquer intento de uniformizar ou padronizar o entendimento jurisprudencial dos tribunais do trabalho somente se poderá ultimar mediante o alcance de um consenso ou quórum especial. É o que facilmente se extrai da expressão *outros enunciados de jurisprudência uniforme*. Não haveria como, a nosso sentir, excluir o IRDR deste âmbito,

47 CORREIA, Henrique; MIESSA, Élisson. *Manual da reforma trabalhista*. Op. cit., p. 640 e 642.

48 SOUZA Jr., Antônio Humberto de Souza; SOUZA, Fabiano Coelho de; MARANHÃO, Ney; AZEVEDO NETO, Platon Teixeira de. *Reforma trabalhista: análise comparativa e crítica da Lei nº 13.467/2017 e da Med. Prov. nº 808/2017*. Op. cit., p. 428.

ilação que se reforça por conta da *expressa* revogação dos §§ 3º e 4º do art. 896 da CLT.⁴⁹

Não se pode negar, de início, ter sido a clara intenção do legislador da reforma impedir que a jurisprudência dos tribunais trabalhistas seja uniformizada em matérias altamente controvertidas, em que a decisão prevalecente resulte de maiorias apertadas, ainda que por maioria absoluta (o que costuma ser a situação mais frequente no julgamento dos *hard cases* que são característicos dos IRRs, IRDRs e IACs). Além disso, não seria possível exigir, para esses julgamentos, a existência prévia de pelo menos dez precedentes unânimes de Turmas no sentido afinal prevalecente (até porque, logo após a sua instauração, o respectivo Relator, em regra, determina a suspensão do andamento dos processos repetitivos com o mesmo objeto).

Como é evidente, isso simplesmente vai impedir que o *microsistema de litigiosidade repetitiva* instaurado pelos arts. 896-B e 896-C da CLT (acrescentados a esta Consolidação pela Lei nº 13.015/2014) e pelo novo Código de Processo Civil de 2015 opere no âmbito trabalhista, sem que se possa razoavelmente afirmar que este foi objeto de revogação tácita ou expressa pela Lei nº 13.467/2017.

Paralelamente, se é bem verdade que o novo Regimento Interno do TST, aprovado por seu Tribunal Pleno em 20.11.2017, após a entrada em vigor da reforma trabalhista, foi expresso em estabelecer que a uniformização de jurisprudência por meio de súmulas, orientações jurisprudenciais e precedentes normativos, no âmbito do TST, deve observar o disposto no art. 702, I, *f*, da CLT (arts. 169, 172, 177 e 179 do RITST)⁵⁰, todos os dispositivos regimentais que disciplinam esses incidentes (IAC, IRDR e IRR) nesta Corte Superior não determinaram, nesses casos, a observância deste dispositivo consolidado.

Para concluir, basta observar que a aplicação desse artigo da CLT ao julgamento desses incidentes vai impedir que eles se deem por maioria simples

49 TOLEDO FILHO, Manoel Carlos. Comentários ao art. 702, I, “f” e seus §§ 3º e 4º da CLT. In: DIAS, Carlos Eduardo Oliveira; FELICIANO, Guilherme Guimarães; SILVA, José Antônio Ribeiro de OLIVEIRA; TOLEDO FILHO, Manoel Carlos Toledo Filho. *Comentários à Lei da Reforma Trabalhista: dogmática, visão crítica e interpretação constitucional*. São Paulo: LTr, 2018. p. 171.

50 É preciso esclarecer que o Tribunal Superior do Trabalho, ao aprovar o seu novo Regimento Interno em 20.11.2017, poucos dias depois da data em que entrou em vigor a Lei nº 13.467/2017, que promoveu a reforma trabalhista, optou por não suscitar a questão altamente controvertida, aqui longamente exposta, e que, naquele momento, impediria que o longo e democrático processo de construção das suas novas normas regimentais se visse paralisado, justo ao seu final. Como é evidente, a evolução do debate doutrinário e jurisprudencial quanto à inconstitucionalidade e à inconveniência do procedimento implantado pelo referido art. 702 da CLT poderá, no futuro, levar à alteração dos dispositivos regimentais que, em princípio, estabeleceram a sua aplicabilidade para a edição, a alteração e o cancelamento de súmulas, orientações jurisprudenciais e precedentes normativos do TST.

ou absoluta do órgão julgador (passando a ser necessária a maioria qualificada de dois terços), inviabilizando, de forma automática e absoluta, o julgamento dos incidentes de recursos repetitivos (IRRs) pela própria SbDI-1.

Além disso, extrai-se da simples leitura do *caput* do art. 896-C da CLT, que disciplina o IRR no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho, sua instauração necessariamente deverá ser aprovada pela própria SbDI-1, quando esta também deverá decidir se o incidente tramitará e será julgado em seu próprio âmbito ou no âmbito do Tribunal Pleno. Só que a exigência do art. 702 consolidado de que seja alcançada a votação de pelo menos dois terços dos membros do Tribunal Pleno no sentido prevacente do enunciado de jurisprudência uniforme (ou seja, 18 votos, no total de 27 Ministros) não será alcançada nunca por um órgão fracionário que é composto de 14 integrantes.

Essa elementar constatação, associada ao reconhecimento de que a ideia da “existência de entendimentos divergentes entre os Ministros dessa Seção ou das Turmas do Tribunal” (que é a própria razão de ser da instauração do IRR, na expressa dicção do mesmo *caput* do citado art. 896-C) também entra em contradição frontal com o já apontado requisito da existência prévia de pelo menos dez precedentes unânimes de no mínimo dois terços das Turmas do Tribunal no sentido da tese afinal prevacente, forcem-nos a concluir, pedindo todas as vênias aos entendimentos em contrário, no sentido da inaplicabilidade das exigências e restrições do novo art. 702 da CLT aos incidentes de julgamento de processos repetitivos em tela.

Ainda que se conclua na forma aqui preconizada, restará um sério impasse a ser superado: mesmo que, em matérias novas, não objeto de súmulas, orientações jurisprudenciais e precedentes normativos já existentes, seja razoável admitir a aprovação de teses configuradoras de precedentes, no âmbito dos incidentes em tela, sem a obrigatoriedade de posterior edição, pelo Tribunal Pleno, de um desses enunciados de jurisprudência uniforme (caso em que não seria mesmo necessária a observância das exigências do art. 702 da CLT quanto ao quórum favorável de pelo menos dois terços do Tribunal Pleno e da existência de precedentes anteriores das Turmas no mesmo sentido), a questão será tormentosa para os casos em que as teses firmadas nos julgamentos desses incidentes, principalmente se julgadas em um dos órgãos fracionários do Tribunal, forem contrárias a algum dos enunciados jurisprudenciais já existentes⁵¹.

51 Como já aconteceu anteriormente nos julgamentos de IRRs pela SbDI-1 nos casos que tinham por objeto a Súmula nº 124 e a Orientação Jurisprudencial nº 191 da SbDI-1.

Nesses casos, por força do disposto no já citado art. 72 e no art. 171, *caput*, e seu § 1º, do Regimento Interno, será necessário suspender a proclamação do resultado do julgamento e encaminhar os autos ao Tribunal Pleno para sua deliberação sobre a questão controvertida, momento em que necessariamente incidirá o disposto no multicitado art. 702 da CLT para a revisão ou o cancelamento do verbete jurisprudencial respectivo⁵².

7 – Considerações finais e prospectivas

De tudo o que foi até aqui exposto, verifica-se que a edição do novo art. 702, I, *f*, e seus §§ 3º e 4º, da CLT pela reforma trabalhista implantada pela Lei nº 13.467/2017 trouxe muito mais problemas, dúvidas e perplexidades do que benefícios. A maneira apressada e superficial com que a discussão a seu respeito foi travada no Congresso Nacional, permeada por preconceitos e má vontade contra a atuação da Justiça do Trabalho e de seus magistrados, e sem o contraditório, a maturação e a prudência que a relevância da matéria exigia, produziu um dispositivo que restringiu de forma exacerbada e irrazoável o exercício da elevada função uniformizadora de sua jurisprudência pelo Tribunal Superior do Trabalho e pelos Tribunais Regionais do Trabalho. Suas possíveis inconstitucionalidades e sua clara inconveniência, em muitos e importantes aspectos, foram aqui salientadas.

Se o referido preceito consolidado acabar por ser declarado inconstitucional pela via difusa hoje já instaurada, no âmbito do TST ou, eventualmente, em controle concentrado que seja adotado no futuro, a questão estará encerrada, retornando a matéria à normalidade, pela aplicação combinada das regras dos Regimentos Internos desses Tribunais, dos dispositivos do CPC e do próprio capítulo da CLT que disciplina os recursos trabalhistas.

Se, no entanto, essa inconstitucionalidade não for declarada e o Poder Legislativo não se dispuser a revogar, ele próprio, esse dispositivo da CLT (o que, apesar de improvável, a nosso ver seria o ideal), restará aos magistrados do trabalho que atuam nos Tribunais Regionais e no Tribunal Superior do Trabalho aplicar as novas regras processuais em tela *cum grano salis*, na forma preconizada neste trabalho, de modo a assegurar o adequado e indispensável desempenho da função uniformizadora dos tribunais trabalhistas dentro de desejáveis

52 O que já ocorreu recentemente na sessão da SbDI-1, realizada em 14.12.2017, de julgamento do IRR 10169-57.2013.5.05.0024, em que, por ampla maioria, prevaleceu tese contrária ao entendimento consagrado na Orientação Jurisprudencial nº 394 da SbDI-1, suspendendo-se a proclamação do resultado para que, após a oitiva da Comissão de Jurisprudência e Precedentes Normativos do TST, a matéria da revisão ou cancelamento, se for o caso, da referida orientação jurisprudencial seja submetida ao Tribunal Pleno. A questão está suspensa na presente data, aguardando a decisão do Plenário do Tribunal sobre a arguição de inconstitucionalidade do art. 702, I, *f*, e seus §§ 3º e 4º, da CLT.

e indispensáveis padrões e critérios de razoabilidade e eficiência, sempre sob a ótica da preservação de sua competência constitucional e legal e da concretização do princípio da efetividade da tutela jurisdicional, infelizmente desconsiderados e até mesmo combatidos, nesse aspecto, pelo legislador da reforma.

Referências bibliográficas

ALVES, Amauri César. Comentários à CLT, artigo 8º. In: ALVES, Amauri César; LEITE, Rafaela Fernandes (Org.). *Reforma trabalhista: comentários à Lei nº 13.467/2017*. Belo Horizonte: Conhecimento Jurídica, 2018.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

CORREIA, Henrique; MIESSA, Élisson. *Manual da reforma trabalhista*. Salvador: Juspodivm, 2018.

DALAZEN, João Oreste. Apontamentos sobre a Lei nº 13.015/2014 e impactos no sistema recursal trabalhista. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília, v. 80, n. 4, p. 204-263, out./dez. 2014.

DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. *A reforma trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei nº 13.467/2017*. São Paulo: LTr, 2017.

DIAS, Carlos Eduardo Oliveira; FELICIANO, Guilherme Guimarães; SILVA, José Antônio Ribeiro de Oliveira; TOLEDO FILHO, Manoel Carlos. *Comentários à Lei da Reforma Trabalhista: dogmática, visão crítica e interpretação constitucional*. São Paulo: LTr, 2018.

DIDIER Jr., Fredie; MACEDO, Lucas Buriel de. O julgamento de recursos de revista repetitivos e a IN nº 39/2016 do TST: o processo do trabalho em direção aos precedentes obrigatórios. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília, v. 82, n. 3, p. 188-214, jul./set. 2016.

MACÊDO, Lucas Buriel de. O regime jurídico dos precedentes judiciais no Projeto do novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, v. 237, p. 369-401, nov. 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: RT, 2010.

PIMENTA, José Roberto Freire. A conciliação judicial na Justiça do Trabalho após a Emenda Constitucional nº 24/99: aspectos de direito comparado e o novo papel do juiz do trabalho. *Revista LTr*, São Paulo, v. 65, n. 2, p. 151-162, 2001; e *Trabalhos da Escola Judicial do TRT da Terceira Região. Anais dos Trabalhos da Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da Terceira Região*. Belo Horizonte: Escola Judicial do TRT – 3ª Região, p. 305-334, 2001.

_____. A conciliação na esfera trabalhista – função, riscos e limites. In: PIMENTA, Adriana Campos de Souza Freire; LOCKMANN, Ana Paula Pellegrina (Coord.). *Conciliação judicial individual e coletiva e formas extrajudiciais de solução dos conflitos trabalhistas*. São Paulo: LTr, 2014, p. 22-73.

_____. A força dos precedentes judiciais, o novo sistema recursal trabalhista e a função constitucional do Tribunal Superior do Trabalho. In: DELGADO, Gabriela Neves; PIMENTA, José

DOCTRINA

Roberto Freire; MELLO FILHO, Luiz Philippe Vieira de; LOPES, Othon de Azevedo (Org.). *Direito constitucional do trabalho: princípios e jurisdição constitucional do TST*. São Paulo: LTr, 2015.

_____. A reforma do sistema recursal trabalhista pela Lei nº 13.015/2014 e o novo papel dos precedentes judiciais na Justiça brasileira: contexto, premissas e desafios. In: BELMONTE, Alexandre Agra (Org.). *A nova Lei de Recursos Trabalhistas: Lei nº 13.015/2014*. São Paulo: LTr, p. 25-70, 2015; e *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília, v. 81, n. 3, p. 95-164, jul./set. 2015.

_____. A tutela metaindividual dos direitos trabalhistas: uma exigência constitucional. In: PIMENTA, José Roberto Freire; BARROS, Juliana Augusta Medeiros de; FERNANDES, Nadia Soraggi. *Tutela metaindividual trabalhista: a defesa coletiva dos direitos dos trabalhadores em juízo*. São Paulo: LTr, 2009.

_____. O sistema de precedentes judiciais obrigatórios e o microsistema de litigiosidade repetitiva no processo do trabalho. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília, v. 82, n. 2, p. 176-235, abr./jun. 2016.

_____. Tutelas de urgência no processo do trabalho: o potencial transformador das relações trabalhistas das reformas do CPC brasileiro. In: PIMENTA, José Roberto Freire; RENAULT, Luiz Otávio Linhares; VIANA, Márcio Túlio; DELGADO, Mauricio Godinho; BORJA, Cristina Pessoa Pereira (Coord.). *Direito do trabalho: evolução, crise, perspectivas*. São Paulo: LTr, 2004, p. 337-399; *Revista do TRT da 15ª Região*, São Paulo, LTr, n. 24, p. 199-255, jun./2004; e *Revista da Faculdade Mineira de Direito*. v. 6, ns. 11 e 12, p. 100-153, 1º e 2º semestre de 2003.

_____; PIMENTA, Adriana Campos de Souza Freire. Uma execução trabalhista efetiva como meio de se assegurar a fruição dos direitos fundamentais sociais. In: ÁVILA, Ana; RODRIGUES, Douglas Alencar; PEREIRA, José Luciano de Castilho (Org.). *Mundo do trabalho: atualidades, desafios e perspectivas*. São Paulo: LTr, 2014.

ROCHA, Camila Holanda Mendes da. A Justiça do Trabalho como órgão homologador: afronta ao direito constitucional de acesso à justiça. In: *Reforma trabalhista na visão de procuradores do trabalho*. Salvador: Juspodivm, 2018.

SILVA, Bruno Freire e. A reforma processual trabalhista e o acesso à justiça. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, v. 278, p. 393-410, abr. 2018.

SILVA, Homero Batista Mateus da. *Comentários à reforma trabalhista*. 2. ed. São Paulo: RT, 2017.

SOUZA Jr., Antônio Humberto de Souza; SOUZA, Fabiano Coelho de; MARANHÃO, Ney; AZEVEDO NETO, Platon Teixeira de. *Reforma trabalhista: análise comparativa e crítica da Lei nº 13.467/2017 e da Med. Prov. nº 808/2017*. 2. ed. São Paulo: Rideel, 2018.

THEODORO Jr., Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Breves considerações sobre a politização do Judiciário e sobre o panorama de aplicação no direito brasileiro – Análise da convergência entre o *civil law* e o *common law* e dos problemas da padronização decisória. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, v. 189, p. 9-52, nov. 2010.

VEIGA, Aloysio Corrêa da. Uma retórica maçante e desagradável. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília, v. 83, n. 4, p. 28-30, out./dez. 2017.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: *civil law* e *common law*. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, v. 172, p. 121-174, jun. 2009.

Recebido em: 09/06/2018

Aprovado em: 14/06/2018

O CRITÉRIO DE TRANSCENDÊNCIA DO RECURSO DE REVISTA E SUA APLICAÇÃO EFETIVA PELO TST

THE RULE OF TRANSCENDENCE IN THE APPEAL OF REVIEW TO THE BRAZILIAN LABOR HIGH COURT AND ITS EFFECTIVE APPLICATION

Ives Gandra da Silva Martins Filho*

RESUMO: O presente artigo aborda a aplicação prática do critério de transcendência, regulamentado pela Lei nº 13.467/2017, ao recurso de revista, enfrentando os principais problemas e resolvendo as principais dúvidas que tem surgido quanto à sua utilização como filtro seletor dos recursos que efetivamente serão julgados pelo TST.

PALAVRAS-CHAVE: Critério de Transcendência. Recurso de Revista. Tribunal Superior do Trabalho. Processo do Trabalho.

ABSTRACT: The present article is about the application of the rule of transcendence, promoted by the Law 13.467/2017, to the appeal of review, to face the main problems and to solve the main doubts that are appearing about its use as a selection filter of the appeals that will effectively be appreciated by the Brazilian Labor High Court.

KEYWORDS: Rule of Transcendence. Appeal of Review. Brazilian Labor High Court. Labor Procedure.

“Ninguém põe um remendo de pano novo numa veste velha, porque arrancaria uma parte da veste e o rasgão ficaria pior. Não se coloca tampouco vinho novo em odres velhos; do contrário, os odres se rompem, o vinho se derrama e os odres se perdem. Coloca-se, porém, o vinho novo em odres novos, e assim tanto um como outro se conservam.” (Mateus 9, 16-17)

1 – Introdução

Em artigo publicado na *Revista LTr* de janeiro de 2018, analisávamos teoricamente o instituto da transcendência no recurso de revista quanto à sua origem, constitucionalidade, natureza jurídica, regulamentação,

* *Mestre em Direito pela UnB; doutor pela UFRGS; Ministro do Tribunal Superior do Trabalho, decano da Corte; foi Presidente e Vice-Presidente do TST e do CSJT, além de Corregedor-Geral da Justiça do Trabalho, Conselheiro do Conselho Nacional de Justiça e 1º Diretor da ENAMAT; integra as Academias Brasileira e Brasileira de Direito do Trabalho e a Academia Paulista de Magistrados.*

DOCTRINA

critérios e sistemática (cf. *Revista LTr* 82-01/7-18). No presente estudo, após mais de seis meses de sua aplicação aos recursos que vão chegando ao TST, interpostos contra acórdãos dos TRTs publicados após a entrada em vigor da Lei nº 13.467/2017, aproveitamos a experiência adquirida no trato diuturno com o novo critério para trazer à baila a prática de sua utilização, vantagens, riscos de desvirtuamento e formas distintas de aplicação.

O elo entre a teoria e a prática na aplicação do critério de transcendência no recurso de revista está no espírito com que o novo instituto deve ser visto, compreendido e aplicado, bem retratado na parábola evangélica: “vinho novo em odres novos”. Se o filtro seletor de recursos a serem analisados meritariamente pelo TST veio para simplificar e dar celeridade aos processos na Corte, sendo mais radical que o incidente de recursos repetitivos, não é possível, como pretendem alguns, engessá-lo em parâmetros apenas compatíveis com a sistemática antiga e contrários à própria norma legal. Seria colocar vinho novo em odres velhos.

O espírito com o qual deve ser vista a transcendência é aquele que decorre do novo paradigma de julgamentos pela Corte Superior Trabalhista, que é o de se julgar, efetivamente, teses ou temas, e não casos ou processos. Tal caminho começou a ser trilhado com a Lei nº 13.015/2014, com o incidente de recursos de revista repetitivos, mas como a sistemática do mesmo era por demais intrincada, com sobrestamento de processos e dependência de audiências públicas e pauta na SBDI-1 ou no Pleno, vinha-se travando a pacificação da jurisprudência por esse modelo de forma por demais lenta, com apenas sete dos 17 temas afetados à SBDI-1 ou Pleno julgados em três anos e meio de operação do sistema, com uma média de apenas dois temas discutidos por semestre.

O novo modelo, compatível com o IRR (incidente de recursos repetitivos), leva quase às últimas consequências a premissa fundamental que deve nortear a existência de Cortes Constitucionais, Supremas e Superiores: que o direito do cidadão é ao duplo grau de jurisdição (sentença monocrática revista por um colegiado) e que o recurso às cortes superiores é um direito do Estado Federado (uniformização do direito federal), ou seja, as Cortes Supremas e Superiores não são uma 3ª ou 4ª instância recursal, mas instâncias extraordinárias. Não lhes compete “fazer justiça” nos casos concretos, mas apenas dar a interpretação e o conteúdo normativo dos dispositivos legais e constitucionais. E, para isso, basta selecionar casos representativos das controvérsias que surgem em torno da aplicação da lei e da Carta Magna, de modo a fixar as teses jurídicas que solucionem os conflitos e pacifiquem a sociedade. Nesse contexto, os

DOCTRINA

processos são apenas o mote para a uniformização, escolhendo-se aqueles que tragam todos os elementos necessários para a fixação dessas teses.

A radicalidade da reforma, nesse aspecto, só não foi maior porque nossa Constituição Federal exige fundamentação para as decisões judiciais (CF, art. 93, IX), o que foi seguido também no critério de transcendência, ao se exigir fundamentação, ainda que sucinta, para as decisões que descartem os recursos intranscendentes (CLT, art. 896-A, § 4º). No entanto, as Cortes Supremas que, no mundo, adotam critério seletivo similar, dispensam a fundamentação, pois sua função, repita-se, não é fazer justiça no varejo, mas solucionar os grandes temas nacionais à luz da Constituição ou da legislação federal em vigor.

Portanto, o espírito novo com que se deve olhar para o recurso de revista, à luz do art. 896-A da CLT, tal como regulamentado pela Lei nº 13.467/2017, é o de que o TST passou, efetivamente, a ser instância extraordinária, de julgamento efetivo apenas dos processos mais relevantes, para fixação de sua jurisprudência e depois para resguardá-la. Querer continuar fazendo justiça a granel, como ocorria antes, é colocar vinho novo em odres velhos, que terminarão por rebentar, ou seja, a “emenda ficará pior que o soneto” e a celeridade e simplificação do sistema estarão irremediavelmente comprometidas.

O que se procurará mostrar no presente estudo é, também, que não se fazem omeletes sem quebrar ovos, não se podendo afastar inteiramente o subjetivismo dos julgadores ao selecionarem os processos transcendentais, com maior ou menor prodigalidade ou avareza na escolha, pois o desejo de critérios absolutamente objetivos é humanamente impossível de se atingir, e só engessaria o sistema, voltando à massificação decisória que hoje se vivencia no TST, com um controle quase que apenas espiritual dos ministros em relação àquilo que se decide em seu nome.

Além da referência neotestamentária quanto ao espírito com o qual deve ser vista a transcendência, poderíamos também trazer à baila referência veterotestamentária como verdadeiro fundamento *bíblico* da transcendência, a seguinte passagem do Êxodo, bastante significativa em termos de racionalização da prestação jurisdicional:

“E aconteceu que, no outro dia, Moisés assentou-se para julgar o povo; e o povo estava em pé diante de Moisés desde a manhã até à tarde. Vendo, pois, o sogro de Moisés tudo o que ele fazia ao povo, disse: Que é isto, que tu fazes ao povo? Por que te assentas só, e todo o povo está em pé diante de ti, desde a manhã até à tarde? Então disse Moisés a seu sogro: É porque este povo vem a mim, para consultar a Deus; Quando

tem algum negócio vem a mim, para que eu julgue entre um e outro e lhes declare os estatutos de Deus e as suas leis. O sogro de Moisés, porém, lhe disse: Não é bom o que fazes. Totalmente desfalecerás, assim tu como este povo que está contigo; porque este negócio é mui difícil para ti; tu só não o podes fazer. Ouve agora minha voz, eu te aconselharei, e Deus será contigo. Sê tu pelo povo diante de Deus, e leva tu as causas a Deus; E declara-lhes os estatutos e as leis, e faze-lhes saber o caminho em que devem andar, e a obra que devem fazer. E tu dentre todo o povo procura homens capazes, tementes a Deus, homens de verdade, que odeiem a avareza; e põe-nos sobre eles por maiores de mil, maiores de cem, maiores de cinquenta, e maiores de dez; Para que julguem este povo em todo o tempo; e seja que todo o negócio grave tragam a ti, mas todo o negócio pequeno eles o julguem; assim a ti mesmo te aliviarás da carga, e eles a levarão contigo. Se isto fizeres, e Deus to mandar, poderás então subsistir; assim também todo este povo em paz irá ao seu lugar. E Moisés deu ouvidos à voz de seu sogro, e fez tudo quanto tinha dito; E escolheu Moisés homens capazes, de todo o Israel, e os pôs por cabeças sobre o povo; chefes de mil, chefes de cem, chefes de cinquenta e chefes de dez. E eles julgaram o povo em todo o tempo; o negócio árduo trouxeram a Moisés, e todo o negócio pequeno julgaram eles. Então despediu Moisés o seu sogro, o qual se foi à sua terra.” (Êxodo 18:13-27)

Ou seja, a 1ª e 2ª Instâncias julgam definitivamente as causas menores economicamente, tendo maior definitividade suas decisões, e cabe às assessorias dos ministros do TST, como os *law clerks* dos *justices* da Suprema Corte Americana, selecionar as causas mais relevantes jurídica, política ou socialmente, para que os ministros as decidam monocraticamente (transcendência política) ou colegialmente (transcendência jurídica ou social).

2 – Os indicadores, “entre outros”, de transcendência da causa (CLT, art. 896-A, § 1º)

O art. 896-A da CLT, que contempla o critério de transcendência do recurso de revista, está assim redigido, conforme instituído pela MP nº 2.226/01 e regulamentado pela Lei nº 13.467/2017:

“Art. 896-A. O Tribunal Superior do Trabalho, no recurso de revista, examinará previamente se a causa oferece transcendência com relação aos reflexos gerais de natureza econômica, política, social ou jurídica.

§ 1º São indicadores de transcendência, entre outros:

DOCTRINA

I – econômica, o elevado valor da causa;

II – política, o desrespeito da instância recorrida à jurisprudência sumulada do Tribunal Superior do Trabalho ou do Supremo Tribunal Federal;

III – social, a postulação, por reclamante-recorrente, de direito social constitucionalmente assegurado;

IV – jurídica, a existência de questão nova em torno da interpretação da legislação trabalhista.

§ 2º Poderá o relator, monocraticamente, denegar seguimento ao recurso de revista que não demonstrar transcendência, cabendo agravo desta decisão para o colegiado.

§ 3º Em relação ao recurso que o relator considerou não ter transcendência, o recorrente poderá realizar sustentação oral sobre a questão da transcendência, durante cinco minutos em sessão.

§ 4º Mantido o voto do relator quanto à não transcendência do recurso, será lavrado acórdão com fundamentação sucinta, que constituirá decisão irrecorrível no âmbito do tribunal.

§ 5º É irrecorrível a decisão monocrática do relator que, em agravo de instrumento em recurso de revista, considerar ausente a transcendência da matéria.

§ 6º O juízo de admissibilidade do recurso de revista exercido pela Presidência dos Tribunais Regionais do Trabalho limita-se à análise dos pressupostos intrínsecos e extrínsecos do apelo, não abrangendo o critério da transcendência das questões nele veiculadas.”

O instituto da transcendência foi outorgado ao Tribunal Superior do Trabalho para que possa selecionar as questões que transcendam o interesse meramente individual, exigindo posicionamento da Corte quanto à interpretação do ordenamento jurídico trabalhista pátrio, fixando teses jurídicas que deem o conteúdo normativo dos dispositivos da CLT e legislação trabalhista extravagante e garantam a observância, pelos Tribunais Regionais do Trabalho, da jurisprudência então pacificada.

Nesse sentido, para exercer o seu mister de uniformização de jurisprudência, o Ministro Relator no TST escolhe os melhores e mais significativos casos representativos de determinada controvérsia para a fixação das teses jurídicas em torno da interpretação de nosso ordenamento jurídico-trabalhista, a par de

DOCTRINA

exercer, posteriormente, o controle jurisprudencial do respeito das decisões sumuladas e pacificadas do TST, pelos TRTs.

O paralelismo entre os institutos da transcendência, por um lado, e da repercussão geral e recursos repetitivos, por outro, fica por aí. Têm em comum a seleção ou filtragem de causas relevantes, para definição de teses jurídicas pelo TST, STF e STJ nos recursos de revista, extraordinário e especial, respectivamente. Porém, o passo avante da transcendência foi o fato de não implicar o sobrestamento de feitos e a decisão final ter de ser em plenário ou seção do Tribunal, filtrando-se mais rapidamente as causas. Ademais, a parametrização mínima dos critérios em lei, o que não ocorre com a repercussão geral e os recursos repetitivos, apresenta vantagem adicional do novel instituto.

Com a ineficiência já comprovada do incidente de recursos repetitivos no STJ, sempre atolado de processos a julgar, a Corte vem defendendo e buscando o apoio parlamentar para a aprovação da PEC nº 209/2012, que institui o critério de relevância para o recurso especial, à semelhança da transcendência do recurso de revista, por suas vantagens em relação aos recursos repetitivos.

A parametrização mínima da transcendência pelo § 1º do art. 896-A da CLT foi feita justamente para objetivar minimamente o exame e seleção das causas mais relevantes e que necessitem de um pronunciamento do TST, em termos de pacificação da jurisprudência. A partir desses parâmetros mínimos, como torneira que abre o reservatório de águas dos recursos para o TST, caberá aos ministros da Corte ter esse controle, dando maior ou menor vazão a recursos que serão meritoriamente julgados, conforme sua capacidade de apreciar com celeridade as causas, ampliando ou aplicando à risca os indicadores dos quatro critérios de transcendência dos recursos de revista que recebem.

Ou seja, como o § 1º do art. 896-A da CLT fala que são indicadores da transcendência do recurso, “entre outros”, os elencados nos seus quatro incisos, ofertando rol exemplificativo e não taxativo dos critérios de transcendência, poderão os ministros admitir como transcendentos ou rejeitar como intrascendentos causas que necessariamente não se ajustem perfeitamente nos indicadores originariamente previstos na lei. A utilização do instituto e a formação da jurisprudência em torno dele é que irá customizando sua aplicação, a bem de uma prestação jurisdicional célere e focada na missão do TST.

Assim, não será apenas a jurisprudência sumulada do STF e TST que caracterizará a transcendência política, quando contrariada, mas também aquela oriunda de precedentes firmados em repercussão geral ou em incidente de recursos repetitivos, obviamente. E mais. O simples fato de determinado tema

estar pautado pelo STF como de repercussão geral, ainda que não julgado no mérito pelo STF, torna o recurso de revista que o discute como reconhecidamente transcendente politicamente. É o caso, por exemplo, dos recursos discutindo a licitude da terceirização, em face dos Temas ns. 725 e 739 da tabela de repercussão geral do STF, em que se reconhece a transcendência política, ainda que, ressalvado entendimento pessoal, aplique-se a jurisprudência dominante no TST, refratária à terceirização (cf. AIRR 74-83.2016.5.13.0009, 5ª Turma, pautado no plenário virtual a partir de 12.06.2018 até a sessão presencial de 20.06.2018).

Do mesmo modo, a transcendência social não pode ser considerada como via de mão única para o empregado, pois, desde que estejam em discussão os direitos sociais elencados nos arts. 6º a 11 da CF, independentemente de quem os esgrima, patrão ou empregado, a questão terá relevância social. Exemplo disso é o art. 7º, XXVI, da CLT, que estabelece o respeito à negociação coletiva, que pode ser esgrimido por empresas e sindicatos, quando em discussão a anulação de cláusulas de acordos ou convenções coletivas, postulada pelo Ministério Público. Outro eventual elastecimento do conceito de direitos sociais constitucionalmente assegurados poderá levar ao reconhecimento de transcendência social nas causas relativas a danos morais, atualmente apenas esgrimidos com base constitucional no art. 5º, V e X, se a eventual lesão for gritante ou, ao contrário, houver exagero no vislumbre de atentado à dignidade, honra e imagem do trabalhador.

De igual sorte, a transcendência econômica pode ser invocada tanto pelo empregado quanto pelo empregador, incluindo não apenas o elevado valor dado à causa, mas especialmente o elevado valor da condenação, além das causas que envolvam interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, em ações civis públicas, ações civis coletivas, reclamações em substituição processual ampla da categoria, nas quais se discutem macro lesões ao ordenamento jurídico trabalhista. Por outro lado, sendo impossível e inconveniente fixar um patamar mínimo para exame das causas, como de transcendência econômica, pois se estaria fixando alçada recursal, é natural que se examine caso a caso o aspecto econômico, comparando o valor da causa ou condenação com o porte ou capital social da empresa e a remuneração do salário do empregado, de modo a captar a relevância e impacto do processo em caso de manutenção ou imposição da condenação.

Finalmente, o próprio conceito de transcendência jurídica, quanto à novidade da questão veiculada na revista, é passível de matização, quanto a ser nova por não ter sido enfrentada ainda nas Turmas ou na SBDI-1 do TST,

ou mesmo ainda não pacificada por súmula ou orientação jurisprudencial da Corte. Essa última modalidade de transcendência comporta, ainda, o elasticamento para descarte de recursos com base no seu aparelhamento deficiente, especialmente no que diz respeito ao preenchimento dos seus pressupostos intrínsecos. Ou seja, recurso de revista, para ser conhecido pelo TST, deve ser não apenas transcendente, mas também aviado adequadamente. Do contrário, a discussão da transcendência seria apenas perda de tempo, já que o recurso não alcança conhecimento por não ter trazido divergência válida e específica, nem demonstrado violação literal e direta a dispositivo constitucional ou legal.

3 – Conjugação dos indicadores ou aplicação isolada, por recurso ou por tema

Os requisitos do art. 896-A, § 1º, da CLT podem ser analisados conjunta ou separadamente para efeito de reconhecimento da transcendência do recurso de revista. Como o objetivo da transcendência é selecionar os casos mais representativos de determinada controvérsia para efeito de fixação de teses jurídicas e depois garantir sua observância pelos TRTs, a intrascendência econômica de determinada causa, pelo baixo valor da causa ou da condenação, já a descarta de plano para efeito de uniformização de jurisprudência, se não se tratar de matéria nova que justifique seu enfrentamento originário.

A rigor, se a própria expressão “transcendência” supõe aquelas causas que transcendem o interesse meramente individual, reforça a convicção de que carece de transcendência o recurso que pretende revisão pelo TST, como uma 3ª Instância, de processo cujo valor da causa gira em torno de R\$ 20.000,00, média obtida nos processos por nós analisados até o momento. E, dependendo do porte da empresa, também condenações que ultrapassem os R\$ 200.000,00 não terão transcendência econômica quando a matéria não for nova e não se estiver postulando a adequação da decisão regional à jurisprudência pacificada do TST, conforme precedente por nós já decidido (AIRR-473.16.2016.5.14.0032, DEJT 13.06.2018).

O baixo valor da causa ou da condenação, isoladamente, pode ser fator de descarte, de plano, do recurso, especialmente quando esse vem discutindo diversos temas, mostrando que o apelo, *tuto somato*, e como diria o rei Henrique IV da França, “não vale uma missa”, especialmente quando o recurso é patronal e a condenação reduzida (cf. AIRR-1128-05.2016.5.23.0107, DEJT 07.08.2018 – R\$ 5.000,00; AIRR-97-60.2016.5.05.0006, DEJT 30.05.2018 – R\$ 849,00; AIRR-24436-69.2016.5.24.0066, DEJT 13.06.2018 – R\$ 4.000,00;

DOCTRINA

AIRR-23-68.2017.5.10.0802, DEJT 13.05.2018 – R\$ 6.000,00, e RR-1988-55.2015.5.11.0016, DEJT 23.05.2018 – R\$ 7.000,00).

Em que pese a intranscendência econômica da causa já ser um fator seletivo de rápida apreensão, comparando o valor dado à causa na petição inicial, com o número de pedidos nela formulados e o valor arbitrado para a condenação na 1ª ou 2ª Instâncias, o mais comum é enfrentar os quatro critérios em relação a cada tema, para deixar claro, especialmente quando se trata de decisão monocrática em agravo de instrumento, cuja decisão é irrecurável, que o recurso não merecia uma 3ª Instância de revisão (cf. AIRR-24436-69.2016.5.24.0066, DEJT 11.06.2018; AIRR-11625-23.2016.5.03.0079, DEJT 11.06.2018; AIRR-21090-60.2016.5.04.0004, DEJT 23.05.2018, e AIRR-24344-88.2013.5.24.0004, DEJT 14.05.2018).

Na prática, ao abrir o caderno processual no processo eletrônico, nos processos de AIRR, verifica-se de plano o valor da condenação (se o recurso é da empresa) ou o valor da causa (se o recurso é do empregado), para saber se justifica um 3º julgamento da causa (transcendência econômica). A seguir, compulsando o despacho agravado, verifica-se quais as matérias objeto do recurso de revista, os fundamentos do apelo e os óbices apontados pelo juízo de admissibilidade *a quo* da Presidência dos TRTs. Com isso, é possível apurar se há discussão em torno da aplicação dos arts. 6º a 11 da CF, relativos aos direitos sociais (transcendência social), como também concluir, cotejando o recurso de revista com o acórdão regional, se este contraria súmula, orientação jurisprudencial ou precedente de IRR do TST ou súmula e precedente de repercussão geral do STF (transcendência política). Finalmente, uma pesquisa rápida de jurisprudência do TST permite apurar se a matéria é nova, pela ausência de precedentes (transcendência jurídica), principal eixo de transcendência, por detectar aquilo que está a exigir a intervenção do TST, para uniformizar a jurisprudência trabalhista.

Apenas como reforço de fundamentação, nos despachos monocráticos de intranscendência em agravos de instrumento, pode-se acrescentar os óbices processuais elencados pelo despacho agravado, demonstrando que, ainda que a matéria de fundo do recurso de revista fosse transcendente, não haveria como conhecer do apelo, havendo contaminação da sua própria transcendência, pelo vício formal verificado.

Numa estatística singela, referente ao nosso gabinete no TST, abrangendo os primeiros três meses recebendo processos sob a égide da transcendência (março-maio/2018), que representam apenas 5% dos que chegaram este ano ao TST para todos os gabinetes, dos 154 processos analisados, oriundos dos únicos

TRTs que já estão enviando processos com o marcador da “Lei nº 13.467/2017” (4ª, 9ª, 10ª, 11ª, 12ª, 13ª, 18ª, 23ª e 24ª Regiões), acolhemos a transcendência de 17 (15 por transcendência política [responsabilidade subsidiária e terceirização], um por transcendência social [horas de transporte] e um por transcendência jurídica [parametrização do intervalo do art. 384 da CLT]). Ou seja, houve o reconhecimento da transcendência em 11% das revistas apreciadas, sendo apenas um deles desprovido, mesmo sendo reconhecida a transcendência.

4 – A precedência da transcendência quanto aos pressupostos intrínsecos e não aos extrínsecos

Desde que começaram a chegar ao TST os primeiros recursos de revista interpostos contra acórdãos de TRTs publicados após a entrada em vigor da Lei nº 13.467/2017, a principal dúvida de muitos ministros no momento de apreciar esses recursos dizia respeito à ordem de precedência entre transcendência, pressupostos extrínsecos e intrínsecos da revista.

Não há dúvida quanto à natureza jurídica da transcendência: trata-se de pressuposto intrínseco do recurso de revista, ou seja, específico dessa modalidade recursal. Já os pressupostos extrínsecos de um recurso são aquelas genéricos, comuns a qualquer recurso, como tempestividade, regularidade de representação, preparo, adequação e motivação.

No entanto, se a transcendência constitui pressuposto intrínseco do recurso, precede a todos os demais. Ou seja, os pressupostos elencados no art. 896 da CLT só serão, em princípio, analisados, se for reconhecida a transcendência do recurso nos termos do art. 896-A da CLT.

Já os pressupostos extrínsecos, na teoria processual, precedem os intrínsecos na análise recursal, na medida em que seu não preenchimento impede a abertura da petição recursal, pois, se o recurso é intempestivo, o processo já transitou em julgado, o mesmo ocorrendo se o recurso interposto era incabível; se o advogado não tem procuração, o recurso é reputado inexistente; sem depósito recursal ou pagamento de custas, nem se conhece do apelo.

Assim, a ordem de precedência no exame do recurso de revista é do exame prévio dos pressupostos extrínsecos, seguida da transcendência e dos demais pressupostos intrínsecos do apelo.

Há quem pretenda a mitigação dos pressupostos intrínsecos da revista, se o recurso for tido como transcendente, na mesma linha do art. 896, § 11, da CLT, quando fala na desconsideração de vício formal extrínseco do recurso tempestivo quando não for grave, de modo a se julgar o mérito da causa.

DOCTRINA

No direito comparado, temos o caso argentino para servir de precedente. O critério de transcendência, introduzido no Código Processual Civil e Comercial da Nação Argentina pela Lei nº 23.774/90, era assim delineado:

“Art. 280. Cuando la Corte Suprema conociere por recurso extraordinario, la recepción de la causa implicará el llamamiento de autos. La Corte, según su sana discreción y con la sola invocación de esta norma podrá rechazar el recurso extraordinario, por falta de agravio federal suficiente o cuando las cuestiones planteadas resultaren insustanciales o carentes de trascendencia.”

O denominado *writ of certiorari* argentino, à semelhança do norte-americano para a Suprema Corte, tal como materializado no referido dispositivo de sua lei processual civil, é a faculdade discricionária de rejeitar, sem necessidade de fundamento, os recursos extraordinários que, mesmo cumprindo todos os requisitos previstos em lei, a Suprema Corte não vislumbre questão de transcendental importância para o exame da Corte. Daí que basta para a Corte mencionar o art. 280 para deixar de julgar um determinado recurso extraordinário que lhe chega.

Questionada a constitucionalidade dessa norma processual, a Suprema Corte Argentina, no caso “Rodríguez c/Rodríguez de Schreyer”, entendeu razoável (e, portanto, não atentatória dos dispositivos constitucionais assecutorios do direito de defesa) a decisão legislativa que permitiu, para melhor funcionamento da Corte, a rejeição desfundamentada de recurso extraordinário que carecesse de transcendência. O entendimento da Suprema Corte foi o de que o direito de defesa em juízo já conta com a possibilidade de se obter uma sentença de 1ª Instância e uma revisão por parte de um Tribunal de Justiça, ambas fundamentadas, não se justificando uma 3ª Instância de revisão obrigatória da causa.

Mas a Suprema Corte argentina foi mais além: interpretando *a contrario sensu* o art. 280 do CPCC, entendeu que, quando a matéria versada no recurso fosse transcendente, estaria a Corte autorizada a apreciar o recurso extraordinário, mesmo que não se cumprissem todos os requisitos formais na legislação processual:

“La resolución de temas de notable repercusión institucional no puede quedar vedada al Tribunal por el incumplimiento de requisitos formales por parte de los interesados em casos cuya gravedad precisamente excede los hechos y personas directamente involucradas.” (Processo “Rodríguez c/Rodríguez de Schreyer”).

DOCTRINA

No Brasil, no entanto, a novidade do instituto não permite – e nem seria conveniente, num primeiro momento – mitigar a norma legal que exige o preenchimento dos pressupostos intrínsecos para o exame meritório do recurso de revista.

Porém, como o critério de transcendência dá uma discricionariedade bastante grande aos ministros do TST para selecionarem as causas que irão efetivamente julgar, parece-nos que, com o tempo, toda a jurisprudência defensiva construída e depois transplantada à legislação, com vistas a reduzir o número de recursos que chegava à Corte (Súmulas ns. 23, 126, 296, 297, 337 e 422 do TST, bem como o art. 896, § 1º-A, da CLT), tenda a ser mitigada, com vistas a permitir que os recursos que efetivamente tragam matérias novas ou que invistam contra decisões dos TRTs, refratárias à jurisprudência do TST, possam ser julgados.

Nessa linha de pensamento, o requisito formal atualmente mais sujeito a uma certa discricionariedade e subjetividade na aplicação é, sem dúvida nenhuma, o art. 896, § 1º-A, da CLT, que trouxe ao diploma consolidado o teor da Instrução Normativa nº 23 do TST, no sentido de facilitar a tarefa dos ministros no exame dos recursos de revista, inserindo na petição todos os elementos necessários à perfeita compreensão da controvérsia, independentemente da consulta e manuseio do restante caderno processual.

Ora, se a própria transcendência já propicia essa maior facilidade do exame do recurso, a exigência do cotejo analítico e da delimitação recursal, levadas ao extremo pelo TST quando não aceita a mera transcrição integral do tópico do acórdão regional, sem a comparação do trecho específico que configura a divergência com a lei ou aresto colacionado (cf. AgR-E-RR 10918-47.2013.5.15.0137, Rel. Min. Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, SBDI-1, DEJT 02.03.2018; E-ED-RR-172500-89.2013.5.17.0011, Rel. Min. Cláudio Mascarenhas, SBDI-1, DEJT 24.11.2017; E-ED-RR-10902-83.2014.5.15.0129, SBDI-1, Rel. Min. Augusto César Leite de Carvalho, SBDI-1, DEJT 31.10.2017), poderão ser mitigadas pelo ministro relator no caso de vislumbrar a relevância patente da matéria.

5 – A contaminação da transcendência pelos vícios formais do recurso de revista

Se, por um lado, a tese da mitigação dos pressupostos intrínsecos do recurso de revista no caso de se reconhecer a transcendência da causa possui precedente no direito comparado, por outro, a manutenção do juízo *a quo* de

DOCTRINA

admissibilidade dos recursos de revista, exercido pela Presidência dos TRTs, com vedação expressa à análise da transcendência (CLT, art. 896-A, § 6º), está a sinalizar que esse juízo deve contribuir substancialmente com o *ad quem* do TST quanto à admissibilidade, ou não, dos recursos de revista, sob pena de se gerar trabalho inútil aos Tribunais Regionais se a transcendência, analisada isoladamente, fosse o critério decisivo.

A nosso ver, em que pese não poderem as Presidências dos TRTs adentrar o critério de transcendência para denegarem seguimento aos recursos de revista que lhes são submetidos para juízo de admissibilidade, prestam um grande serviço ao TST ao detectarem as deficiências de aparelhamento dos recursos de revista quanto aos seus pressupostos extrínsecos e intrínsecos de admissibilidade, pois já sobem, quando interposto agravo de instrumento, com sinalização implícita da intranscendência dos mesmos.

Com efeito, se a transcendência consiste em juízo de delibação, prévio à análise do recurso em seus demais pressupostos, e tais pressupostos não podem ser afastados com base no reconhecimento da transcendência do recurso, sob pena de se descumprir a literalidade do art. 896 da CLT, temos que eventual vício formal na veiculação do recurso de revista retira *ipso facto* a transcendência do apelo ao TST.

A essa conclusão se chega também em relação ao defeito formal encontrado no próprio agravo de instrumento, quando, por exemplo, deixa de observar a necessidade de motivação, atacando o fundamento do despacho agravado, ou não renova as razões da revista, infringindo os princípios da dialeticidade e da independência dos recursos, insculpidos na Súmula nº 422 do TST e no art. 1.016, III, do CPC.

Senão vejamos. O art. 247 do RITST acabou estabelecendo que o critério de transcendência é ínsito ao apelo, devendo ser examinado de ofício, independentemente de ter sido articulado ou esgrimido pela parte. Como, topograficamente, a Seção II do RITST, que trata da transcendência, se coloca em separado relativamente às Seções III e IV, que se referem, respectivamente, ao recurso de revista e ao agravo de instrumento, conclui-se que o critério se dirige a ambos os apelos, ou seja, à causa como um todo.

Nesse sentido se deve fazer a leitura do § 5º do art. 896-A da CLT, quando fala em ausência de transcendência da matéria, e não do recurso de revista, nos casos de denegação monocrática de agravo de instrumento pelo relator no TST.

Assim, se o critério de transcendência constitui filtro seletor de matérias que mereçam pronunciamento do TST para firmar teses jurídicas pacificadoras

da jurisprudência trabalhista e se o agravo ou a revista nem sequer ultrapassam o seu próprio conhecimento, por vício formal ostensivo, o apelo carece de transcendência para ser analisado, já que não se poderá reabrir o mérito da discussão. Ou seja, a eventual transcendência de tópico de recurso de revista não supre o não preenchimento dos pressupostos extrínsecos ou intrínsecos deste ou do agravo de instrumento que visava a destrancá-lo (cf. AIRR-20246-76.2016.5.04.0662, DEJT 24.04.2018; AIRR-227-31.2017.5.13.0026, DEJT 11.04.2018; AIRR-543-58.2016.5.08.0013, DEJT 23.05.2018, e AIRR-10582-31.2017.5.18.0004, DEJT 23.05.2018).

6 – A irrecorribilidade das decisões monocráticas de intranscendência em agravo de instrumento

O art. 896-A, § 5º, da CLT é taxativo ao se referir à irrecorribilidade das decisões monocráticas do ministro relator, no TST, que denegue seguimento ao agravo de instrumento, por intranscendência da matéria nele versada.

O dispositivo não menciona irrecorribilidade “interna” do TST, mas irrecorribilidade pura e simples. Significa que o processo chegou ao fim. Há quem pretenda vislumbrar inconstitucionalidade no referido dispositivo, ou tente compatibilizá-lo com a oposição de embargos declaratórios.

A garantia constitucional expressa nos incisos LIV e LV do art. 5º da CF, relativos à ampla defesa e ao devido processo legal, dizem respeito aos recursos previstos em lei. O próprio acesso ao Supremo Tribunal Federal foi, a partir da EC nº 45/04, substancialmente reduzido, com a instituição da repercussão geral da questão constitucional, a ponto do STF, na atualidade, não admitir recurso extraordinário para rediscussão dos requisitos de admissibilidade dos recursos de competência de outros tribunais por ausência de repercussão geral (cf. STF-RE 598.365 RG/MG, Rel. Min. Ayres Britto, DJe 26.03.2010). E, naturalmente, o critério de transcendência constitui justamente requisito de admissibilidade de recurso de revista para o TST.

Paradigmático, nesse sentido, é o caso da irrecorribilidade para o STF de decisões do TST referentes a processos de execução. Aplicando o precedente de relatoria do Min. Ayres Brito, o STF veio a fixar entendimento de que a aplicação, pelo TST, dos óbices do art. 896, § 2º, da CLT e da Súmula nº 266 do TST, para não conhecimento de recurso de revista ou desprovimento de agravo de instrumento em processo de execução de sentença, constitui controvérsia circunscrita ao exame dos pressupostos de admissibilidade do recurso no âmbito da Corte de origem, carente, assim, de repercussão geral (ARE 697.560

DOCTRINA

AgR/MG, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 05.03.2013; ARE 733.114/DF, Rel^a Min^a Cármen Lúcia, DJe 03.04.2013; ARE 646.574/PA, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe 18.02.2013). Ou seja, tanto nos recursos em execução de sentença, quanto, agora, naqueles na fase de conhecimento em que a transcendência não for reconhecida, o processo finda no TST.

A pretensão à possibilidade de oposição de embargos declaratórios segue sorte semelhante. Não há, atualmente, divergência na doutrina ou na jurisprudência quanto à natureza recursal dos embargos declaratórios. Tanto que o TST editou a Súmula nº 421, II, determinando a conversão dos embargos declaratórios contra despacho denegatório de seguimento de recurso em agravo para o colegiado, quando postulado efeito modificativo do julgado. Os únicos dois embargos declaratórios que recebemos desde a aplicação do critério da transcendência visavam justamente essa reforma do julgado (cf. ED-AIRR-1401-41.2015.5.05.0132, DEJT 03.05.2018, e ED-AIRR-145700-19.2014.5.13.0005, DEJT 20.04.2018).

Mostra-se falacioso o argumento de que seria necessária a admissão dos embargos, ao menos para, com o efeito integrativo do julgado, sanar eventual omissão. Se, por um lado, a esmagadora maioria dos declaratórios vem com pedido de modificação do julgado, por outro, a escolha dos recursos a serem analisados é do relator, dando alguma satisfação às partes, mas não se tratando, aqui, de negativa de prestação jurisdicional a ausência do enfrentamento de todos os motivos e razões do recorrente, bastando que o julgador expresse os motivos pelos quais não selecionou essa causa. E, sejamos realistas: aberta a porta dos embargos declaratórios, a vontade da lei e a intenção do legislador serão frustradas e o elemento que maior contribuição trouxe para a celeridade processual, que é a irrecorribilidade dos despachos denegatórios, terá sido frustrado, em detrimento da prestação jurisdicional como um todo.

Não é demais recordar que expediente amplamente utilizado no âmbito do TST para redução de estoques de recursos foi a simples remissão aos fundamentos do despacho agravado para negar provimento a agravos de instrumento, naquilo que se convencionou chamar de “PPF” (“pelos próprios fundamentos”), transcrevendo-os na decisão monocrática do relator no Tribunal. Tal praxe constituiu-se em divisor de águas, separando gabinetes que utilizaram a praxe e reduziram rápida e substancialmente seus estoques, daqueles que resistiam a fazê-lo e deixavam os estoques subirem, sem encontrar meio de sequer empatar o jogo entre processos que chegavam e processos que eram julgados.

Ora, a praxe, pelo Novo CPC, é anatematizada pelo art. 1.021, § 3º, que assenta: “É vedado ao relator limitar-se à reprodução dos fundamentos da

decisão agravada para julgar improcedente o agravo interno”. É certo que se aplica literalmente apenas ao agravo interno, mas mostra o desconforto, para o jurisdicionado, quanto ao não saber se, efetivamente, seus argumentos foram levados em consideração pelo juízo de admissibilidade *ad quem*.

Ora, a fundamentação exigida pela transcendência, por ser de natureza distinta daquela expendida pelo juízo de admissibilidade *a quo* das Presidências dos TRTs, dá ao jurisdicionado a segurança de que seu recurso foi efetivamente reavaliado, sob nova luz, e não meramente descartado, por reprodução da decisão agravada.

Por outro lado, houve por um bom tempo a resistência, por parte de ministros do TST, à utilização do despacho monocrático para solução dos recursos que chegavam ao TST, não obstante a edição da Instrução Normativa nº 17/00, que reconhecia como aplicável ao Processo do Trabalho o art. 557, *caput* e §§ 1º-A, 1º e 2º, do CPC/73 (inciso III), preferindo levar todas as demandas ao colegiado da Turma, retardando a prestação jurisdicional, em nome da maior qualidade e colegialidade das decisões, explicando, por aí, a menor vazão de seus processos e aumento substancial de seus estoques de processos aguardando julgamento.

É generalizado o reconhecimento de que mecanismos como os ofertados outrora pela Lei nº 9.756/98 (solução das demandas por decisão monocrática do relator, reforçada a praxe pelas Leis ns. 13.015/2014 e 13.105/2015) e mais modernamente pela Lei nº 11.419/06 (processo eletrônico, com a implantação mais recente no TST do plenário virtual eletrônico a partir de 2017) têm tornado mais dinâmica a prestação jurisdicional, mas mostraram os seus limites e insuficiência em face do volume da demanda que efetivamente desembarca no TST, no aguardo de um pronunciamento, qualquer que seja ele, com cada recurso devendo ser analisado pela assessoria dos ministros, sendo estes o funil do sistema.

Assim, a mais recente evolução legislativa, no sentido da irrecorribilidade das decisões monocráticas em agravos de instrumento em recurso de revista, em face da intranscendência dos apelos formulados ao TST é, talvez, o instrumento que melhor equacione o problema da demanda de massa para essa Corte, quer por exigir fundamentação distinta e específica do julgador, quer por concluir a *Via Crucis* recursal pela qual caminham, sofredamente, as partes, sempre na esperança de uma nova decisão que lhes seja mais favorável, independentemente da razão lhes assistir ou não. E a *Via Sacra* termina também para o ministro, que não terá de revisar outras tantas vezes a mesma matéria, em sucessivos embargos declaratórios (quantas vezes repetidos), agravos internos,

e embargos de divergência. Nesse sentido, carece de realismo a pretensão de garantir, pela recorribilidade interna ou externa em instância extraordinária, a infalibilidade judiciária, pois a Justiça, como obra humana, sempre será falível e passível de aperfeiçoamento. O que não se pode é levar essa perfectibilidade *ad aeternitatem*. Num modelo de recorribilidade constante, só ganham aqueles que apostam na protelação da solução das demandas, não tendo resolvido a questão da demanda recursal crescente as iniciativas legislativas de aumentar as multas e elevar o montante e as hipóteses de pagamento de depósito recursal, pois o demandante, fazendo a ponderação entre custo e benefício, chegando à conclusão de que vale a pena recorrer, apostando na demora da apreciação de seu recurso, agrava e, muitas vezes, desiste do agravo no dia da sessão, para não ser multado por agravo infundado. Oxalá a adoção do IPCA-E como fator de correção monetária dos créditos judiciais trabalhistas ajude a mudar tal cultura da protelação.

Ademais, se o critério de transcendência visa também a dar maior definitividade às decisões de 2ª Instância, prestigiando o duplo grau de jurisdição como direito básico do cidadão, não se pode pretender deslegitimar a irrecorribilidade das decisões monocráticas em agravo de instrumento por intranscendência do recurso de revista, uma vez que, aqui também, dá-se um duplo juízo de admissibilidade do apelo, sendo que ao menos dois magistrados concluíram pela inviabilidade do recurso, quer sob o prisma técnico processual, quer sob o prisma de política judiciária, esse último referendando outrossim o primeiro juízo, ao manter o trancamento da revista.

Finalmente, não sendo mais recorrível, nem dentro, nem fora do TST, o despacho denegatório do agravo de instrumento por falta de transcendência, a consequência natural é a imediata baixa dos autos à origem, com a certificação do trânsito em julgado do processo, na data da publicação do despacho denegatório do agravo de instrumento.

Antes da transcendência, o tempo médio de tramitação interna dos recursos que chegavam ao TST era de 600 dias, podendo levar até cinco a 10 anos, dependendo do relator. Sem contar a tramitação nas duas instâncias inferiores e eventual tramitação rumo ao STF, que levava um processo a ser efetivamente solucionado a patamares em torno de 10 a 20 anos. Com a transcendência, o tempo médio de tramitação em nosso gabinete tem sido inferior a duas semanas, sendo que a média de tempo de tramitação desses processos, desde a reclamação até o trânsito em julgado, fica em torno de 25 meses. É o maior ganho para o trabalhador, pois “a justiça que tarda, falha”.

DOCTRINA

Essa é a maior vantagem que a Lei nº 13.467/2017 trouxe quanto à regulamentação do critério de transcendência no recurso de revista. Se o agravo de instrumento já representava um afunilamento do processo, não admitindo sustentação oral, sua denegação por falta de transcendência pelo TST implicará no encerramento do processo, trazendo significativa vantagem para o trabalhador, cujo processo baixará imediatamente para execução, e também para as empresas, que não terão de pagar juros e correção monetária pelo IPCA-E por mais tempo. Os dados estatísticos têm mostrado que quase 70% dos recursos que chegam ao TST são de empresas e por causas que não justificam, por seu valor inferior a R\$ 20.000,00, postergar o pagamento do devido ao trabalhador.

Todos saem ganhando com a implementação da transcendência e a irrecorribilidade dos despachos em AIRR que não a reconheça, inclusive os ministros do TST, que, tendo menos recursos internos para julgar, poderão se debruçar com mais tempo e cabeça nos processos realmente relevantes, pacificando com maior rapidez a jurisprudência trabalhista.

7 – A desnecessidade e inviabilidade de uniformização interna dos critérios de transcendência

O Regimento Interno do Tribunal Superior do Trabalho, editado em 2017, ao dispor sobre a transcendência, limitou-se a transcrever a lei, acrescentando apenas que só será aplicada aos recursos interpostos contra acórdãos publicados após a entrada em vigor da Lei nº 13.467/2017 e que o critério deve ser examinado de ofício, independentemente de sua articulação ou demonstração pelo recorrente (RITST, arts. 246 e 247). Ao final, dispôs que “O Tribunal Superior do Trabalho organizará banco de dados em que constarão os temas a respeito dos quais houver sido reconhecida a transcendência” (RITST, art. 249).

Ou seja, o banco de dados constitui a fonte de referência para se verificar em que casos os ministros do TST estão reconhecendo a transcendência em qualquer um de seus critérios, orientando a própria Corte, advogados e demais operadores do direito.

Pretender uma uniformização interna da transcendência, a par de não condizer nem com a literalidade, nem com o espírito da lei, seria, além de impossível, contraproducente, fazendo o órgão uniformizador por excelência da jurisprudência do TST e de toda a Justiça do Trabalho, que é a SBDI-1, e que já se vê a braços com a tarefa de uniformizar a interpretação do Direito do Trabalho, gastando seu precioso tempo a tentar parametrizar e objetivar, em

caráter impositivo, às Turmas e ministros, critério que, por natureza, tem seu componente ínsito de discricionariedade e subjetividade.

Veja-se, por exemplo, o tempo que a SBDI-1 do TST gastava com a discussão quanto à contrariedade a súmulas parametrizadoras do recurso de revista, até concluir que essa não é sua missão, pois o resultado prático era apenas determinar o retorno dos autos à Turma, para rejuízo do recurso, sem que se fixasse nenhuma tese jurídica pela SBDI-1 nesse mister. Nesse sentido, temos precedente nosso assim ementado:

“AGRAVO REGIMENTAL EM EMBARGOS EM EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECURSO DE REVISTA. EQUIPARAÇÃO SALARIAL. PLANO DE CARGOS E SALÁRIOS. AUSÊNCIA DE ALTERNÂNCIA DOS CRITÉRIOS DE MERECIMENTO E ANTI-GUIDADE. EMBARGOS AMPARADOS EM CONTRARIEDADE À SÚMULA Nº 126 DO TST. VERBETE BALIZADOR DE PRESUPOSTO DE ADMISSIBILIDADE DO RECURSO DE REVISTA. DESCABIMENTO À LUZ DAS LEIS NS. 11.496/07, 13.015/2014 E 13.467/2017. NÃO CONHECIMENTO. 1. A evolução legislativa da última década (Leis ns. 11.496/07, 13.015/2014 e 13.467/2017) venceu superlativamente a missão existencial do Tribunal Superior do Trabalho, centrada na uniformização da jurisprudência trabalhista pátria, depurando-a daquilo que compete aos Tribunais Regionais do Trabalho, de fazer justiça nos casos concretos. Ou seja, passa o TST a julgar temas e não casos. 2. Nesse sentido, não mais se compadece com a função uniformizadora exercida pela SBDI-1 o controle de legalidade das decisões das Turmas do TST, realizado indevidamente após a edição da Lei nº 11.496/07, pela via indireta da admissão de embargos à SBDI-1 com base em contrariedade a súmulas balizadoras dos pressupostos de admissibilidade do recurso de revista, cujo desfecho não é fixar tese jurídica, mas determinar o rejuízo do recurso pela Turma. 3. É mister focar a SBDI-1 em sua missão existencial e fechar a via transversal do controle de legalidade das decisões turmárias, assumindo toda a radicalidade das inovações legislativas mencionadas, sob pena de que o desejo de fazer justiça a granel e corrigir eventuais erros de julgamento, tarefa que tem consumido tempo e energias da Subseção, comprometa a celeridade de todo o sistema, ao arripio da garantia constitucional à duração razoável do processo (CF, art. 5º, LXXVIII). 4. Não é demais recordar que eventuais erros de julgamento ocorrem nos TRTs, no exame de fatos e provas. No entanto, nem por isso eles poderão ser corrigidos pelo TST, uma vez que, em se tratando de instância extraordinária de

DOCTRINA

uniformização da jurisprudência em torno da interpretação da legislação federal trabalhista, não lhe compete dirimir questões de fatos e provas (Súmula nº 126 do TST). 5. Por tais razões, é de se descartar, de plano, a pretensão ao conhecimento dos embargos à SBDI-1 do TST, por contrariedade às Súmulas ns. 126, 296, 297 e 422 do TST, em face de sua má aplicação pela Turma do TST, a menos que esteja em discussão a interpretação da própria súmula quanto ao seu exato conteúdo, exceção à regra que não deixará o Direito Processual Sumulado à margem do controle exegético da SBDI-1 ou do Pleno do TST. 6. Não bastasse tanto, o agravo não trouxe nenhum argumento capaz de infirmar a conclusão a que se chegou no despacho hostilizado, que assentou não ter sido atritada a Súmula nº 126 do TST, dado que a Turma se ateu ao quadro fático retratado pelo TRT para aplicar o direito à espécie. Agravo regimental desprovido.” (TST-Ag-E-ED-RR-678-09.2013.5.09.0026, Rel. Min. Ives Gandra, SBDI-1, unânime, DEJT 18.05.2018)

O mesmo se passa com o critério de transcendência, ao qual tal jurisprudência deve ser aplicada por se tratar de pressuposto de admissibilidade do recurso, não de seu mérito. Se a jurisprudência da SBDI-1 do TST tem sido refratária, até o momento, a parametrizar o valor do dano moral, pelas dificuldades práticas que isso implica, seria surpreendente pretender fazê-lo quanto aos parâmetros ainda mais abertos da transcendência, limitando-os ou ampliando-os em face daqueles adotados pelos relatores e Turmas do Tribunal, à luz do comando legal.

Para que o TST possa cumprir integral, adequada e celeremente sua missão de uniformização da jurisprudência trabalhista pátria, não há como assumir igualmente, por sua Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, o controle da seleção dos recursos transcendentais, buscando objetivar ainda mais o que a lei já objetivou. A vida é riquíssima em hipóteses que refogem aos moldes puramente legais e cabe a cada ministro selecionar os casos efetivamente relevantes que justificam um 3º julgamento.

O fato de não ser possível ou conveniente, a bem do sistema, pretender uniformizar mediante embargos à SDI-1 os critérios de transcendência, não é, absolutamente, abdicar da missão uniformizadora do TST e dessa Subseção. Trata-se apenas de concentrar seus esforços naquilo que realmente lhe compete, que é a fixação de teses jurídicas em torno do Direito e do Processo do Trabalho.

Como diz o ditado popular, “quem muito abarca, pouco aperta”: quanto mais os órgãos jurisdicionais, e seus integrantes, quiserem assumir atribuições e controles que a lei não lhes impõe, com menor rapidez e qualidade poderão dar

conta da missão, acumulando assim estoques inadmissíveis de processos e deixando por anos a fio milhares de jurisdicionados como reféns do Judiciário.

8 – Conclusão

Muito ainda há que se aprender em relação ao instituto da transcendência, extraído dele todas as potencialidades em termos de agilização, racionalização e aperfeiçoamento da prestação jurisdicional.

Mas seus frutos já se têm visto, especialmente em benefício da classe trabalhadora, uma vez que, sendo a maior parte dos recursos que chegam ao TST veiculados pelo setor patronal e em causas de pequeno valor da condenação, o reconhecimento da intranscendência do recurso faz com que a denegação de seguimento do apelo permita a imediata baixa dos autos à origem, poupando anos de espera ao trabalhador demandante.

Por outro lado, a rápida pacificação da jurisprudência por parte do Tribunal, em face do menor volume de recursos que chegam à SDI-1, dada a irrecorribilidade das decisões que não reconhecem a transcendência, permitem uma sinalização segura e célere do que é, ou não, devido ao trabalhador, passando a ser pago espontaneamente pelas empresas, independentemente de processos judiciais.

De qualquer forma, o fato é que o critério de transcendência do recurso de revista só prestará esse inestimável serviço se não vier a ser desvirtuado na sua aplicação, colocando-se o vinho novo em odres velhos.

A mudança de mentalidade do julgador e de sua assessoria, em relação à nova sistemática, diz respeito à passagem do sistema artesanal de confecção de decisões em que se procura dizer ao recorrente se tem, ou não, razão, analisando violações e confrontando divergências, para o sistema de produção em massa, pois é em massa que chegam os processos ao TST exigindo resposta rápida, na qual se procurará apenas dizer ao recorrente, sucintamente, porque o seu recurso não será julgado, ou selecionando as causas transcendentais para uma análise mais aprofundada, para fixação ou manutenção de teses jurídicas na interpretação do Direito do Trabalho pátrio.

Ao ler os recentes e instigantes artigos que têm sido publicados na imprensa especializada sobre o novo instituto (v.g., Osmar Mendes Paixão Cortes, “Transcendência x repercussão geral”, *Revista LTr*, 81-09/1075-1080; Cláudio Gomes Carneiro, “A aplicação prática da transcendência no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho e a ofensa ao princípio da colegialidade”, *Revista LTr*, 82-04/415-421; Vantuil Abdala, “O pressuposto da transcendência [e algumas

DOCTRINA

preocupações]”, *Consultor Jurídico*, www.conjur.com.br, 7 de junho de 2018), a parábola evangélica parece se aplicar como luva, por analisarem instituto novo com olhar antigo.

Com efeito, a novidade do instituto é justamente ser diferente da repercussão geral e dos recursos repetitivos, prestando-se especificamente para filtrar os recursos de revista que serão examinados nas Turmas, com descarte sumário, mas fundamentado, dos intrascendentes. Depois, por meio dos embargos à SBDI-1 ou do incidente de recursos de revista repetitivos é que o TST pacificará a jurisprudência de toda a Justiça do Trabalho.

Daí a convivência – e não assimilação de um pelo outro – entre os institutos da transcendência e dos recursos repetitivos. Não fora assim e o legislador houvera simplesmente revogado os dispositivos concernentes à transcendência pela Lei nº 13.015/2014 ou os referentes ao IRR pela Lei nº 13.467/2017. A colegialidade obrigatória – e que tem o seu preço na demora na tramitação do processo – diz respeito ao IRR; a transcendência, como filtro seletor de maior radicalidade, foi concebido justamente com o intuito de dar ao relator maior poder de triagem ao que merece ser efetivamente apreciado numa 3ª Instância.

O espírito novo com que deve ser aplicado, como se pode ver, já vem trazendo seus frutos, e trará muitos mais, tornando o TST, efetivamente, um Tribunal Superior de uniformização de jurisprudência, e não apenas uma 3ª Instância ordinária de administração de justiça. Como a parábola do Evangelho, que saibamos acolher em odres novos esse novo vinho que promete simplificar e dar maior celeridade e qualidade à prestação jurisdicional na Suprema Corte Trabalhista brasileira.

Recebido em: 10/06/2018

Aprovado em: 14/06/2018

O PRESSUPOSTO DA TRANSCENDÊNCIA: ALGUMAS PREOCUPAÇÕES

THE ASSUMPTION OF TRANSCENDENCE: SOME CONCERNS

Vantuil Abdala*

RESUMO: Este artigo trata dos desdobramentos do pressuposto da transcendência, inserido no art. 896-A da CLT e regulamentado pela Lei nº 13.467/2017. Foram abordados de forma analítica cada um dos pressupostos da transcendência e feitas considerações e críticas sobre a letra da lei, além de indagações de como seria a aplicação da regra da transcendência, considerando a inclusão dos §§ 2º a 6º no art. 896-A. Ao final, concluiu-se que a utilidade maior do referido instituto seria a de que diante de uma questão transcendente e de uma decisão teratológica, se adote o menor rigor possível no conhecimento do recurso. Dessa maneira, a transcendência não será apenas mais um requisito formal para “matar processo” e, sim para homenagear a justiça.

PALAVRAS-CHAVE: Transcendência. Recurso de Revista. Tribunal Superior do Trabalho.

ABSTRACT: This article examines the unfolding of the premise of transcendence, inserted in art. 896-A of CLT and regulated by Law no. 13,467/2017. Each of the premises of transcendence were analyzed and, considerations and critiques about the letter of the law were made, as well as questions of how the rule of transcendence it would be applied considering the inclusion of paragraphs 2 to 6 in art. 896-A. In the end, it was concluded that the utility of this legal institute would be that in the face of a transcendent question and a “teratological” decision, the least possible rigor is adopted on the acceptance of the appeal. In this way, transcendence will be a way to honor the justice, rather than only one more formal requirement to “kill process”.

KEYWORDS: Transcendence. Appeal of Review. Brazilian Labor High Court.

1 – Recurso de Revista: formalidades

É de Veríssimo: “Sempre que você tiver dificuldade para começar uma crônica, comece por um provérbio chinês”.

Não é um provérbio chinês, mas é proverbial a dificuldade para se ter um Recurso de Revista conhecido no Tribunal Superior do Trabalho – TST.

Faz-se pouco para que sejam diminuídos os conflitos do trabalho, mas faz-se muito para dificultar a possibilidade de recurso.

* *Ministro aposentado do Tribunal Superior do Trabalho e seu ex-presidente.*

DOCTRINA

A toda hora há uma novidade no Tribunal para restringir ainda mais o exame da matéria de fundo, o direito material, que é, afinal de conta, o que interessa. Ou seja, a própria razão de ser do TST.

Veja-se que, ultimamente, passou-se a exigir que se faça no recurso o cotejo entre o trecho do acórdão recorrido e a violação alegada ou a divergência suscitada, sob pena de não ser conhecido o recurso.

Aí o recurso passou a ser parecido com uma planilha de contabilidade.

Fosse apenas para se demonstrar a divergência jurisprudencial, ainda vá lá.

Mas para que se possa examinar violação legal, é um despropósito essa exigência. Mesmo porque há certos acórdãos de Regional em que tanto se alonga ou se tergiversa na fundamentação que não se consegue extrair deles um trecho específico para o cotejo da violação.

E o pior é que, se se transcreve o inteiro teor do tema da decisão recorrida, há decisões do TST que não conhecem do recurso sob o fundamento de que não se fez a demonstração analítica da violação.

E agora vem ainda mais uma, sobre a qual, de logo, se nos apresentam algumas preocupações.

2 – O pressuposto da transcendência

Já havia a previsão desse pressuposto desde que foi inserido o art. 896-A na CLT, *verbis*:

“Art. 896-A. O Tribunal Superior do Trabalho, no recurso de revista, examinará previamente se a causa oferece transcendência com relação aos reflexos gerais de natureza econômica, política, social ou jurídica.”

Mas a disposição nunca foi aplicada porque havia uma forte resistência no seio da Corte, principalmente em virtude da indefinição quanto ao sentido exato do que seria a transcendência e ao modo de sua aplicação.

A Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017, inseriu 6 (seis) parágrafos ao art. 896-A da CLT, objetivando afastar essa indefinição e regulamentar sua aplicação.

Do § 1º consta:

“§ 1º São indicadores de transcendência, entre outros:

I – econômica, o elevado valor da causa;

DOCTRINA

II – política, o desrespeito da instância recorrida à jurisprudência sumulada do Tribunal Superior do Trabalho ou do Supremo Tribunal Federal;

III – social, a postulação, por reclamante-recorrente, de direito social constitucionalmente assegurado;

IV – jurídica, a existência de questão nova em torno da interpretação da legislação trabalhista.”

Sobre esse § 1º algumas considerações se arriscam.

A primeira delas é que, como se viu, embora estabeleça os “indicadores da transcendência”, acaba por acrescentar que são “entre outros”.

Subsiste, pois, a crítica que sempre se fez à efetiva aplicação do pressuposto da transcendência para o cabimento do Recurso de Revista, qual seja, a indeterminação e a generalidade.

Para reduzir esses inconvenientes, mais apropriado talvez fosse o acréscimo da expressão “que ultrapassem os interesses subjetivos do processo” após o “entre outros”, tal como adotada no § 1º do art. 1.035 do CPC/2015, para a Repercussão Geral do Recurso Extraordinário.

O acréscimo se justificaria por estabelecer um princípio básico para o reconhecimento da transcendência.

De outra parte, se o “entre outros” for objeto de regulamentação interna, seria bom que se considerasse entre os indicadores de transcendência o aspecto moral, a exemplo do que continha o § 1º do art. 327 do Regimento Interno do STF, à época em que havia a Relevância, como pressuposto do Recurso Extraordinário, *verbis*:

“entende-se relevante a questão federal que, pelos reflexos de ordem jurídica, considerados os aspectos *morais*, econômicos, políticos, ou sociais da causa, exigir a apreciação do Recurso Extraordinário pelo Tribunal.” (destacamos)

Não é preciso acentuar que em muitas ações o princípio da boa-fé passa longe do direito pleiteado ou do resistido

Sob outro ângulo, fiquei a me indagar ainda quanto à indispensabilidade de o recorrente alegar e demonstrar a existência de transcendência. É verdade que cabe mesmo ao recorrente fazer essa demonstração. Mas e se não o fizer e a questão, no entanto, for de transcendência *ictu oculi*?

É cabível a dúvida, porquanto o art. 896 diz apenas que o TST examinará primeiramente se a causa oferece transcendência, mas não diz expressamente que cabe ao recorrente alegá-la e demonstrá-la.

E quanto ao Recurso de Revista Adesivo? Penso que não há dúvida de que para ele também se aplica a regra da transcendência.

Se para o Recurso de Revista a transcendência é pressuposto de admissibilidade, também deve sê-lo para o Adesivo, por uma decorrência lógica.

Por último, aqui, ao contrário do que propugnam alguns, a transcendência, penso, deve ser avaliada antes do exame dos outros pressupostos.

Aliás, assim se fazendo, estar-se-á dando exato cumprimento à lei, eis que o referido § 1º determina o exame prévio da transcendência.

3 – Os indicadores da transcendência

Transcendência econômica

Do item 1, consta como indicador da transcendência econômica o elevado valor da causa.

Não nos parece razoável a definição da transcendência econômica com base no critério do “elevado valor da causa”, pelo seu subjetivismo e pela sua irrelevância quanto à configuração da transcendência.

Mesmo porque se atribui um valor à causa apenas em cumprimento a uma obrigação legal (CPC, art. 291). Outras tantas vezes não tem ela um valor monetário, a exemplo das ações declaratórias, ainda que suas consequências econômicas possam ser graves.

E ainda porque, em algumas ações, embora o valor monetário da causa seja pequeno, a repercussão econômica é grande, como nas obrigações de fazer ou não fazer.

Por outro lado, quando a ação tem vários pedidos, o valor da causa reflete a somatória de todos eles.

Agora, se o recurso versa apenas sobre parte destes pedidos, há de se levar em conta, para efeito da transcendência, não o valor da causa, mas sim o da soma do que se pleiteia no apelo.

A propósito, se o recurso tiver vários temas independentes um do outro, o recorrente deverá fundamentar a transcendência de cada um deles.

DOCTRINA

Como parece óbvio, pode o julgador considerar transcendente um tema e outro não, e assim, admitir o recurso apenas quanto àquele.

Agora, sempre deverá ser fundamentada a decisão, seja admitindo, seja negando a existência da transcendência (CR, art. 93, IX).

Por último, aqui, não é demais lembrar que valor transcendente para o trabalhador não é igual ao de uma empresa.

Transcendência política

O indicativo do item 2 (desrespeito à Súmula do TST ou do STF), já era pressuposto de conhecimento do recurso de revista (CLT, art. 896, letra *a*) e agora basta sua verificação para preencher o requisito.

Apenas fica a indagação: A contrariedade à Orientação Jurisprudencial não vai ser considerada transcendente?

Transcendência social

Com relação à transcendência sob o aspecto “social”, previsto no item 3, não nos parece estar abrangida a hipótese de recurso interposto pelo reclamado. É que nele se refere à postulação apenas por parte do reclamante.

Melhor se entendesse, em observância ao princípio isonômico no tratamento das partes, que a postulação ali contida fosse pertinente a autor ou réu (CPC, art. 7º). Isto porque decisão contrária ao empregador pode também, eventualmente, desrespeitar direito social constitucionalmente assegurado.

Diga-se mais, aqui, que a transcendência não decorre simplesmente do pedido, mas sim da existência de fundamentação no sentido de que um direito assegurado na Constituição não foi respeitado.

Transcendência jurídica

Quanto ao aspecto “jurídico” da transcendência, parece-nos que deveria abranger toda a “legislação aplicável à ação trabalhista”, não se limitando à “legislação trabalhista”.

De há muito a Justiça do Trabalho, em seus julgados, decide também com base em normas de outros ramos do direito, mormente do direito civil. Outro tanto se diga quanto aos princípios constitucionais.

4 – O procedimento para aplicação da transcendência

Os §§ 2º ao 6º do art. 896-A pretendem regular a aplicação da regra da transcendência. *Verbis*:

“§ 2º Poderá o relator, monocraticamente, denegar seguimento ao recurso de revista que não demonstrar transcendência, cabendo agravo desta decisão para o colegiado.

§ 3º Em relação ao recurso que o relator considerou não ter transcendência, o recorrente poderá realizar sustentação oral sobre a questão da transcendência, durante cinco minutos em sessão.

§ 4º Mantido o voto do relator quanto à não transcendência do recurso, será lavrado acórdão com fundamentação sucinta, que constituirá decisão irrecurável no âmbito do tribunal.

§ 5º É irrecurável a decisão monocrática do relator que, em agravo de instrumento em recurso de revista, considerar ausente a transcendência da matéria.

§ 6º O juízo de admissibilidade do recurso de revista exercido pela Presidência dos Tribunais Regionais do Trabalho limita-se à análise dos pressupostos intrínsecos e extrínsecos do apelo, não abrangendo o critério da transcendência das questões nele veiculadas.”

Se bem se entende, será designada uma sessão especial para julgar o Agravo previsto no § 2º, somente para a questão da transcendência.

Se não for mantida a decisão monocrática do relator, objeto do Agravo, o que acontece?

Marca-se outra data para o julgamento da Revista.

É o jeito, parece.

Tudo novamente, só que com 10 minutos para a sustentação oral.

O § 4º estabelece a irrecurribilidade da decisão de Turma que mantém o voto do relator quanto à não transcendência.

Mas suponha-se que outra Turma, em questão jurídica absolutamente idêntica, sob todos os aspectos, decida de modo contrário, quanto à transcendência.

Não é transcendente duas ou mais Turmas ficarem decidindo a mesma coisa de maneira diversa?

DOCTRINA

O § 5º trata da decisão monocrática do relator em Agravo de Instrumento estabelecendo ser irrecorrível a decisão que considerar ausente a transcendência da matéria.

Em primeiro lugar, aqui, se observa que, naturalmente, a transcendência da matéria é verificada em relação ao Recurso de Revista, e não em relação ao Agravo. Por mais essa razão, pois, se deve agora reiterar no Agravo de Instrumento as razões da Revista, inclusive no que concerne ao aspecto transcendência.

Em segundo lugar, parece-nos que, mesmo nessa hipótese do § 5º, seria de se admitir Agravo da decisão para o colegiado, tal como previsto no § 2º.

É que, tal como se vê do § 6º, no juízo de admissibilidade do Recurso de Revista na instância de origem, não se examina o critério da transcendência das questões nele veiculadas.

Se, pois, é originária a decisão monocrática do relator, em Agravo de Instrumento, sobre a transcendência, razoável seria também que fosse cabível contra ela o Agravo.

Convém recordar que no STF a decisão quanto ao pressuposto da repercussão geral é decidida por no mínimo 4 ministros (art. 543-A, § 4º, da Lei nº 11.418/06).

Sob outro aspecto, estabelecendo-se que são irrecorríveis as decisões referidas nos §§ 4º e 5º, contra ela não caberiam nem Embargos Declaratórios?

Suponha-se, por exemplo, que em um Agravo de Instrumento haja temas diversos, independentes, e o despacho monocrático só examina um deles. Não seria melhor haver a oportunidade de se corrigir a falha por meio dos Declaratórios? Penso que a melhor solução seria, mesmo que fossem admitidos os Declaratórios para a hipótese.

Há, ainda, uma dúvida quanto a se admitir ou não a possibilidade de Recurso Extraordinário contra a decisão que não admite o Recurso de Revista por entender que a causa não oferece transcendência.

Como é sabido, cabe Recurso Extraordinário das decisões de única ou última instância que contrariarem a Constituição (CF/88, art. 102, III).

E a decisão do TST que não admite o Recurso de Revista ou o Agravo de Instrumento é uma decisão de última instância.

DOUTRINA

Se, por acaso, houver na decisão do regional violação à Constituição da República, não vejo como se desconsiderar a possibilidade de Recurso Extraordinário para a Corte Suprema.

5 – A utilidade maior do instituto

Há de se tirar sempre de uma norma o que ela pode ter de mais útil.

Parece-nos que a utilidade maior que se poderia atribuir ao instituto é a consideração de que, verificada a transcendência, se amainasse todo o rigor na observância de outras regras de conhecimento do Recurso de Revista. Seja isto para oportunizar o suprimento de falha (exceto tempestividade) seja para mitigar o formalismo.

Quantas vezes se esteve diante de uma decisão teratológica, de suma gravidade e repercussão, mas não se pôde corrigi-la por uma mera formalidade.

Tomara que o Tribunal se impregne desse juízo: se a questão for transcendente e a decisão teratológica, adota-se o menor rigorismo possível no conhecimento do recurso.

Enfim, que não se use o instituto simplesmente para “matar processo”, mas primordialmente para homenagear a justiça.

Por último, embora se quisesse, sem “juridiquês”, informalmente, apenas expor algumas ideias, faz-se uma concessão para Pontes de Miranda¹: “Para se assegurar a exata realização do direito objetivo, não basta um conjunto de boas regras de direito processual; é de mister a criação de certas vias de recurso, que permitam a apreciação da aplicação da lei pelos Tribunais”.

Recebido em: 10/06/2018

Aprovado em: 14/06/2018

1 MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1946*. Rio de Janeiro: Henrique Cahen, 1947. p. 226.

MODERNAS REFORMAS LABORAIS. REDUÇÃO DO INTERVENCIONISMO ESTATAL. AUMENTO DO PODER DE GESTÃO DO EMPREGADOR

MODERN LABOR REFORMS. REDUCTION OF GOVERNMENTAL INTERVENTIONISM. EMPLOYER MANAGEMENT EMPOWERMENT

Luiz Carlos Amorim Robortella*

RESUMO: As mais recentes reformas laborais estão promovendo verdadeira revisão de princípios e valores do direito do trabalho. Instituem menor protecionismo individual para estimular o diálogo social e reduzem a intervenção do Estado com o objetivo de gerar mais investimento e mais emprego. Os atuais reformadores partem da premissa de que a proteção trabalhista não pode se basear apenas na *hard law*, sendo necessário admitir formas de *soft law*. Esse novo paradigma concede à legislação do trabalho o papel de efetivo instrumento de política social e econômica. Emerge uma nova governança do mercado de trabalho. Pretende-se *redistribuir a proteção*, de modo a alcançar os que têm e os que não têm emprego.

PALAVRAS-CHAVE: Desemprego. Novas Tecnologias. Flexigurança. Diálogo Social. Nova Governança. Política Social. Flexibilização. Negociação Coletiva. Gestão da Empresa. Reforma Trabalhista.

ABSTRACT: The most recent reforms of the labor legislation are promoting a true revision of labor law's values and principles. They are establishing less individual protection in order to foster social dialogue and reduce state intervention aiming at generating more investment and higher rates of employment. The current reformers depart from the premise that labor protection cannot be based only on hard law, being necessary to admit soft law forms. This new paradigm gives to labor legislation the role of an effective instrument of social and economic policy. Thus, a new labor market governance is emerging. The intention is to redistribute this protection, in order to reach those who have a job and also those who don't.

KEYWORDS: Unemployment. New Technologies. Flexicurity. Social Dialogue. Social Politics. New Governance. Soft Law. Collective Bargaining. Company Management. Labor Reforms.

1 – Tendências internacionais

No sul da Europa, assim como na América do Sul, as mudanças na legislação trabalhista, discutidas há mais de 40 anos, sempre enfrentaram enorme oposição, sendo, por isto mesmo, tradicionalmente graduais

* *Doutor em Direito do Trabalho pela Universidade de São Paulo; professor titular da Faculdade de Direito da Fundação Armando Álvares Penteado (2000-2008); professor da Faculdade de Direito da Universidade Mackenzie (1974-1995); Cadeira n° 91 e Diretor de Relações Internacionais da Academia Brasileira de Direito do Trabalho; Cadeira n° 27 da Academia Iberoamericana de Direito do Trabalho e Seguridade Social.*

DOCTRINA

e pontuais, com a possível exceção da Itália. Os legisladores raramente tocam na estrutura do modelo protecionista.

Entretanto, diante dos crescentes impactos da globalização, da elevada competição econômica, do inexorável avanço tecnológico e dos altos índices de desemprego, as mais recentes leis estão promovendo verdadeira revisão de princípios e valores do direito do trabalho.

Instituem menor protecionismo individual para estimular o diálogo social e reduzem a intervenção do Estado com o objetivo de gerar mais investimento e mais emprego.

As recentes reformas europeias tentam dar mais funcionalidade às leis de proteção, maior racionalidade e eficiência na gestão empresarial, objetivando maiores ganhos para a empresa, o trabalhador e a sociedade.

Substituem o protecionismo estático da lei pelo protecionismo dinâmico, com largo espaço para a negociação coletiva.

Enfim, um modelo diferente de organização social, que reconhece o papel central do mercado – goste-se ou não – e imprime racionalidade econômica à globalização.

A realidade atual é complexa: o investidor quer maior lucro, o consumidor menor preço, o trabalhador maior salário.

Nas relações de produção, como lembrou Jesús Cruz Villalón no Congresso de Praga de 2017, houve enormes transformações nas últimas décadas: autônomos economicamente dependentes, comércio eletrônico, plataformas digitais, a figura do trabalhador-consumidor, empresa líquida etc.

Os atuais reformadores partem da premissa de que a proteção trabalhista não pode se basear apenas na *hard law*, sendo necessário admitir formas de *soft law*.

Esse novo paradigma concede à legislação do trabalho o papel de efetivo instrumento de política social e econômica.

A proteção vai em direção ao mercado, podendo-se até vislumbrar o nascimento do que se poderia denominar um “direito do mercado de trabalho”.

Emerge, a rigor, uma nova governança do mercado de trabalho. Pretende-se *redistribuir a proteção*, de modo a alcançar os que têm e os que não têm emprego.

Atinge-se com isso a essência do modelo tradicional, acusado de proteger demais os que têm o emprego clássico e, por outro lado, desproteger ou mesmo excluir os demais, que ficam na periferia e, ao cabo, pagam a conta da proteção excessiva.

As novas leis ampliam os poderes de gestão da empresa. Ampliam o espaço para a negociação coletiva por empresa, nacional e transnacional. Flexibilizam alterações do contrato individual, com ou sem negociação coletiva. Facilitam a contratação por tempo determinado. Facilitam, diminuem o custo e a burocracia na dispensa individual e coletiva.

Em troca, prometem maior quantidade e qualidade de inserção no mercado de trabalho mediante políticas ativas de mão de obra que favorecem a empregabilidade do trabalhador.

Esse modelo, sob alguns aspectos, pode ser identificado com as técnicas de *flexicurity* que, na prática, se resumiam aos países nórdicos, com maior ênfase na Dinamarca.

Essas mudanças no sul da Europa influenciaram a profunda reforma trabalhista realizada no Brasil em 2017.

2 – A reforma francesa

A reforma laboral empreendida pelo governo Macron em 2017 é profunda. Cinco ordenanças publicadas em setembro de 2017 causaram protestos de pequena repercussão e trazem as seguintes linhas mestras:

2.1 – Prevalência em certas matérias dos acordos coletivos de empresa sobre os acordos de ramo.

2.2 – Exclusão ou adaptação da aplicação de acordos de ramo de atividade nas pequenas empresas.

2.3 – Maior flexibilidade para a dispensa por falta de adaptação às funções.

2.4 – Contrato por tempo determinado ou por projeto mediante negociação coletiva.

2.5 – Novo diálogo social com a fusão de vários órgãos de representação interna.

2.6 – Emprego para jovens e deficientes físicos.

2.7 – Novos pisos e tetos para indenização por dispensa abusiva.

DOCTRINA

2.8 – Limites aos juízes na avaliação de causas de dispensa e fixação de indenizações.

2.9 – Planos de dispensa voluntária (*départs volontaires*).

2.10 – Dispensa econômica avaliada apenas na unidade afetada, não se estendendo a outras empresas do grupo internacional.

2.11 – Regras distintas para pequenas empresas.

2.12 – Estímulo à conciliação perante os Conseils de Prud'hommes.

Pretende a reforma propiciar maior diálogo social, embora sem a presença necessária do sindicato nas micro e pequenas empresas, até porque estas normalmente têm baixo nível de sindicalização e de representação dos empregados, sujeitando-se principalmente à lei ou aos acordos de setor.

Em outras palavras, abre-se espaço maior para o diálogo intraempresarial.

Por outro lado, acordos de setor podem tratar da jornada de trabalho e da renovação de contratos por tempo determinado, matérias que anteriormente dependiam da lei.

As empresas com menos de 50 empregados podem negociar com representantes matérias como gratificações e indenizações, assim como cláusulas menos favoráveis que as dos acordos de setor.

Quando há menos de 20 empregados, a negociação será direta, mediante referendo com maioria de 2/3, podendo envolver jornada, gratificações, participação nos lucros, organização do trabalho, etc. Espera-se que essas pequenas empresas alcancem capacidade de criação e adaptação comparável à das grandes.

Nas empresas com mais de 10 empregados, os três órgãos de representação (comitê de empresa, comitês de saúde e segurança e delegados de pessoal) foram substituídos por um Comitê Social e Econômico, levando os sindicatos a temer certa perda de influência no interior das empresas.

O prazo de prescrição de ação para anular cláusula de acordo coletivo está reduzido para 2 meses.

Foi tarifada a indenização por dispensa sem motivo real e sério, com ligeiro aumento da indenização por razões econômicas ou financeiras.

A prescrição de ação no Conseil des Prud'hommes cai de 24 para 12 meses.

É admitida a ruptura convencional coletiva (mais de 10 empregados), com negociação coletiva e validação pela Administração Pública.

DOCTRINA

Os despedidos recebem seguro desemprego e 100 horas de programas de reciclagem e formação profissional.

Os termos da carta de dispensa não mais delimitam a eventual discussão judicial.

3 – A reforma italiana

O Professor Adalberto Perulli apresentou magnífico trabalho sobre a reforma trabalhista italiana no Congresso Europeu de setembro de 2017, realizado em Praga.

O objetivo é dar maior competitividade às empresas, ao mesmo tempo gerando mais empregos, mediante um processo de descentralização e menor protagonismo dos sindicatos.

A lei de 2011 permite derrogar o contrato nacional de setor e a própria lei mediante negociação coletiva, o que significa mudar o sistema de fontes. Aumentou a importância e abrangência da negociação coletiva em inúmeras matérias, nos limites constitucionais e dos tratados.

Segundo o professor Perulli, as novas leis fragmentam e expandem o conteúdo da negociação coletiva para oferecer maior liberdade de gestão às empresas.

Foram criados limites aos juízes, que não podem apreciar o mérito de atos decorrentes do poder de gestão do empregador.

Houve redução drástica da reintegração no emprego, que foi substituída pela indenização, com regras estritas quanto ao valor. A reintegração se resume a casos muito graves.

É admitida grande variedade de formas contratuais, inclusive por prazo determinado de três anos, mesmo sem causa objetiva.

A reforma põe o trabalhador em face do mercado e não do seu empregador. Assegura renda no desemprego, ao lado de políticas ativas de mão de obra. O empregado deve frequentar cursos e aceitar empregos que ofereçam determinadas condições mínimas de remuneração.

Foi criada a Agência Nacional para Política Ativa de Trabalho.

4 – A reforma espanhola

No Congresso de Praga de 2017, a professora Mariângela Nogueira Gustavino ofereceu um panorama das reformas laborais na Espanha que, diante do alto índice de desemprego, produziram grande flexibilidade.

A Lei nº 35/2010 promoveu a flexibilidade interna (condições de trabalho, jornada) e externa (contratação e dispensa).

A flexibilidade interna passou a constituir direito individual do empresário. Há mais liberdade de gestão, inclusive de suspensão dos contratos, sem autorização administrativa.

Há claro aumento do poder de direção e organização das empresas.

Vários contratos flexíveis são admitidos, temporários ou com jornada parcial, com menores custos, como o de jornada intermitente.

O contrato de apoio a empresas com menos de 50 empregados, por tempo indeterminado e jornada completa, conta com subsídio estatal.

Há contratos como:

A – Primeiro emprego jovem.

B – Autônomo economicamente dependente (TRADE).

C – Contrato com redução do tempo de formação e aprendizagem no segundo e terceiro anos.

D – Trabalho temporário.

Pode ser determinada pelo empregador a distribuição irregular da jornada ao longo do ano (limite de 10%).

A alteração do contrato mediante acordo com os representantes dos empregados é possível quando há razões ligadas à competitividade, produtividade e organização.

A Lei nº 3/2012 eliminou a autorização administrativa para dispensa coletiva e diminuiu o valor da indenização por dispensa injusta.

Foi reduzido valor da indenização por dispensa econômica e há mais liberdade para a dispensa coletiva, cuja nulidade só pode ser declarada pelos tribunais quanto a aspectos formais (falta de diálogo e de apresentação de documentos).

Admite-se como causa econômica para a dispensa a diminuição de vendas ou de faturamento durante três trimestres consecutivos.

DOCTRINA

Há prevalência do acordo de empresa sobre os demais em matéria de condições de trabalho e salário.

A empresa, mediante razões objetivas, pode pedir exclusão do acordo setorial.

Não há ultratividade da norma coletiva, salvo se negociada pelas partes; no entanto, há quem afirme estar limitada a um ano, caso não haja novo instrumento coletivo (GONZÁLEZ ORTEGA, 2015).

O desemprego baixou de 26% em 2012 para 18,5% em 2017.

5 – A reforma brasileira

Foi aprovada em julho de 2017, por iniciativa do Governo Federal, a reforma da legislação trabalhista, com profundas e surpreendentes modificações no ordenamento jurídico.

Há forte resistência à sua aplicação nos sindicatos, no Poder Judiciário, no Ministério Público e mesmo nos órgãos do de fiscalização do governo federal.

São denunciadas ofensas à Constituição Federal, podendo-se prever grandes batalhas judiciais para definir a amplitude da lei. A matéria, por sua natureza, provavelmente só será resolvida após as decisões do Tribunal Superior do Trabalho e, em alguns casos, do Supremo Tribunal Federal.

Os principais objetivos da reforma podem ser resumidos em 10 tópicos.

- Segurança jurídica;
- Maior liberdade individual de contratação;
- Intervenção mínima na negociação coletiva;
- Redução da informalidade;
- Redução do custo do trabalho;
- Aumento do nível de emprego;
- Reconhecimento de formas atípicas de trabalho;
- Maior liberdade de gestão da empresa;
- Liberdade de terceirização;
- Redução do ativismo judicial e do poder dos juízes.

5.1 – Impactos no direito coletivo

- Extinção da contribuição sindical obrigatória, realmente intolerável porque no Brasil vigora o sistema do sindicato único para cada categoria profissional;
- Limites ao direito adquirido com o fim da ultratividade da norma coletiva;
- Prevalência sobre a lei da convenção coletiva;
- Prevalência do acordo coletivo sobre a convenção coletiva;
- Possibilidade de redução ou supressão de vantagens, sem contrapartida expressa;
- Intervenção mínima estatal na negociação coletiva;
- Representação interna dos empregados da empresa.

5.2 – Maior liberdade de negociação coletiva

Foi ampliada a possibilidade de flexibilização por negociação coletiva em várias matérias, desde que observados os limites constitucionais.

A flexibilização por acordo individual é admitida em se tratando de empregado com diploma universitário e salário mensal superior a aproximadamente 3300 dólares americanos.

Muitas matérias podem ser objeto de negociação coletiva ou individual, conforme o caso:

- Duração do trabalho, intervalos, férias e banco de horas;
- Remuneração;
- Redução salarial;
- Plano de carreira, cargos e salários;
- Bônus de produtividade coletiva ou individual;
- Prêmios de incentivo em bens ou serviços;
- Participação nos lucros e resultados;
- Regulamento de empresa;
- Complementação de aposentadoria;
- Critérios de dispensa individual ou coletiva.

5.3 – Ultratividade da norma coletiva

A jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, através da Súmula nº 277, incorpora ao contrato individual as normas coletivas. Desse modo, à falta de novo acordo coletivo, tornam-se definitivamente adquiridos os direitos individuais decorrentes.

A reforma de 2017 afastou essa incorporação, extinguindo a ultratividade que, ao sacralizar os direitos individuais, desestimulando novas concessões patronais, realmente constitui um retrocesso em face das tendências modernas.

Tal rigidez é incompatível com a natureza da norma coletiva. A negociação deve ter flexibilidade para modificar condições contratuais ou mesmo revogar cláusulas, como ocorre em vários sistemas jurídicos.

Os acordos coletivos não são eternos. Não há como garantir direitos individuais quando não mais correspondem à vontade do grupo. A norma deve ser expressão da autonomia coletiva.

O direito adquirido deriva exclusivamente do contrato individual, não se aplicando à vantagem resultante da negociação coletiva.

A incorporação, ademais, segmenta os trabalhadores, inviabilizando o planejamento empresarial. Desestimula concessões porque jamais podem ser suprimidas, mesmo diante de crises econômicas ou setoriais.

Cabe realçar que, no modelo legal brasileiro, nem mesmo a lei se incorpora ao contrato individual. As novas leis se aplicam imediatamente aos contratos em vigor, com raríssimas exceções.

Enfim, a reforma favorece os sindicatos profissionais autênticos e contribui para a extinção concreta da arbitragem dos conflitos coletivos pela Justiça do Trabalho.

6 – Conclusões

As reformas aqui estudadas exigem nova compreensão do papel do Estado, dos sindicatos e das empresas nas relações de trabalho do século XXI.

O crescimento do desemprego e do trabalho informal mostra que a realidade se revoltou contra a rigidez da legislação trabalhista tradicional.

O mercado informal cria a pior das flexibilidades. As leis só se preocupam com os empregados formais, esquecendo-se dos desempregados e dos informais.

DOUTRINA

A geração de empregos é um problema da empresa, dos sindicatos e da sociedade.

A prevalência da negociação coletiva sobre a lei, nos limites constitucionais, valoriza o sindicato e permite sua participação na gestão da empresa e do mercado de trabalho.

A tutela homogênea através da lei é incompatível com a heterogeneidade das relações de trabalho. As normas devem estar ajustadas à realidade de cada empresa e de cada setor.

A filosofia protecionista tem base no fordismo. É abstrata, genérica, autoritária e despreza a negociação coletiva.

Em países de vasta legislação, a consequência é visível: as empresas não cumprem, os sindicatos não negociam e o Estado não consegue impor a lei.

A norma produzida pelos interessados é mais respeitada e melhor entendida.

É importante a participação sindical nos mecanismos de regulação do mercado de trabalho. A negociação coletiva tem caráter estratégico, com avanços e recuos. É instrumento de gestão empresarial.

A empresa não deve ser um campo de batalha. O sindicato atua no conflito, mas também em parceria com o capital.

À empresa cabe favorecer o desenvolvimento, dar lucro aos seus acionistas, gerar qualidade de vida e renda para os trabalhadores.

Não há mais lugar para a utopia que marca a dogmática trabalhista. Além da proteção ao empregado, há outros valores como a sobrevivência da empresa, o desenvolvimento econômico e social.

O *welfare state* deve evoluir para um verdadeiro *workfare state*.

Referências bibliográficas

ALES, Edoardo. Transnational collective bargaining in Europe: the case for legislative action at EU level. *International Labor Review*, vol. 148, n. 1-2, p. 150-162, 2009.

CRUZ VILLALÓN, Jesús. Mercado de trabajo y reformas de la legislación laboral en España. In: RAMALHO, Maria do Rosário Palma; MOREIRA, Teresa Coelho (Coord.). *Crise económica: fim ou refundação do direito do trabalho*. Lisboa: AAFDL, 2016.

GIUBBONI, Stefano. *Diritto del lavoro europeo*. Milano: Wolters Kluwer Italia, 2017.

DOCTRINA

GONZÁLEZ ORTEGA, Santiago. Crisis Económica y negociación colectiva en España. RAMALHO, Maria do Rosário Palma; MOREIRA, Teresa Coelho (Coord.). *Crise económica: fim ou refundação do direito do trabalho*. Lisboa: AAFDL, 2016.

GRAGNOLI, Enrico. The Italian lawmaker in search for a contractual model mitigating the impact of the occupational crisis. RAMALHO, Maria do Rosário Palma; MOREIRA, Teresa Coelho (Coord.). *Crise económica: fim ou refundação do direito do trabalho*. Lisboa: AAFDL, 2016.

NOGUEIRA GUASTAVINO, Mariangela. *Anais do Congresso Europeu de Direito do Trabalho*, setembro de 2017, Praga.

PERULLI, Adalberto. *Anais do Congresso Europeu de Direito do Trabalho*, setembro de 2017, Praga.

TREU, Tiziano. Le relazioni industriali dopo la crisi?: Tendenze italiane ed Europee, *5th International Seminar on International and Comparative Labor Law*, “*The role of the state and industrial relations*”, Cà Foscari University of Venice, may 2018 (anais).

_____. The impact of change on labor unions and collective agreements, *5th International Seminar on International and Comparative Labor Law*, “*The role of the state and industrial relations*”, Cà Foscari University of Venice, may 2018 (anais).

Recebido em: 17/05/2018

Aprovado em: 14/06/2018

(?) NOVAS MODALIDADES DE CONTRATAÇÃO (?)

(?) *NEW MODALITIES OF HIRING* (?)

Thereza Christina Nahas*

RESUMO: As crises econômicas atingem as relações de trabalho, além de contribuir para a mudança nos modelos empresariais. A evolução das relações permitiu que modelos contratuais de trabalho que antes eram ignorados passassem a fazer parte da normatização de vários países, não só com o fim de regular as relações entre trabalhadores e empregadores, mas com fim de inseri-los no sistema legal. A OIT se encarrega de estruturar os vários tipos contratuais no mundo, visando ter uma visão geral do que se passa em cada local a fim de tentar uma harmonização entre as várias legislações internas, com o objetivo de compatibilizar as agendas locais com a global e, assim, permitir que a globalização seja mais equitativa e as relações jurídicas menos precárias.

PALAVRAS CHAVE: Crise Econômica e Financeira. Relações de Trabalho Típicas e Atípicas. Precarização e Vulnerabilidade da Mão de Obra. Posição do Estado Diante da Crise Global e Hiperglobalização.

ABSTRACT: Economic crises affects labor relations, besides contributing to the change in business models. The evolution of the relations has allowed some contractual models of work, previously ignored, to become part of the normalization of several countries, not only with the purpose of regulating relations between workers and employers, but with the purpose of inserting them into the legal system. The ILO is in charge of structuring the various contractual types in the world and giving an overview of what is happening in each place in order to try to harmonize the various internal legislations. In doing so, ILO aims to reconcile the local agendas with the global one and render globalization more equitable and legal relations less precarious.

KEYWORDS: Economic and Financial Crisis. Typical and Atypical Labor Relations. Precarization and Vulnerability of Labor. State's Position in the Face of Global Crisis and Hyperglobalization.

1 – Sistematização

Assiste-se em vários países ocidentais a implementação de reformas na legislação do trabalho, o que tem provocado críticas favoráveis e contrárias.

Sem adentrar no mérito do conteúdo das mudanças operadas na lei brasileira ou em outra em comparado, cumpre, num primeiro momento, algumas linhas para entender o que tem provocado tais reformas dentro do contexto político e econômico. Tal consideração faz-se importante para entender o

* Professora, doutora pela PUC-SP e pela Universidad Castilla la-Mancha, pesquisadora por esta última faculdade; juíza do trabalho, titular da 2ª Vara do Trabalho de Itapeverica da Serra (TRT/2).

nascimento das novas modalidades de relações de trabalho no contexto das mudanças nas estruturas empresariais, o que provocou, inclusive, a revisão, em 2003, da classificação Internacional da Situação no Emprego (CISE) de 1993, documento este que estabeleceu critérios para uma revisão mais profunda em razão das várias mudanças sociais e econômicas nas diversas regiões do mundo e das diferenças profundas existentes não só entre os países, mas, dentro deles, entre suas próprias regiões.

A questão que se pode plantear desde o início é se as reformas das respectivas legislações são responsáveis pelos novos modelos contratuais ou, se ao contrário, são os novos tipos contratuais que provocam a revisão da legislação. Seria oportuno e adequado falar em novos tipos contratuais?

2 – A crise

Nunca se ouviu tanto a palavra *crise* como se tem pronunciado atualmente. Este substantivo tem sido utilizado para justificar as várias mudanças que os países têm suportado no campo político, econômico e, principalmente, social e trabalhista. Desde a década de 1930 e da crise do petróleo nos anos 1970, em que os países foram surpreendidos com recessões cujos resultados desembocaram no Estado social e no liberalismo, respectivamente, pode-se afirmar que os mercados financeiros e a economia voltaram, em 2008, a conhecer a depressão profunda. Todavia, desta vez agravada pelo efeito dominó que atingiu vários países em locais distintos do mundo ao mesmo tempo com problemas semelhantes entre eles, quais sejam, a perda de milhões de empregos, falência de várias empresas e a consciência de que o Estado havia perdido as rédeas de sua administração e autoridade.

O Estado e o capital mostram-se insuficientes. Os Estados se endividaram e não tem capacidade ou instrumentos com vigor suficiente para investir, e as empresas não estão dispostas a investir em países que estejam em dificuldades ou que possam criar empecilhos aos seus objetivos. Pode-se afirmar que o denominador comum da crise se caracteriza pela desconfiança nas agências estatais que se propuseram a fiscalizar as metas liberais e a desconfiança popular nas virtudes democráticas.

Além disso, os Estados não estão preparados para lidar com o problema trazido pelo movimento transnacional imposto pela globalização, qual seja, de solucionar problemas locais que são causados por aqueles movimentos globais. Reitera-se a proposta de líderes como Ronald Reagan e Margaret Thatcher de que, diante do aumento da população a partir dos anos 1970, o Estado de

DOCTRINA

bem-estar social não teria condições de gerar riqueza suficiente para manter-se. Todavia, com a crise de 2008, acrescentou-se um ingrediente mais perverso: países com sociedades e economias sólidas e que haviam implementado vários programas sociais dentro do Estado de bem-estar social estão sendo obrigados a revê-los; foram atingidos pela ocorrência de desregulação e privatização, cuja força incrementou-se graças a velocidade incontrolável e a sagacidade da tecnologia, e estão sendo obrigados a reestudar as ações até então vigentes, pela incapacidade de suportar o custo das ações sociais.

O resultado da crise de 2008 foi, inegavelmente, o aumento da desigualdade social, queda no padrão de vida, desemprego e a falta de confiança no Estado, que teve expropriado parte de seu poder.

A manipulação de informações nos mercados financeiros, os negócios de altos riscos, a omissão dos governos, permitiram que as economias ruíssem e as pessoas perdessem tudo, ou grande parte, daquilo que haviam racionado. A crise de 2008, causada pela irresponsabilidade de governos e a movimentação do capital sem qualquer controle, fomentada pela globalização que permitiu o deslocamento de empresas e da atividade econômica sem limitações, tem incrementado a concorrência selvagem não só entre empresas, mas também entre trabalhadores: o número de postos de trabalho não cresce na mesma velocidade que cresce a população e as empresas buscam países em que os custos da mão de obra sejam menores e onde possam fazer fluir melhor suas atividades e objetivos, isto é, onde o descontrole permite a maior independência administrativa. Isso gera o rebaixamento de preços, direitos e taxas, principalmente em razão da concorrência interna criada entre os nacionais, desejosos dos fluxos de capital, e envolvidos nos movimentos de mercados.

O capitalismo resultante da revolução industrial era do tipo *produtivo*, isto é, aquele associado ao trabalho. Difere do capitalismo *financeiro*, que está vinculado ao sistema financeiro, capaz de provocar a chamada *bolha*, na medida em que cria um espectro que não se pode ver (ou conhecer) *as regras do jogo*; permite a especulação dos mercados em face da manipulação de dados e informações que são cruciais aos investimentos e ao funcionamento dos negócios, causando a falsidade de informações que atinge não somente os investidores, mas também o próprio Estado.

O capitalismo financeiro está absolutamente dissociado do trabalho, considera que o mercado é um fim em si mesmo e se basta a si próprio. Está ligado à história da evolução do próprio capitalismo e reflete a “forma de Estado, principalmente antes de las guerras mundiales, cuya administración estaba completamente centralizada y era regionalista. Toman el mercado como centro

de referencia y, pese al discurso social, pretenden que la economía y el flujo de capitales puedan actuar de forma aislada en él. Las propuestas liberales, como se ven claramente en el consenso de Washington, se apoyan en pactos económicos y en la desregulación del mercado. El modelo de la reforma liberal no deja espacio para los derechos sociales de los trabajadores y se separa de ellos. Sin embargo, tras la crisis de 2008, se asiste a una necesidad urgente de reflexionas sobre el neoliberalismo y las políticas de desregulación y demás medidas abogadas por las políticas neoliberales en los distintos Estados”¹.

O capitalismo financeiro não é uma construção da década de 2000, mas sim esta vinculada ao nascimento do neocapitalismo. O capitalismo produtivo, isto é, regulado e fundado na teoria de Keynes, foi superado pela escola de Chicago. O capitalismo tradicional estava associado ao trabalho produtivo, à regulação e intervenção do Estado nos negócios: era necessário que o Estado guardasse o controle. A partir das décadas de 1970/80 houve a absoluta desregulamentação dos mercados, isto é, o capitalismo até então produtivo, abre espaço para o capitalismo especulativo, desregulamentado.

A Grande Depressão de 1929 foi o símbolo do início da derrubada do capitalismo produtivo, ocorrida num período entre guerras em que, em razão da 1ª Guerra, vários países europeus menos afortunados sofreram fortes convulsões, enquanto Estados Unidos se via numa posição mais protegida, até que se registrou o golpe sofrido pelo capitalismo e que ninguém era capaz de prever como recuperar os resultados bons que haviam colhido até então.

Como registra Eric Hobsbawm, “desde la revolución industrial, la historia de la economía mundial se había caracterizado por un progreso técnico acelerado, por el crecimiento económico continuo, aunque desigual, y por una creciente ‘mundialización’ que suponía una división del trabajo, cada vez más compleja a escala planetaria, a escala planetaria y la creación de una red cada vez más densa de corrientes e intercambios que ligaban a cada una de las partes, de la economía mundial con el sistema global. El progreso técnico continuó e incluso se aceleró en la era de las catástrofes, transformando las guerras mundiales y reforzándose gracias a ellas. Aunque en las vidas de casi todos los hombres y mujeres predominaron las experiencias económicas de carácter cataclísmico, que culminaron en la Gran Depresión de 1929-1933, el crecimiento económico no se interrumpió durante esos decenios. Simplemente se desaceleró (...) Sin embargo, eso no era cierto en un aspecto: la mundialización de la economía

1 NAHAS, Thereza Christina. *Reflexiones sobre los efectos del capital globalizado en las relaciones de trabajo*. Especial referencia a la Unión Europea y al Mercosur. Albacete (Espanha): Bomarzo, 2016. p. 171.

parecia haberse interrumpido. Según todos los parámetros, la integración de la economía mundial se estancó o retrocedió”².

A Grande Recessão exigia uma atitude ativa do Estado para recuperação, momento no qual se adotou a teoria de Keynes para reimpulsionar a economia, até então fortemente alimentada pelos investimentos de capitais internacionais que circulavam por todo o mundo³. A crise do petróleo contribuiu de forma definitiva para a implantação da teoria liberal dos economistas da escola de Chicago, o modelo de absoluta desregulamentação e ausência de intervencionismo estatal nas relações econômicas e financeiras, cujo principal fundamento esta na doutrina de Milton Friedman. Os Estados deveriam preocupar-se em simplesmente criar agencias de controle sem, no entanto, intervir nos mercados, os quais devem ser livres para fazer o que o capital permita que devam ou possam fazer.

Como lembra Josep Fontana, “con la desregulación se desarrollo en la economía una oleada de especulación que dio lugar a todo tipo de escándalo y corruptelas como el de los ‘abonos basura’ (*junk-bonds*), que ofrecían altos rendimientos para negocios arriesgados, o las opas hostiles que permitían apoderarse de las empresas con recursos obtenidos a crédito (...) Los resultados a largo plazo de esta política fueron el aumento de la desigualdad en la sociedad norteamericana, el del déficit público sobre todo, el de la deuda, tanto pública como privada, estimulada esta última por las condiciones que permitía ofrecer la desregulación las familias dejaron de ahorrar y se endeudaron irresponsablemente. Fue precisamente la explosión de la deuda en los venticinco años siguientes lo que creó las condiciones que facilitaron la crisis iniciada en 2007”⁴.

O neoliberalismo foi responsável pelo rebaixamento das garantias sociais; a certeza do emprego foi substituída pelas ocupações temporárias e outros tipos contratuais não menos precários decorrentes da própria reestruturação empresarial. Foram realizados cortes em todos os setores, desde a educação e saúde até aqueles implementados dentro das empresas pela necessidade de se

2 HOBSBAWM, Eric. *História del silgo XX*. Barcelona: Critica, 2011. p. 94-95.

3 Hobsbawm indica algumas razões que considera para justificar a crise de 1929, entre elas: 1) Os EEUU, principal economia do mundo, careciam de matéria-prima; 2) não obstante governos e empresas vissem com receio o fortalecimento de trabalhadores e sindicatos, o que ocorreu foi efeito inverso: os preços e a prosperidade despencaram em 1920, afundando o poder da classe operária em razão do alto número de desemprego e enfraquecendo os sindicatos; 3) o sistema monetário despencou em razão das convulsões sociais, só se comparando ao que ocorreu no mundo pós-comunista em 1989. A moeda desvalorizou absurdamente, provocando a falta de poder circulante do capital empresarial (HOBSBAWM, Eric. *História del silgo XX...*, p. 95-97).

4 FONTANA, Josep. *Por el bien del Imperio: una historia del mundo desde 1945*. Barcelona: Pasado Presente, 2013. p. 618-619.

realocar funções e produções, pois na “lógica neoliberal, prevalece o princípio econômico segundo o qual toda ação, toda concessão, todo serviço deve produzir seu próprio lucro, cujo custo deve ser assumido por aqueles que o utilizam, e não distribuído por toda a comunidade, cuja única obrigação é contribuir coletivamente para manter o aparato de Estado”⁵.

O fundamento neoliberal é da produção pensada em termos individuais e da obtenção de resultados pelos investimentos realizados, o que vai contra as expectativas do estado social. É uma consequência natural da proposta deste sistema, que tem vantagens por uma parte, quando permite que haja um leque de eleição a favor do consumidor; por outra, cria desigualdade social em razão da concorrência desenfreada e inescrupulosa, além de não permitir o suporte adequado àqueles que são naturalmente excluídos pelas mais variadas razões, como os idosos, crianças, enfermos, entre outros.

Como já apontado pela OIT, a crise hodierna tem suas raízes muito antes do que os eventos que se passam no momento atual. No informe da OIT sobre *El Mundo del Trabajo en una Economía Integrada*⁶ (1995), se constatava que, em 1978, 1/3 da população mundial vivia em países cuja economia estava centralizada e, pelo menos o outro terço, em países que tinham escassa vinculação com o comércio internacional em razão das barreiras protecionistas de comércio e investimentos. Não se pode culpar, por si só, o aumento do comércio e os investimentos internacionais pela precarização do trabalho e aumento desenfreado da desigualdade social. Faltam políticas públicas, responsabilidade dos Estados e organismos de controles efetivos estabelecidos a favor das relações de trabalho e sociais; orientação e inclusão de trabalhadores nos mercados nacionais; e, principalmente, a adoção de modelos globais de proteção às relações de trabalho para que possam seguir parâmetros mais coerentes com a movimentação global do capital, reduzindo-se a concorrência desenfreada entre países e, dentro deles, entre seus próprios estados.

Os Estados e suas agências não acompanharam com a mesma velocidade e competência o desenvolvimento econômico e tecnológico. Quedaram-se acomodados na zona de conforto em que foram colocados nos movimentos iniciais e de desenvolvimento, até que fossem incomodados pelo ruído social e político causado pelas crises, ocasião na qual se deram conta do quanto haviam perdido da parcela de poder.

5 BAUMAN, Zygmunt; BORDONI, Carlo. *Estado de crise*. São Paulo: Zahar, 2016. p.79.

6 *Informe sobre el desarrollo mundial 1995: el mundo del trabajo en una economía integrada*. Disponível em: <www.ilo.org>. Acesso em: out. 2017.

DOCTRINA

Há que considerar, no trato da conciliação entre o social e o econômico, o fato de que o intenso processo de deslocalização das empresas para a Ásia na década de 1990 e a liberalização de sua economia, permitiu a inclusão de 780 milhões de pessoas, bem como a saída delas da zona de pobreza. Em 1990, o ingresso médio na China era de US\$ 1 por pessoa, e na Índia não ultrapassava de US\$ 2. Após as mudanças econômicas o ingresso na China passou a ser de US\$ 7 e na Índia US\$ 4,5, passando em 2008 a US\$ 15 no primeiro país e US\$ 7,5 no segundo⁷. E, ainda, no informe da OIT a que me referi se observa que “en un grupo de países de Asia oriental con la economía orientada hacia las exportaciones, los salarios en el sector manufacturero se incrementaron en un 170% en valores reales entre 1970 y 1990, en tanto que el empleo en ese sector aumento un 400%. En la India, el incremento de los salarios de los trabajadores agrícolas fue de un 70%. Entretanto, en un grupo de países latinoamericanos, los salarios en la industria aumentaron tan solo un 12%, y disminuyeron en muchos países de África al sur del Sahara”⁸.

É certo que tais países não guardam um sistema de proteção ao trabalhador e as regras aplicáveis aos contratos de trabalho são absolutamente questionáveis quando comparadas aos limites mínimos estabelecidos e idealizados pela OIT em sua declaração de princípios e nos vários convênios coletivos negociados entre os diversos países.

Todavia, são importante ponto de referência no tocante à reflexão de que os dados apontados querem dizer: a) o investimento internacional nestes locais contribui para a criação de postos de trabalho e inclusão social; b) os baixos custos de produção e a agressividade das políticas econômicas e comerciais destes países incrementa a concorrência entre países, empresas e trabalhadores, o que contribui para buscar medidas que são relacionadas, cada vez mais, à proposta de flexibilização e desregulamentação, agora, também, nas normas de proteção ao trabalho e sociais. Isso tudo é facilitado pela discrepância de regramentos quanto aos investimentos, produção e normas de proteção à relação de trabalho e social, bem como pela inexistência de uma padronização mínima de direitos, objetivo este buscado pela OIT⁹.

7 VIARA CRESPO, Óscar. *¿El sostenible el estado del bienestar?* Madri: EDITBC, 2017. p. 128-129.

8 *Informe sobre el desarrollo mundial 1995: el mundo del trabajo en una economía integrada...*

9 “Considerando que só se pode fundar uma paz universal e duradoura com base na justiça social; Considerando que existem condições de trabalho que implicam, para grande parte das pessoas, a injustiça, a miséria e as privações, o que gera um descontentamento tal que a paz e a harmonia universais são postas em risco, e considerando que é urgente melhorar essas condições: por exemplo, relativamente à regulamentação das horas de trabalho, à fixação de uma duração máxima do dia e da semana de trabalho, ao recrutamento da mão de obra, à luta contra o desemprego, à garantia de um salário que assegure condições de subsistência adequadas, à proteção dos trabalhadores contra doenças gerais ou

Todavia, há que refletir sobre um ponto fundamental que esta desagregação e movimentação provocam no mundo do trabalho, que é, justamente, a viabilização da fragmentação da atividade e, por consequência, da colocação da mão de obra, fenômeno este que se observa desde a reformulação dos modelos empresariais, desenvolvido por Toyota entre 1948 a 1975, datas estas coincidentes com o auge da adoção das teorias neoliberais, e cuja finalidade era a de produzir mais, com eficiência e sem desperdício, permitindo a fragmentação e descentralização do sistema produtivo, que atingiu fatalmente os modelos contratuais tradicionais com o nascimento de outros tipos que, de marginais, passaram a ser regulamentados pelas diversas leis trabalhistas.

3 – Novos tipos contratuais?

Importaria perguntar se os tipos contratuais que surgem são efetivamente novos.

Historicamente, o trabalho sempre foi desenvolvido em dois grandes grupos, aquele por conta própria e outro subordinado a alguém. A diferença fundamental nos dois tipos é que neste segundo o resultado do trabalho é destinado a quem o contrata; no outro o resultado volta em benefício de quem o produz. Além disso, nas relações com subordinação absoluta, a responsabilidade pelos meios para a produção do trabalho é inteiramente daquele que apreenderá o resultado, enquanto, no caso do trabalhador independente, os custos e riscos desta produção são de responsabilidade daquele que presta o trabalho, mesclando em sua pessoa a condição de prestador do resultado e de agente de produção de riqueza.

Todavia, em meio a estes dois grandes grupos surgem subgrupos marginais, isto é, que não estão nem na esfera do primeiro e nem do segundo, pois o trabalhador acaba por produzir um resultado que não lhe beneficia com a expectativa posta na execução do pactuado com aquele a quem a força do trabalho é destinada e acaba por transitar por uma zona cinzenta em que não é nem autônomo nem subordinado, além de guardar uma dependência econômica com aquele que *compra* o resultado (prestação de serviços – mão de obra) e que seria incompatível com a condição do trabalhador tradicional.

profissionais e contra acidentes de trabalho, à proteção das crianças, dos jovens e das mulheres, às pensões de velhice e de invalidez, à defesa dos interesses dos trabalhadores no estrangeiro, à afirmação do princípio 'a trabalho igual, salário igual', à afirmação do princípio da liberdade sindical, à organização do ensino profissional e técnico e outras medidas análogas; Considerando que a não adoção, por parte de qualquer nação, de um regime de trabalho realmente humano se torna um obstáculo aos esforços de outras nações empenhadas em melhorar o futuro dos trabalhadores nos seus próprios países.” (Considerandos no Preâmbulo da Constituição da OIT)

DOCTRINA

É exatamente aqui que os conflitos entre os socialistas e os liberais se mostram mais acirrados.

Esta forma de desenvolverem-se os pactos de trabalho é incompatível com os tipos contratuais objetos das lutas sociais, isto é, aquele pacto firmado diretamente com o tomador da mão de obra, por prazo indeterminado, em regime de horas que permita ao trabalhador conciliar vida familiar privada e de trabalho, e que lhe garante a tranquilidade de não responder pelos riscos da atividade produtiva. O resultado do trabalho não lhe aproveita, pois todo ele é voltado ao agente produtor de riqueza. Todavia, o trabalhador poderia manter tranquilamente sua dignidade e condições mínimas de vida caso houvesse o respeito, por parte do empregador, aos mínimos direitos que possam cumprir com aquele princípio.

Ocorre, todavia, que a concorrência entre os produtores de riqueza, conforme já citei, somada à ganância, necessidade de assegurar o poder e falência dos Estados, leva à estratégia de redução de custos, que começa pela busca da mão de obra barata e produção em locais em que o custo da produção, em termos gerais, será mais econômico, o que viabiliza, dentro do cálculo econômico, a concorrência mais agressiva e a maior margem de lucro. Some-se a isso o agrupamento de empresas que vão no sentido de formar um mercado hegemônico, controlado por uma matriz que subordina as demais às regras necessárias para manter a exclusividade num mundo global.

Há que lembrar que o número de vagas de trabalho não cresce no mesmo ritmo que o aumento da população e daqueles que ingressam no mercado de trabalho, bem como fato de que os investimentos estrangeiros diretos (IED) estão caindo mais a cada ano nos países em desenvolvimento.

Em 2016 os fluxos de IED nos países em desenvolvimento foram de 37%, sendo 15% na Ásia e chegando a 3% na África. Os protagonistas das inversões passaram a ser os países desenvolvidos. Isso se deu principalmente por “las fusiones y adquisiciones transfronterizas tuvieron un papel relevante y se concentraron en las economías desarrolladas, impulsadas por la elevada liquidez internacional y por dinámicas sectoriales que llevaron a operaciones de gran envergadura. Por otra parte, con un aumento sostenido de sus inversiones en el exterior y en particular de las adquisiciones en la Unión Europea y los Estados Unidos, China fue el segundo origen de IED mundial (tras los Estados Unidos). La estrategia de salida al exterior iniciada hace más de un decenio ha consolidado a China como actor global que se inserta en las dinámicas de

sectores cada vez más sofisticados, participando activamente en las nuevas tendencias tecnológicas de la cuarta revolución industrial”¹⁰.

A conclusão que se pode ter é que as empresas investem em países que lhes deem um mínimo de garantia e que não lhes causem problemas. A procura por matéria-prima e *commodities* já não é mais o objetivo central das grandes empresas que, como se vê, buscam tecnologia e, portanto, mão de obra mais especializada. Isso leva à conclusão da consequente alteração no modelo de trabalhador e de organização produtiva, todos fundados nas novas tecnologias, e que implicam no que se vem chamando de flexibilidade trabalhista.

A CEPAL¹¹ assim contextualiza as novas formas de emprego:

a) Mudança na descentralização e mercantilização das organizações produtivas – processos conhecidos como internalização e segmentação da produção, responsáveis pela inserção dos trabalhadores nas chamadas “zonas cinzentas”, que são aquelas situadas entre o trabalho dependente e independente, exercendo suas atividades com apoio da tecnologia de informação e comunicação móvel e que lhe permite trabalhar de qualquer lugar fora da estrutura empresarial. Isso permite que o processo produtivo esteja segmentado em diferentes estabelecimentos conectados entre si, o que faz com que o tempo e perdas empresariais sejam repartidos entre todos eles;

b) As técnicas de gestão internas estão absolutamente alteradas, as quais permitem introduzir princípios de mercado no interior da organização empresarial, aumentando a heterogeneidade entre os trabalhadores, abrindo espaço para: i) flexibilidade funcional – redistribuição de trabalhadores para possibilitar a execução do trabalho diante das mudanças de produtos e métodos de produção, permitindo a adequação à tecnologia com a rapidez e as necessidades do mercado; ii) flexibilidade numérica – relativa à adaptação de contratação, distrato e adequação de tempo de trabalho para atender as necessidades da produção e do mercado; iii) flexibilidade financeira – permite mudanças na forma de remuneração, isto é, diferentes tipos de remunerações, estabelecidos em razão da produção do trabalhador, autorizando a fixação de pagamentos de forma individualizada (p.ex., prêmios).

Como se vê, em todas as situações criadas pela atual conjuntura de produção é que se pode afirmar que os custos de produção, no ambiente da hiperglobalização dentro do contexto da quarta revolução tecnologia, permitem

10 Informe CEPAL *La inversión extranjera directa en América Latina y Caribe – 2017*. Disponível em: <www.cepal.org>. Acesso em: out. 2017.

11 *Las nuevas modalidades de empleo*. Disponível em: <www.cepal.org>. Acesso em: out. 2017.

DOCTRINA

que o trabalhador responda pelos riscos da produção, o que contraria todo o sistema conquistado no último século pelas lutas sociais.

As relações de trabalho passam a ser flexíveis, o que permite elaborar as seguintes formas “atípicas de emprego”¹²:

a) Diversidade de contratos por tempo determinado e indeterminado, temporários e eventuais;

b) Diversidade de locais de trabalho;

c) Diversidade de jornadas de trabalho;

d) Diversidade de distribuição do tempo de trabalho;

e) Diversidade de intermediação de mão de obra;

f) Diversidade de controles aplicados ao trabalho que, vão desde os cargos de direção até o sistema de distribuição de prêmios.

Todas essas situações permitiram que houvesse uma proposta da CISE (Classificação Internacional da Situação no Emprego)¹³, discutida na Conferência Internacional de Estatísticas do Trabalho de 2013, para que se colocasse em pauta a necessidade de estabelecer-se uma revisão completa e profunda das CISEs anteriores, em especial a de 1993, que teria promovido uma classificação mais completa e coerente com os novos tipos de organizações empresariais e identificação de novos tipos de relações de trabalho estudados em diversas partes do mundo.

Há que considerar que a CISE-93 é um documento mais completo que os anteriores, produzido no marco da economia globalizada e com a preocupação de tentar abranger o maior número possível de situações encontradas, com suas variantes nos vários países que permitiram os dados para a informação. Cuidou de classificar os empregos diretos e indiretos entre o trabalhador e a unidade econômica que dispõe a sua mão de obra, no qual se especificou seis grandes grupos:

1
EMPREGADOR
TRABALHADOR POR CONTA PRÓPRIA
ASSALARIADO
TRABALHADOR AUXILIAR DA FAMÍLIA
TRABALHADORES QUE NÃO PODEM SE CLASSIFICAR SEGUNDO A SITUAÇÃO NO EMPREGO

12 *Las nuevas modalidades de empleo...*

13 Todas as informações podem ser obtidas no informe *19ª Conferencia Internacional de Estadísticos del Trabajo – Ginebra – 2-11-octubre 2013*. Disponível em: <www.ilo.org>. Acesso em: out. 2017.

DOCTRINA

2	
EMPREGADOS (<i>países precisam criar grupos separados para trabalhadores com contratos estáveis</i>)	1. Regular 2. Diretores executivos 3. Outros empregados
EMPREGADORES	1. Empregador de empregados regulares 2. Outros empregadores
TRABALHADOR POR CONTA PRÓPRIA	1. Típicos 2. Outros trabalhadores por conta própria
MEMBROS DE COOPERATIVAS DE PRODUTORES SEGUNDO AS NECESSIDADES NACIONAIS	

A primeira classificação internacional, fixada pela liga das Nações em 1938, compreendia:

EMPREGADOS
PESSOAS QUE TRABALHAM POR CONTA PRÓPRIA (SOZINHAS OU COM AJUDA DA FAMÍLIA)
MEMBROS DA FAMÍLIA QUE AJUDAM O CABEÇA DA FAMÍLIA EM SUA OCUPAÇÃO
PESSOAS QUE RECEBEM SALÁRIO OU SOLDOS

Em 1947, houve uma revisão daquela primeira para incluir na estatística:

TRABALHADORES PARA EMPREGADORES PÚBLICOS OU PRIVADOS
EMPREGADORES
PESSOAS QUE TRABALHAM POR CONTA PRÓPRIA SEM EMPREGADOS
TRABALHADORES FAMILIARES NÃO EMPREGADOS

Em 1948, a ONU apenas definiu as categorias, mas manteve as mesmas conclusões.

Em 1957, a OIT passou a definir a situação no emprego e dividiu a classificação em grupos e subgrupos:

GRUPOS	SUBGRUPOS (base: natureza da propriedade de exploração agrícola dos empregadores e dos trabalhadores por conta própria)
UNIDADE DE PRODUÇÃO COOPERATIVA	EMPREGADORES
DESEMPREGADOS	TRABALHADORES POR CONTA PRÓPRIA
FORÇAS ARMADAS	ASSALARIADOS
PESSOAS CUJA SITUAÇÃO É DESCONHECIDA OU DESCRITA DE MANEIRA INADEQUADA	DESEMPREGADOS
+ AS OUTRAS CATEGORIAS JÁ EXISTENTES	
CATEGORIAS SEPARADAS: APRENDIZES E TRABALHADORES A DOMICÍLIO	

DOCTRINA

Em 1958, a ONU definiu alguns princípios e recomendações para os respectivos censos:

EMPREGADOR
TRABALHADOR POR CONTA PRÓPRIA
ASSALARIADO
TRABALHADOR FAMILIAR
MEMBROS DE COOPERATIVA DE PRODUTORES
TRABALHADORES QUE NÃO PODEM SE CLASSIFICAR SEGUNDO A SITUAÇÃO NO EMPREGO
INDEPENDENTE: TRABALHADORES E EMPREGADORES POR CONTA PRÓPRIA
TRABALHADOR FAMILIAR: TRABALHA NO MÍNIMO 1/3 DAS HORAS NORMAIS COM OU SEM REMUNERAÇÃO EM EMPRESA ECONÔMICA DIRIGIDA POR MEMBRO DE SEU LAR

Como se vê aqui, já se incluiu trabalhadores na chamada zona cinzenta. A única novidade da revisão ocorrida em 1970 foi a de considerar trabalhador familiar aqueles não remunerados, mesmo que não estivessem vivendo sob o mesmo teto; e, não obstante a revisão de 1982 não ter trazido alterações nos grupos e subgrupos antes fixados, apresentou uma importante distinção entre trabalhador assalariado e emprego independente no contexto da discussão sobre emprego, desemprego e subemprego.

Esses critérios permitem que se conceitue o que se deve entender por emprego, e a CISE-93 esclarece que se trata de um “conjunto de tareas y obligaciones desempeñadas por una persona, o que se prevé que ésta desempeñe, para una sola unidad económica”. O ponto chave desta definição esta na classificação das “personas en función de las relaciones actuales y potenciales que guardan con los empleos. Un empleo se clasifica con arreglo al tipo de contrato explícito o implícito de trabajo del titular con otras personas u organizaciones. Los criterios basicos utilizados para definir los grupos de la clasificación son: a) El tipo de riesgo económico (al que está expuesto el titular de un empleo), un elemento relacionado con la solidez del vínculo entre la persona y el empleo, y b) El tipo de autoridad que tienen o tendrán los titulares de un empleo sobre los establecimientos y sobre otros trabajadores”.

Como já disse, estas situações verificadas de colocação da mão de obra na verdade eram espécies que já existiam mas estavam marginalizadas, e outras delas eram tipos que, pode-se dizer, decorreram dos outros e, porque não, se *aperfeiçoaram* em razão do uso das novas tecnologias, dando azo às discussões que se assistem sobre precarização e vulnerabilidade da mão de obra.

As situações de precariedade e vulnerabilidade da mão de obra devem ser vistas no contexto de tudo que aqui se disse, isso quer dizer, dentro do con-

texto atual, e em consideração às mudanças ocorridas nas relações nos últimos anos. O fato, por exemplo, de o empregador deixar de pagar horas extras ao empregado não significa, por si só, precarização, assim como também não o é todo tipo de descentralização.

Diz-se que o trabalhador regular é aquele que presta seus serviços diretamente a um empregador, de maneira contínua, sendo ele o responsável pelos aportes à previdência social e impostos, e em que a relação de trabalho esteja submetida à legislação local. Os precários serão aqueles que, no âmbito da legislação nacional, tem contratos temporários e de curta duração, ocasionais ou por algum evento específico. Portanto, serão precários ou não, nos termos da maior ou menor flexibilidade da legislação nacional e considerando o contexto econômico em que são contratados e o social em que vivem.

Feitas tais considerações, importa considerar umas breves linhas sobre a reforma trabalhista trazida pela Lei nº 13.467/2017.

4 – Considerações sobre a reforma nacional no contexto dos novos tipos contratuais

Como já disse, não se trata, necessariamente, de novos tipos contratuais os que foram tratados por ocasião da reforma trabalhista. Havia relações marginalizadas e que foram inseridas no sistema atual com intuito de regulamentar as relações, trazendo aquilo que foi o marco fundamental desta reforma, que é a segurança jurídica às partes.

Em 1967, a Lei nº 5.107, de 13.09.66, que tratou do FGTS, começou a vigorar trazendo um sistema de opção entre a estabilidade no emprego conferida pela CLT após os 10 anos de trabalho prestado ao mesmo empregador. Pode-se dizer que desde aí se estabeleceu a flexibilidade da ruptura do contrato de trabalho, pois, o sistema da CLT para a contratação e cláusulas contratuais, já sabemos, é inflexível ou de flexibilidade moderada, mesmo porque está mantido o sistema do art. 468 da CLT de que as alterações contratuais somente podem ocorrer caso não tragam prejuízo ao trabalhador.

No ambiente dos contratos, a legislação de 1974 cuidou de implementar o contrato temporário e regulamentar as empresas de trabalho temporário (ETT). Pelas características do contrato temporário e da rigidez legal, as agências de emprego contratam o trabalhador por tempo determinado e nos termos do objeto dos contratados firmados entre a ETT e o tomador de serviços, sempre no limite de contratação de prestação de serviços. Portanto, contrato do trabalhador com a empresa prestadora poderia ser por tempo indeterminado; o que

DOCTRINA

necessariamente deveria ser por tempo certo, isto é, temporário, seria o contrato do trabalhador com o tomador da mão de obra.

Todavia, o sistema criado em torno da Lei nº 6.019/73 viabilizava a contratação por tempo determinado e temporário do trabalhador nas duas relações estabelecidas, ou seja, entre ele e a ETT e entre ele e o tomador, criando assim, além de uma forma atípica contratual, uma maior precariedade na relação.

Na década de 1980, em pleno vigor das regras de desregulamentação e descentralização, entra em vigor a Lei nº 7.102/83, que possibilitou a contratação de prestação de serviços de segurança, vigilância e transportes por empresas intermediárias. A Lei nº 6.019/73 não permitia a intermediação da mão de obra fora dos casos por ela determinados, de modo que a mudança no modelo empresarial exigia que se permitisse a subcontratação de atividades que não estavam ligadas à finalidade empresarial. Pode-se dizer, portanto, que a Lei nº 7.102/83 abre portas para o que se veio chamar de *terceirização*, que, na verdade, se identifica com o sistema do *outsourcing*, caracterizado pela “inércia na gestão empresarial de alguns serviços que são meramente acessórios, como a informática, logística e outros e a mudança no modelo de produção no núcleo central da empresa”¹⁴.

Todavia, o sistema de mudança na estrutura empresarial produtiva não havia introduzido somente a *terceirização* da mão de obra, mas vários outros tipos de descentralizações, fragmentações empresariais, que passaram a ser tratadas como se *terceirização* fossem. A matéria foi *regulada* até a entrada em vigor da Lei nº 13.429/2017, pela Súmula nº 331 do colendo TST, cuja redação original era de 1994 e tratava da intermediação irregular de mão de obra interposta (Súmula nº 256); esta Súmula foi alterada e publicada com novas redações no ano 2000 e, posteriormente, revista em 2003 após a publicação da decisão da ADC 16, de 24.11.2010, julgada pelo STF, que entendeu pela Constitucionalidade da *terceirização* no serviço público e fixou o entendimento quanto à responsabilidade do ente público na contratação. Desta Súmula, que passou a ser o fundamento da *terceirização*, inferem-se as regras principais traçadas pelo egrégio TST, quais sejam: a) admitir a contratação de serviços *terceirizados* em atividade-meio da empresa e não em atividade-fim; b) responsabilidade subsidiária do tomador da mão de obra; c) o Poder Público pode *terceirizar* serviços.

Com a reforma trabalhista trazida pela Lei nº 13.467/2017, ampliou-se o universo daquilo que se tratou, até hoje, por *terceirização*, para considerar

14 NAHAS, Thereza. *O novo direito do trabalho: institutos fundamentais*. São Paulo: RT, 2017. p. 39.

DOCTRINA

a existência das empresas prestadoras de serviços (EPS), responsáveis pela externalização da mão de obra, isto é, a admite-se a absoluta fragmentação da atividade empresarial a que já me referi anteriormente.

Portanto, todas as formas acima relatadas são típicas dos chamados modelos precários, pois o trabalhador encontra-se numa zona cinzenta, isto é, em um espaço vazio em que, muitas vezes, sequer conhece a quem o produto do seu trabalho será destinado ou por quem será aproveitado, quando se trata da longa cadeia produtiva. Além do que, a prestação de serviços e a produção dependem do mercado, que costuma ser o local mais incerto para se fixar relações homogêneas e tradicionais.

Daí que os chamados novos modelos contratuais são naturalmente precários e vulneráveis, e acabam por criar uma concorrência entre os próprios trabalhadores.

Como se vê, os modelos atípicos de contratos sempre existiram e a tendência é que se incrementem, justamente porque os contratos acabam por se adequar ao modelo de produção e empresarial e, porque não, à forma como se apresentam os próprios Estados e maneira como eles agem.

Em 2003, como já disse, a OIT propôs rever a CISE-93 justamente para tentar adequar os modelos contratuais à realidade da modernidade e da pós-modernidade. Propôs a OIT que se estudem os tipos contratuais, que dividiu em quatro estruturas segundo os modelos que puderam ser apreendidos nos diversos países do mundo e segundo os dados que pode obter. Há que se ter em conta a dificuldade da OIT em poder estabelecer um sistema que seja adequado e efetivo e que possa permitir a tutela do trabalhador em todo o mundo de modo mais igual e equilibrado, respeitadas as diferenças de cada país, sua capacidade econômica, sua cultura e sociedade.

Pode-se resumir, no entanto, as dificuldades encontradas pelos organismos internacionais em três pontos principais:

- inexistente de dados;
- diferenças regionais muito acentuadas não só entre os países, mas dentro das próprias regiões;
- em todas as regiões ha diferenças de gênero, sendo que os homens têm mais oportunidades de trabalho do que as mulheres.

Todavia, a proposta para tratar das várias relações contratuais verificadas pode ser contextualizada em quatro estruturas:

DOCTRINA

1ª Estrutura: inclui os contratados e os gerentes de empresas constituídas em sociedades como trabalhadores independentes

<i>Trabalhador independente</i>	<i>Trabalhador assalariado</i>
EMPREGADOR: a) Empresa própria constituída em sociedade b) Empresa própria não constituída em sociedade	ASSALARIADO REGULAR
TRABALHADOR POR CONTA PRÓPRIA: a) Empresa própria constituída em sociedade b) Empresa própria não constituída em sociedade	ASSALARIADO OCASIONAL A PRAZO CERTO E ESTACIONAL
TRABALHADOR FAMILIAR AUXILIAR	ASSALARIADO EM FORMAÇÃO: a) Remuneração em dinheiro b) Remunerado em espécie c) Sem remuneração
CONTRATISTA	ASSALARIADO DOMÉSTICO
MEMBRO DE COOPERATIVA DE PRODUÇÃO	

2ª Estrutura: inclui os contratados e os gerentes proprietários de empresas constituídas em sociedades com assalariados

<i>Trabalhador independente</i>	<i>Trabalhador assalariado</i>
Empregador	Na própria empresa constituída em sociedade: a) Com assalariados b) Sem assalariados
Trabalhador por conta própria	Assalariado regular
Trabalhador familiar auxiliar	Assalariado ocasional, com prazo certo ou estacional
Membro de cooperativa de produção	Empregado contratado por uma agência de emprego
	Assalariado em formação
	Assalariado doméstico
	Contratados

3ª Estrutura: abandono da dicotomia entre emprego assalariado e independente

Empregadores: a) Na própria empresa constituída em sociedade b) Na própria empresa não constituída em sociedade
Trabalhadores por conta própria: a) Na própria empresa constituída em sociedade b) Na própria empresa não constituída em sociedade
Contratados
Trabalhadores familiares auxiliares
Assalariados: a) Regular b) Ocasional, a prazo certo ou estacional c) Contratado por uma agência de emprego d) Em formação: remunerado em dinheiro; remunerado em espécie; sem remuneração
Assalariado doméstico

DOCTRINA

4ª Estrutura: manter os conceitos de emprego independente e de emprego assalariado reconhecendo que algumas formas de emprego não se adequam a estas categorias

<i>Assalariados</i>	<i>Independentes</i>	<i>Outras formas de emprego</i>
Assalariados regulares	Empregadores: a) empresa constituída em sociedade b) empresa não constituída em sociedade	Trabalhadores familiares auxiliares
Assalariados temporais: a curto prazo; estacional; ocasional; por chamado	Trabalhadores por conta própria: a) empresa constituída em sociedade b) empresa não constituída em sociedade	Membros de cooperativa de produtores
Assalariados em formação: remuneração em dinheiro; remuneração em espécie; sem remuneração	Contratados	Outras formas de emprego não classificadas em outra parte
Assalariado doméstico		

O que se infere destes dados, no cenário nacional, é que, mesmo no ambiente da Lei nº 13.467/2017, ter se ocupado o legislador em regular três tipos distintos de relações de trabalho, quais sejam, o teletrabalhador, o trabalhador intermitente e o trabalhador da empresa de prestação de serviços, há vários outros tipos que se encontram marginalizados pela lei, como é o caso do trabalhador semidependente e do longo rol dos trabalhadores autônomos.

A pergunta que se faz é se a inclusão desses tipos de trabalhadores, ou de outros mais, cuja relação de trabalho possa ser formalizada, permitiria a inclusão dele na sociedade e a efetiva tutela de direitos seus. Não parece que a resposta seja positiva. Aliás, haveria que se questionar antes se a regulamentação dos *novos tipos de contratos* tem a capacidade de promover a melhoria de vida do trabalhador ou se constituiria mais uma forma de se legitimar eventuais fraudes e a precariedade do modelo tradicional de trabalho.

É evidente que a existência ou não de fraude, independe de lei. Está diretamente ligada à questão da cultura de um país ou de uma comunidade, do que a existência ou não de uma lei adequada para regulamentar relações fáticas. O que se tem que considerar é que os Estados estão perdidos, fracos e inoperantes, não obstante não se possa dizer que não estão crescendo e que para eles não há boas perspectivas.

É fato que as taxas de crescimento não são as mesmas verificadas antes da crise de 2008. Todavia, não é menos certo que, ainda que de maneira distinta, em vários estudos econômicos, se pode concluir pelo crescimento

dos países em termos gerais. Assim que o Banco Mundial prevê para 2017 o fortalecimento do crescimento mundial em torno de 2,7%, o que decorre do aumento das manufaturas e comércio, da confiança no mercado e da estabilidade dos preços dos produtos básicos, o que, segundo aquele organismo, permitirá o crescimento econômico dos países em desenvolvimento. Prevê ainda uma melhora no plano internacional, com crescimento dos mercados emergentes e das economias em desenvolvimento, que devem chegar a 4,1%, prevendo-se um incremento para 2018 nas sete maiores economias do mundo¹⁵. Portanto, não obstante o mercado ainda ser um ambiente de riscos, não é menos certo que os Estados estariam em condições de possibilitar uma vida melhor a seus povos e deixar de arrochar direitos sociais e trabalhistas.

O que se pode perceber é que as crises ocorridas no decorrer dos anos deram um golpe mortal nas expectativas e esperanças trazidas pela modernidade.

Como se, em algum momento da história, as finalidades assumidas pelos Estados passassem a ser confundidas com as privadas e seus interesses passassem a ser *menos públicos*. Uma decorrência lógica daquilo que se conhece como crise da modernidade.

Como aponta Carlo Bordoni, houve vários fatores que contribuíram para a crise da modernidade, a começar pelo “contraste entre as condições dos trabalhadores e da classe dominante, a burguesia, que imediatamente experimentou melhorias significativas no caminho para o progresso, sustentada por dados incontrovertidos e também estendidas à classe trabalhadora”¹⁶. Mesmo com todas as crises ocorridas, principalmente a que afetou a modernidade e que trouxe a promessa de um mundo melhor, fez com que as pessoas mantivessem a esperança na felicidade e na melhoria da qualidade de vida, embora isso não tenha se verificado e tampouco esteja ocorrendo. “À medida que o progresso avançava, as massas da população aos poucos foram compreendendo que a indústria se desenvolvia e que os mercados ofereciam bons salários. Quanto às bases da modernidade, a transformação do trabalho no período pós-guerra mundial, a desmaterialização progressiva e a insegurança daí consequente desempenharam em papel-chave em seu abalo. Em seguida, a globalização, necessária para as multinacionais remendarem o problema de superprodução, acarretou, como uma espécie de efeito colateral, a eliminação de fronteiras e o

15 *Global economics prospect: a fragily recovery – june/2017*. Disponível em: <<http://www.bancomundial.org/es/news/press-release/2017/06/06/global-growth-set-to-strengthen-to-2-7-percent-as-outlook-brightens>>. Acesso em: out. 2017.

16 BAUMAN, Zygmunt; BORDONI, Carlo. *Estado em crise...*, p. 88-89.

DOCTRINA

esvaziamento das garantias sociais e da representação democrática, um processo que tem sido chamado de separação entre poder e política”.

Portanto, os Estados estão debilitados e impotentes, não obstante sigam crescendo. Devem aplicar medidas para que possam justificar sua existência, reduzir a desigualdade social e permitir a inclusão de trabalhadores, o que seria necessário para melhoria de vida da sociedade, mas não sabe de onde deve retomar suas funções e para onde deve caminhar em direção a uma vida melhor.

O que parece é que o modelo contratual de contratos típicos e tradicionais não se adéqua ao período pós-moderno e hiperglobal, seja em razão das novas estruturas, seja em razão do novo perfil dos trabalhadores.

O que seria necessário, quiçá, é a criação de um modelo novo que considere as categorias já selecionadas pela OIT, onde se possa garantir o mínimo de direitos e segurança ao trabalhador e que lhe de a oportunidade de efetivamente viver com a tranquilidade de poder ter uma vida digna e contribuir para a formação de um Estado menos desigual e mais humano, possibilitando a vida das gerações futuras.

Assim, se poderia evitar a falsa impressão aos trabalhadores de que estão tendo uma vida melhor, como ocorreu no pós-revolução industrial, em que se constatava que estavam mais limpos, trabalhando em fábricas mais arrumadas e salubres e com uma renda familiar supostamente maior. Todavia, quando se deparam com a situação real, percebem que estão sujeitos a longas jornadas, que o salário que ganham não é suficiente para a manutenção do mínimo, isto é, educação, saúde e alimentação e que, não obstante todos os seus esforços e sacrifícios para manter seu posto de trabalho, o monstro que o chantageia e ronda sua vida chama-se mercado.

O Estado deve retomar suas funções, recobrar sua soberania e viabilizar a vida digna. Aprender a resolver os problemas locais antes e conciliar a agenda interna com a internacional. Deixar de confundir a função estatal com a empresarial e conscientizar-se de que, ao contrário das empresas, o que deve garantir é o mínimo para que as pessoas possam viver com dignidade, com igualdade de acesso a serviços mínimos que serão necessários não só para a eliminação dos problemas e desigualdades sociais, mas principalmente, para reduzir o custo do próprio Estado em sua função de reparador de danos e prejuízos.

Recebido em: 15/05/2018

Aprovado em: 14/06/2018

O NOVO DIREITO DO TRABALHO*

THE NEW EMPLOYMENT LAW

Fábio Rodrigues Gomes**

RESUMO: Neste artigo, objetivei revisar os fundamentos do velho direito do trabalho para, em seguida, compará-los com os fundamentos do novo direito do trabalho, originário da Reforma Trabalhista. Ao longo da exposição, foram colocados alguns exemplos da jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho – geralmente respaldando o velho direito do trabalho – e do Supremo Tribunal Federal – denotando que o movimento precursor à Reforma partiu do posicionamento majoritário do órgão de cúpula do Poder Judiciário brasileiro.

PALAVRAS-CHAVE: Direito do Trabalho. Reforma Trabalhista.

ABSTRACT: *In this paper, I intent to review the bases of the old employment law and compare them to the bases of the new employment law, extracted from the Employment Law Reform. During the exposition, I gave some examples of the Superior Labor Court's decisions – in general, supporting the old employment law – and of the Federal Supreme Court's decisions – showing that the former Reformist movement comes from the high level of the Brazilian Judicial Power.*

KEYWORDS: *Employment Law. Labor Reform.*

1 – Introdução

A novidade sempre provoca reações desencontradas. Para uns, causa desconforto, negação, sensações de perda, angústia e incerteza. Para outros, é um bálsamo: reanima, instiga e produz sensações de ânimo e frescor. Mas como isso é possível? Como sentimentos tão díspares convivem de maneira tão próxima e vindos todos do mesmo fato (*in casu*, da Lei nº 13.467/2017)?

Você, caro leitor, como se sente a respeito da Reforma Trabalhista? Estupefato ou embevecido? Choro e ranger de dentes ou música para os seus ouvidos?

Veja bem. Questionar-se sobre o seu estado de espírito é o primeiro passo para desenvolver sua inteligência emocional. As etapas seguintes são descobrir

* Publicado na coletânea: GOMES, Fábio Rodrigues; TUPINAMBÁ, Carolina (Coord.). *A reforma trabalhista: impactos nas relações de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, no prelo.

** Juiz titular da 41ª VT/RJ; mestre e doutor em Direito Público pela UERJ; professor adjunto de Processo do Trabalho e Prática Trabalhista na UERJ.

a causa para, depois (e talvez), conquistar o autocontrole. Eis aí as tarefas a que poucos se entregam, sendo menos ainda os que dela conseguem se desincumbir¹. As paixões nos serviram por milênios, ajudando-nos a sobreviver, a evoluir e a nos tornarmos o que somos hoje. E durante todo esse processo, ora fomos levados a temperá-las com uma dose de razão, ora fomos tentados a deixá-las correrem soltas, *in natura*, sem limites².

Atualmente, já se sabe que razão e emoção não são antagônicas ou passíveis de serem isoladas. Ao contrário, razão sem emoção é diagnosticada como uma psicopatia, da mesma forma que a emoção em estado puro é um risco à sanidade mental³. Recorrerei a um exemplo famoso para tornar mais palpáveis estas divagações iniciais. Falo do dilema do bonde⁴. Imagine que um bonde está fora de controle e no seu caminho há cinco pessoas amarradas aos trilhos. Na sua frente está a alavanca que, se puxada, permitirá ao bonde alterar sua trajetória, evitando a matança. Entretanto, no caminho alternativo encontra-se uma única pessoa também amarrada aos trilhos. Você puxa ou não a alavanca?

Se, de um lado, adotarmos um ponto de vista moral, o dilema é insolúvel. Matar uma pessoa ou matar cinco dá no mesmo, pois a vida humana é sempre valiosa, independentemente da sua quantidade. Se, de outra parte, adotarmos um raciocínio utilitarista, fará mais sentido puxar a alavanca, pois perder uma vida humana será menos traumático do que perder cinco. Mas a realidade nunca é completamente neutra e nós nunca fomos, somos ou seremos completamente frios e calculistas, por mais que nos esforcemos. E um dos motivos é a emoção que compõe – inexoravelmente – o nosso modo de pensar. Imagine que aquela pessoa sozinha, amarrada ao trilho alternativo, fosse a sua mãe. Acredito que muito provavelmente você sacrificaria as outras cinco para salvá-la. A tortuosa missão de sofisticar este exemplo é infinita e, para o que me proponho, o que disse já me basta.

Sabedores de que raciocinamos e sentimos ao mesmo tempo, às vezes enfatizando mais um dado objetivo e em outras mais uma emoção em ebulição, acaso desejemos analisar a Lei nº 13.467/2017, é fundamental que façamos uma autoanálise para (1) identificar o que estamos sentindo, (2) descobrir por

1 Sobre o tema, cf. GOLEMAN, Daniel. *Inteligência emocional: a teoria revolucionária que redefine o que é ser inteligente*. Rio de Janeiro: Objetiva, 1995.

2 HARARI, Yuval Noah. *Homo Deus*. Uma breve história do amanhã. São Paulo: Cia. das Letras, 2015.

3 DAMÁSIO, Antônio. *O mistério da consciência: do corpo e das emoções ao conhecimento em si*. São Paulo: Cia. das Letras, 1999; e DAMÁSIO, Antônio. *O erro de Descartes: emoção, razão e cérebro humano*. São Paulo: Cia. das Letras, 1994.

4 Por todos, cf. FOOT, Philippa. *The problem of abortion and the doctrine of the double effect in virtues and vices*. Oxford: Basil Blackwell, 1978.

que estamos nos sentindo assim e (3) tentar controlar nossas emoções. Talvez, com isso, consigamos evitar que elas nos conduzam para falsas premissas e/ou para falsas conclusões. Esta é outra evidência psicológica muito realçada nos dias de hoje. Daniel Kahneman, psicólogo vencedor do prêmio Nobel de economia, não me deixa mentir.

Em seu badalado livro *Thinking, Fast and Slow*, ele demonstrou que o nosso cérebro possui dois sistemas de raciocínio⁵. O primeiro, automatizado, a partir do qual agimos intuitivamente com base em nossas emoções, em nosso aprendizado, em nossas habilidades inatas e também naquelas adquiridas através dos nossos hábitos. O segundo, mais lento e analítico, registra a informação e a decompõe, de maneira a extrair as possíveis consequências, opções e estratégias de ação para que, ao final, possamos decidir o que fazer. Você já deve estar se perguntado: aonde ele quer chegar? Este artigo não é sobre a Reforma Trabalhista? Estou comprando gato por lebre?

Posso lhe assegurar que não. Só aparentemente este introito é inusitado ou fora de lugar. O que quis dizer com tudo isso é que muitos de nós, ao nos depararmos com a Lei nº 13.467/2017, deixamos as emoções no comando e, com base nos nossos velhos hábitos, nas lições colhidas nos antigos manuais de direito do trabalho, nas nossas impressões e intuições mais primevas (até mesmo aquelas profundamente enraizadas em nosso inconsciente), criamos uma polarização, à moda do tudo ou nada: ou a repudiamos veementemente ou a congratulamos entusiasticamente. Suponho que é daí, deste vício de origem psicológico, que surgem os “achismos” para todos os gostos, tanto os catastrofistas quanto os excessivamente otimistas.

Neste ensaio, buscarei identificar e refrear minhas emoções, raciocinar com vagar e, é claro, fugir das previsões arbitrárias sobre o futuro do direito do trabalho. No entanto, uma coisa é certa e eu já posso afirmar, sem medo de errar: estamos diante de um novo direito do trabalho.

2 – As velhas premissas do direito do trabalho

Tornando uma longa histórica curta, podemos resumir o velho direito do trabalho em três premissas:

(1) *O direito do trabalho deve ser inflexível.* Salvo raríssimas exceções – topicamente positivadas no art. 7º, VI, XIII e XIV, da CF/88 – a jurisprudência

5 KAHNEMAN, Daniel. *Thinking, fast and slow*. New York: Farrar, Straus and Giroux, 2011.

e a doutrina especializadas não simpatizavam nem um pouco com a negociação contratual⁶.

Para as tratativas individuais, além do enorme desestímulo promovido pelo art. 468 da CLT⁷, via de regra costumava-se usar conceitos indeterminados, obscuros por natureza. Deste modo, eles funcionavam como uma carta em branco para que o advogado, o procurador, o juiz e o professor escrevessem o que bem entendessem. E as duas noções mais difundidas, presentes em onze de cada 10 manuais de direito do trabalho, são as de hipossuficiência e indisponibilidade de direitos.

Começemos pela primeira. A velha ideia de hipossuficiência talhada por Cesarino Júnior é conhecida de todos que já estudaram direito do trabalho no Brasil⁸. Geralmente era associada ao indivíduo fraco economicamente, ao vulnerável, necessitado de recursos para sobreviver, ou melhor dizendo, ao que não dispõe dos meios suficientes à satisfação de suas necessidades básicas, daquelas sobre as quais não podemos transigir, sob pena de morte certa⁹. Comer, dormir e abrigar-se são exemplos corriqueiros destas constantes antropológicas. O núcleo do conceito está, portanto, na diminuta capacidade econômico-financeira da pessoa. Se está bem financeiramente, não é hipossuficiente; se está mal, bem-vindo ao conceito.

Dito isso, volto de mãos dadas com este conceito para utilizá-lo no contrato de trabalho. As pedras de toque aqui são duas: a real liberdade de decisão e a qualidade da informação.

Asseverar, com certeza absoluta, que o empregado não detém liberdade decisória e/ou que está desinformado sobre a decisão a ser tomada é uma impossibilidade fática. Do mesmo modo que afirmar o contrário também o é. Por isso, neste campo de investigação trabalha-se com a presunção razoável.

6 Por todos, cf. DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 14. ed. São Paulo: LTr, 2015.

7 “Nos contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento, e, ainda assim, desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia.”

8 Cf. O princípio da proteção: de Cesarino Junior a Arion Romita. In: *Arquivos do Instituto Cesarino Júnior*, n. 33, ano 2009. Disponível em: <<http://www.institutocesarinojunior.org.br/revista33-2009.pdf>>. Acesso em: 7 set. 2017.

9 Para uma conceituação das necessidades básicas como aquelas que devem ser satisfeitas para a sobrevivência do indivíduo, independentemente de sua vontade, cf. NINO, Carlos Santiago. *Autonomia y necesidades básicas*. *Doxa*, n. 7, 1990.

Razoabilidade, aqui, no sentido aristotélico de equidade, daquilo que normalmente acontece em nosso cotidiano¹⁰.

As perguntas subjacentes são as seguintes:

(i) É razoável aceitar a ideia de o empregado comprometido em sua capacidade decisória antes ou durante a vigência do contrato?

(ii) É razoável aceitar a ideia de o empregado plenamente capaz de decidir as suas pendências com o empregador após o término do contrato?

No primeiro caso, não se exige muito esforço discursivo para convencer ao brasileiro que o empregado regular, aquele fora do topo da pirâmide hierárquica da empresa, não está livre, leve e solto para abrir mão de resolver seus problemas no Judiciário. O temor reverencial, a dependência econômica, o receio do desemprego, enfim, há fortes indícios de uma “coação” pairando no ar, intoxicando, ainda que inconscientemente, a liberdade individual em toda a sua extensão. No mais das vezes, para qualquer empregado normal seria uma operação de altíssimo risco opor-se às cláusulas impostas unilateralmente pelo empregador, geralmente quem as apresenta no contrato de adesão. Além de mostrar-se como um encrenqueiro, ele estaria pondo em perigo o seu sustento e de seus familiares. Valendo-me de uma categoria do direito constitucional, o seu mínimo existencial¹¹ – aquilo que precisa para suprir suas necessidades básicas e a de seus familiares – estaria comprometido por uma dispensa imediata ou iminente¹².

Já na segunda situação, o desate do nó jurídico passa justamente pela ruptura contratual. Este procedimento talvez amenize ou, muito provavelmente, retire do trabalhador os constrangimentos porventura existentes. Digo talvez porque, como salientado antes, estamos falando de presunções razoáveis. Neste sentido, o que existiu – se existiu de fato – provavelmente deixou de existir ou, quando muito, deixou de influir primariamente na decisão a ser tomada. Ora, não se deve perder de vista que o pior que poderia acontecer já aconteceu.

Portanto, daí em diante, escolher o método de solução das sequelas derivadas de um rompimento truncado está dentro do âmbito de liberdade decisório

10 ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 152-155.

11 Sobre o mínimo existencial, cf., por todos: TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

12 Para uma análise da proibição do gênero dispensa arbitrária e da permissão forte de uma de suas espécies, a dispensa sem justa causa, cf. GOMES, Fábio Rodrigues. *O direito fundamental ao trabalho: perspectivas histórica, filosófica e dogmático-analítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

do indivíduo¹³. Desde que não haja vício de consentimento, o ex-empregado está plenamente apto a conversar e combinar, de comum acordo com o empresário, qual o melhor mecanismo institucional para aparar suas arestas. Já antecipando um pouquinho do novo direito do trabalho, o cardápio ao qual os empregados e empregadores serão apresentados contém arbitragem, plano de demissão incentivada, distrato, acordo extrajudicial ou Justiça do Trabalho¹⁴. Qual escolher? Eles que decidam.

Caso contrário, estaríamos partindo esta pessoa ao meio com um machado ideológico completamente cego para a realidade. Reflita comigo. Na sua esfera privada, o empregado pode casar-se, comprar ou financiar um imóvel, responsabilizar-se pela educação de seus filhos ou ser punido pela prática de um crime. Apenas em um fragmento de sua vida, o profissional, sofreria uma *capitis diminutio*¹⁵.

Tal como um experimento de laboratório, o todo é ignorado e isola-se, em tese, apenas o pedacinho laboral, como se tudo o mais com ele não se misturasse. Dentro deste tubo de ensaio fictício, adiciona-se a ideologia segundo a qual é indispensável o monopólio do Estado-Juiz para decidir pelo empregado dispensado. O que ele deve ou não deve fazer? Chame o Juiz. Uma cisão artificial de sua autonomia da vontade sem o menor respaldo no mundo de hoje, complexo e plural. Ao menos não se vê isso em quantidade o bastante para gerar uma presunção razoável de que vá se repetir com habitualidade.

Aliás, este despreço pela autonomia não se restringe à esfera individual do hipossuficiente “em abstrato”. Ele também se projeta para o exercício da autonomia coletiva. Pois não são poucos os casos em que árduas e demoradas negociações entre sindicatos e empresários são descartadas pelo Judiciário, sob o argumento de que violam normas de proteção à saúde e segurança do trabalhador. Ou seja, mesmo que os trabalhadores reúnam-se em grupo e, de forma livre e informada, venham a customizar as suas condições de trabalho com o empregador, correm o risco de tomarem um “puxão de orelha” do Estado-Juiz. É enorme a chance de serem advertidos e lembrados de que continuam a ser hipossuficientes tutelados e que, como tal, não estão habilitados a dispor dos seus direitos. Decidir sozinho o seu próprio destino? Nem pensar. A rigor, nem em grupo a decisão estará permitida.

13 Cf. GOMES, Fábio Rodrigues. *Direitos fundamentais dos trabalhadores*: critérios de identificação e aplicação prática. São Paulo: LTr, 2013. p. 119 e ss.

14 Arts. 477-B, 484-A, 507-A e 855-B da CLT, de acordo com a redação da Lei nº 13.467/2017.

15 Em sentido semelhante, cf. MENDONÇA, José Vicente Santos de. *De boas intenções e maus resultados*. Disponível em: <<http://jota.info/de-boas-intencoes-e-maus-resultados>>. Acesso em: 5 nov. 2016.

DOCTRINA

Definitivamente, a jurisprudência trabalhista não é afeita a liberar os sindicatos a construir as suas próprias normas. As tratativas em grupo – apesar de realizadas entre sujeitos com semelhante poder de barganha – sempre foram controladas bem de perto pela Justiça do Trabalho e, nos últimos tempos, com bastante intensidade.

Para ilustrar o que estou dizendo, vale mencionar o RR 1928-03.2010.5.06.024, publicado em 20.02.2014 e cujo relator foi o Ministro Lelio Bentes Corrêa.

Nesta decisão, o TST invalidou instrumento normativo que excluía o direito à contagem das horas *in itinere* em troca da concessão de outras vantagens aos trabalhadores, tais como fornecimento de cestas básicas durante a entressafra, seguro de vida e acidentes de trabalho além do obrigatório e sem custo para os empregados, pagamento do abono anual aos trabalhadores com ganho mensal superior a dois salários-mínimos, pagamento do salário-família além do limite legal, fornecimento de repositor energético e adoção de tabela progressiva de produção além da prevista na Convenção Coletiva. Os Ministros componentes da Seção de Dissídios Individuais I – com exceção apenas do Ministro Ives Gandra da Silva Martins Filho – deliberaram que a supressão da contagem das horas de deslocamento entre a residência e o trabalho violava “os preceitos constitucionais assecuratórios de condições mínimas de proteção ao trabalho”. Daí porque esta decisão não encontraria respaldo no art. 7º, XXVI, da CF/88. Disseram, ainda, que o art. 58, § 2º, da CLT é norma de ordem pública, prescrevendo direito indisponível à vontade das partes. Mas indisponível por quê? Esta é a pergunta que não quer calar.

Portanto, nada melhor do que me aproveitar desta linha de raciocínio e falar um pouco sobre a tão propalada indisponibilidade de direitos.

No velho direito do trabalho, costuma-se afirmar de olhos fechados a indisponibilidade dos direitos dos trabalhadores¹⁶. Embora não se apresente um critério seguro e objetivo sobre quais devem ser assim classificados, a crença generalizada é a de que o empregado está em desvantagem econômica, desconhece a integral dimensão dos seus direitos, corre o risco de ser coagido a renunciá-los e de que há normas trabalhistas de ordem pública, tais como os arts. 9º, 444 e 468 da CLT, que o protegem de si mesmo¹⁷. Neste sentido, em 29.05.09, no julgamento do RR 795/2006-028-05-00.8, de relatoria do Ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, foi dito que: “A vocação protetiva

16 Cf. DELGADO, Mauricio Godinho. *Op. cit.*, p. 204-205 e 218-223.

17 *Idem, ibidem.*

que dá suporte às normas trabalhistas e ao processo que as instrumentaliza, a imanente indisponibilidade desses direitos e a garantia constitucional de acesso a ramo judiciário especializado erigem sólido anteparo à utilização da arbitragem no Direito Individual do Trabalho”.

Novamente uma idealização sem dados empíricos que a escorem. Para que se tenha ideia de como o “sólido anteparo” esfarela-se rapidamente diante da primeira brisa de outono, menciono as transações realizadas aos borbotões na Justiça do Trabalho. Basta adentrar em quaisquer das salas de audiência espalhadas por este país continental para que partes, advogados e juízes sejam “flagrados” negociando valores para pôr termo ao conflito. A difamação, a agressão física, o assédio moral gerador de síndrome de *burnout*, o acidente que acarreta grave e definitiva deficiência física ou um grotesco dano estético, a discriminação racial, todas são questões aptas a serem discutidas, sopesadas e, se tudo correr bem, encerradas através da conciliação. Um acordo que, via de regra, se efetiva com o pagamento de valores em pecúnia e que possui cláusula de quitação geral quanto ao extinto contrato de trabalho¹⁸.

Sendo assim, pergunto eu: que indisponibilidade é essa? E a conversão da solução em dinheiro? Há ou não há uma patrimonialização inexorável nessa história?

Quando formos abordar este assunto, logo de pronto devemos respirar fundo e contar até dez. Trata-se de um tema que há muito merece uma reflexão menos apaixonada dos doutrinadores trabalhistas.

Já tive a chance de expor as minhas impressões e de tentar afastar algumas pré-compreensões profundamente enraizadas no imaginário teórico e jurisprudencial brasileiro¹⁹. Por razões de tempo e espaço, peço licença aos mais interessados e sugiro a leitura daquilo que já escrevi mais detidamente em outra ocasião. Todavia, algumas breves considerações devem ser transportadas para cá, pois servirão de luz no fim deste extenso túnel em direção à legitimação do novo direito do trabalho.

O que significa dispor de um direito? Significa que o seu titular pode consentir em um certo grau de enfraquecimento de sua posição jurídica, a fim de permitir que alguém atue de uma forma tal que não o faria, se o consentimento não existisse²⁰.

18 Esta previsão encontra guarida na OJ nº 132 da SDI-2 do TST.

19 GOMES, Fábio Rodrigues. *Direitos fundamentais dos trabalhadores*. p. 405-428.

20 *Idem*, p. 407.

Cuida-se, na quase totalidade dos casos, de uma autorrestrição temporária e circunstancial²¹. Imagine, por exemplo, um transplante de coração ou uma exposição pública no Big Brother Brasil. Nestas situações há a permissão do titular do direito (à integridade física ou à privacidade) para que alguém (o cirurgião ou a rede de televisão) aja de maneira tal que não poderia fazê-lo se a autorização não existisse. Se quiserem ampliar a imaginação, pensem na luta de boxe, na partida de futebol, nos filmes pornográficos, nas redes sociais da internet e em toda uma infinita gama de exemplos capazes de evidenciar o óbvio: a disponibilidade de direitos fundamentais é extremamente corriqueira no mundo contemporâneo.

A dúvida a ser dirimida é outra. Para conjugarmos direitos fundamentais e autorrestrição, o problema a ser dirimido gira em torno dos limites impostos à disponibilização. Até onde pode o titular do direito enfraquecer sua própria posição jurídica?

A resposta é cartesiana: até o ponto em que a sua liberdade de escolha esteja correndo o risco de desaparecer. Se o indivíduo, ao decidir disponibilizar seu direito, atinge em cheio a sua própria capacidade de decisão, aquela linha tênue entre o paternalismo e a intervenção sábia é por ele atravessada. Outro exemplo vem bem a calhar. Pense na hipótese de o candidato ao emprego aceitar receber menos de um salário mínimo. Certamente que esta decisão estará maculada naquilo que ela possui de mais fundamental: a liberdade de escolha²². Nenhum ser humano premido pelas necessidades básicas ou fisiológicas é verdadeiramente livre²³. Decidir com o estômago não é a descrição mais acurada de decidir com sabedoria.

Sejamos redundantes: a liberdade de decidir livremente é o núcleo essencial da disponibilidade dos direitos fundamentais pelo seu titular. Munido de uma mínima cobertura econômica capaz de suprir suas necessidades básicas, bem informado sobre o que está em jogo e sobre suas alternativas de ação e colocando-se imune a pressão, ameaça ou de coisa que o valha, o indivíduo estará pronto para decidir sobre o tempo, o modo e as condições em que aceitará dispor dos direitos que lhe pertencem. Repito: direitos que pertencem a ele! E não ao Estado-Juiz, adepto do perfeccionismo moral, e que almeja ser

21 Exceção digna de nota (e que dá o que falar) é a eutanásia, pois esta é uma disponibilidade de natureza permanente.

22 Cf. GOMES, Fábio Rodrigues. *Direitos fundamentais dos trabalhadores*. p. 60 e ss., onde encaro este problema valendo-me da análise econômica do direito e, mais especificamente, da teoria dos jogos.

23 Para esta instigante discussão filosófica e de outras tão ou mais desafiadoras, cf. SANDEL, Michael. *Justiça*: o que é fazer a coisa certa. 6. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

mais realista do que o rei, arrogando-se a prerrogativa de saber melhor do que o próprio sujeito aquilo que é bom para a sua vida.

Como frisei antes, é a qualidade do consentimento que deverá nortear a fiscalização judicial do que foi flexibilizado/disponibilizado, individual ou coletivamente. Por vezes, a suposta hipossuficiência existe de fato (em concreto) e compromete a liberdade indispensável à validação da renúncia ou transação. Em outras circunstâncias, a alegada hipossuficiência não passa de uma quimera, fruto de ideologias teimosas, que embotam o olhar de quem não quer ver a realidade.

Entretanto, era esta última opção que representava o primeiro pilar de sustentação do velho direito do trabalho. A despeito de todas as fragilidades axiológicas, normativas, lógicas e sociológicas apontadas, a ideia de inflexibilidade quase absoluta era irmã siamesa da indisponibilidade também petrificada, a qual, por sua vez, estava ancorada em uma hipossuficiência em abstrato, cantada em prosa e verso, por décadas, nos manuais brasileiros.

Agora, vejamos a segunda premissa do velho direito do trabalho.

(2) *O Estado brasileiro possui o dever de intervenção máxima nas relações de emprego.* Segundo a interpretação de muitos estudiosos, o *caput* do art. 7º da CF/88 impõe ao Estado a obrigação constitucional de sempre ampliar o leque de direitos trabalhistas. Dizendo de outro modo: o Estado brasileiro está proibido de retroceder ou de deixar que retrocedam²⁴.

Perceba que, tradicionalmente, o direito do trabalho no Brasil decorreu da interferência oficial nas relações privadas. No livro *Cidadania no Brasil*, o professor José Murilo de Carvalho relembra o fato de a nossa sucessão histórica de direitos não ter obedecido ao movimento linear catalogado pelo inglês Thomas Marshall²⁵.

Aqui, nos trópicos, não partimos dos direitos individuais e políticos, para depois construirmos os direitos sociais e, em sequência, os metaindividuais. Não, em *terra brasilis*, os direitos individuais sempre foram maltratados e pouco valorizados, transferindo-se o protagonismo para os direitos sociais²⁶. Seja durante os longos invernos ditatoriais, seja durante os pequenos soluços

24 Neste sentido, cf. MELO, Geraldo Magela. A vedação ao retrocesso e o direito do trabalho: the seal backtracking and labor law. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*, Belo Horizonte, v. 52, n. 82, p. 65-74, jul/dez. 2010.

25 CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil*. O longo caminho. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002. p. 9-10.

26 *Idem*, p. 11-12.

democráticos de verão, os direitos sociais, e, mais especificamente, os direitos dos trabalhadores foram benesses concedidas pela vontade férrea do Estado. E como o hábito fez, sim, o monge, acabou-se por internalizar cada vez mais fundo aquela crença cega na hipossuficiência em abstrato. Os empregados, ainda que sindicalizados, não seriam capazes de construir o seu próprio destino, tornando-se dependentes da intervenção estatal. Pior, acreditou-se piamente que os direitos e garantias trabalhistas só deveriam avançar em uma via de mão única, sempre adiante, ainda que não existisse fonte de custeio ou de ela estar em vias de se esgotar.

Mas o ponto a ser frisado não é a ideia em si. Por mais discutível que ela seja, o fato é que não ficou restrita ao mundo dos livros. Parafraseando o antigo decano de Harvard e precursor da *sociological jurisprudence*, Roscoe Pound, esta ideia ganhou vida e tornou-se *law in action* com a sua implementação prática pela Justiça do Trabalho. Neste sentido, o melhor exemplo jurisprudencial desta crença de que os direitos dos trabalhadores deveriam somente se expandir e jamais retroceder pode ser vislumbrado, didaticamente, na modulação sofrida pela Súmula nº 277 do TST.

A sua redação original data de 03.03.88. Nela, afirmava-se que “As condições de trabalho alcançadas por força de sentença normativa vigoram no prazo assinado, não integrando, de forma definitiva, os contratos”. Posteriormente, em 25.11.09, o seu enunciado foi alterado, para constar: “I – As condições de trabalho alcançadas por força de sentença normativa, convenção ou acordos coletivos vigoram no prazo assinado, não integrando de forma definitiva, os contratos individuais de trabalho; II – Ressalva-se da regra do enunciado no item I o período compreendido entre 23.12.92 e 28.07.95, em que vigorou a Lei nº 8.542, revogada pela Medida Provisória nº 1.709, convertida na Lei nº 10.192, de 14.02.01”. E o que dizia a Lei nº 8.542/92? Ela cuidava da “política nacional de salários” e, no seu art. 1º, § 1º, prescrevia que “As cláusulas dos acordos, convenções e contratos coletivos de trabalho integram os contratos individuais de trabalho e somente poderão ser reduzidas ou suprimidas por posterior acordo, convenção ou contrato coletivo de trabalho”. Ou seja, durante cerca de dois anos e meio vigorou uma exceção expressa à proibição contida no § 3º do art. 614 da CLT²⁷. E, por decorrência lógica, excepcionou-se, também, o entendimento sufragado na Súmula nº 277 do TST. Com a revogação desta exceção legal, tudo voltou como antes no quartel de Abrantes.

Até que, repentinamente, nova mudança aconteceu. Enfatizo o repentino porque ela se deu sem que houvesse precedente. O TST não sinalizou, através

27 “Não será permitido estipular duração de Convenção ou Acordo superior a 2 (dois) anos.”

de um conjunto de decisões convergentes ao longo do tempo, estar em vias de alterar seu entendimento colegiado²⁸. E, como eu disse, a alteração aconteceu, foi brutal e sem aviso prévio. Assim, a partir de 27.09.2012, a Súmula nº 277 passou a dispor que “As cláusulas normativas dos acordos ou convenções coletivas integram os contratos individuais de trabalho e somente poderão ser modificadas ou suprimidas mediante negociação coletiva de trabalho”. Trocando em miúdos: depois desta guinada de 180°, mesmo quando expirada a vigência das normas coletivas, suas prescrições manteriam plena eficácia jurídica, até que norma coletiva posterior ocupasse o seu lugar.

Decreto-se, de uma hora para outra, o fim do vazio normativo. Repristinou-se a Lei nº 8.542/92 através de uma canetada judicial. Antes, se o empregador e o sindicato não chegassem a um bom termo depois de encerrada a vigência de uma convenção coletiva, nada acontecia, salvo se, por comum acordo, ajuizassem dissídio coletivo na busca de uma sentença normativa. Sob o ponto de vista da categoria, existia um vácuo enquanto as partes não decidissem retornar à mesa de negociação. Agora, se ambos não chegassem a um bom termo, o acordo anterior teria a sua vigência estendida *ad aeternum*, salvo se, por mútuo acordo, ajuizassem dissídio coletivo na busca de uma sentença normativa.

A rigor, operou-se um deslocamento do poder de pressão. Antes, em um contexto econômico mais difícil, a faca e o queijo estavam na mão do empresário, que poderia preferir deixar caducar os adendos coletivos e, simplesmente, não renová-los ou substituí-los. Os empregados ficariam apenas com os seus direitos legais e constitucionais. Agora, em circunstâncias adversas, a batuta estava com os sindicatos. Neste cenário, manteriam o que já tinham e ficariam em silêncio. O empresário poderia se esgueirar, argumentar que estava sem recursos, à beira da falência, mas se os empregados quisessem, fariam cara de paisagem e o obrigariam a manter o pagamento das prendas coletivas negociadas na época de bonança. Ele que se virasse nos trinta.

Esta dança das cadeiras do poder negocial pode e deve realizar-se ao longo do tempo. É salutar que, ora um lado possua maior ascendência (por exemplo,

28 De acordo com o art. 165 do Regimento Interno do TST, a edição de súmulas deve atender aos seguintes pressupostos: “I – três acórdãos da Subseção Especializada em Dissídios Individuais, reveladores de unanimidade sobre a tese, desde que presentes aos julgamentos pelo menos 2/3 (dois terços) dos membros efetivos do órgão; II – cinco acórdãos da Subseção Especializada em Dissídios Individuais, prolatados por maioria simples, desde que presentes aos julgamentos pelo menos 2/3 (dois terços) dos membros efetivos do órgão; III – quinze acórdãos de cinco Turmas do Tribunal, sendo três de cada, prolatados por unanimidade; ou IV – dois acórdãos de cada uma das Turmas do Tribunal, prolatados por maioria simples”.

em períodos de pleno emprego), ora o outro possa dar as cartas (como no caso referido, de crise). O problema aqui não é esse. A celeuma ocorreu porque o TST (i) tomou a iniciativa de transferir este poder de um lado para o outro (ii) sem precedentes que respaldassem a nova redação da Súmula (tendo sido “fruto de debates”) e (iii) com base numa interpretação para lá de duvidosa do art. 114, § 2º, da CF/88²⁹. Do início ao fim deste processo, verificou-se o atropelo da competência privativa do Congresso de legislar sobre direito do trabalho³⁰ e, o mais alarmante, por meio de um intervencionismo judicial altamente questionável³¹.

Por fim, vejamos a terceira premissa do velho direito do trabalho.

(3) *O princípio nº 1 do direito do trabalho é o da proteção do trabalhador*. Trata-se de uma máxima difundida no Brasil a partir da obra do professor uruguaio Américo Plá Rodriguez e repetida por praticamente 100% dos nossos manuais³². Nas suas palavras: “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”³³.

Não se discute que há um distúrbio de origem na relação de emprego: a sua assimetria congênita. Se alguém propõe trabalho em troca do salário necessário à sua sobrevivência, por certo que esta pessoa está em situação muito mais precária do que aquela outra que tem o dinheiro para oferecer. Que esta desigualdade material já levou a explorações dantescas (algumas delas encontradas, ainda hoje, em nosso país³⁴), ninguém duvida. Difícil achar alguém quem discorde desta realidade. Logo, é compreensível que, ao se pensar em direito do trabalho – isso desde o seu alvorecer (quando se construía a sua autonomia epistemológica) – essa nota distintiva seja sublinhada, negritada e escrita em caixa alta. Desde sempre, e para além de nossas fronteiras, o princípio da

29 A defesa desta mudança radical da Súmula nº 277 do TST foi feita pelos Ministros Augusto César Leite de Carvalho, Kátia Magalhães Arruda e Mauricio Godinho Delgado no artigo: *A Súmula 277 e a Defesa da Constituição*. Disponível em: <<http://www.veritae.com.br/artigos/arquivos/artigo%20-%20274.pdf>>. Acesso em: 7 set. 2017.

30 CF/88: “Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: I – direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho”.

31 Cf., neste sentido crítico: CARMO, Júlio Bernardo. A Súmula nº 277 e a ofensa ao princípio da legalidade. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*, Belo Horizonte, v. 55, n. 85, p. 75-84, jan./jun. 2012.

32 Por todos: DELGADO, Mauricio Godinho. *Op. cit.*, p. 200-202.

33 RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios de direito do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2000. p. 83.

34 Segundo dados do Ministério do Trabalho e Emprego, de 1995 a 2015, 49.816 pessoas foram libertadas da escravidão no Brasil. Disponível em: <<http://reporterbrasil.org.br/dados/trabalhoescravo/>>. Acesso em: 8 set. 2017.

proteção do trabalhador foi lido como o outro lado da moeda deste ramo do conhecimento jurídico. Um não existe sem o outro³⁵.

Todavia, no mundo contemporâneo, da modernidade líquida de Zygmunt Bauman³⁶, a velocidade dos fatos e da troca de informações, a crescente complexidade social e a sua inerente diversidade, nuances, verdades e pós-verdades fizeram com que esta dicotomia forte/fraco, implícita ao direito do trabalho, deixasse de ser tão simples assim. Há ocasiões em que este binômio se torna tão sutil que fica quase impossível saber onde está a urgência da proteção. Proteger quem e por quê? Pensem, por exemplo, no trabalhador que dispõe de conhecimento rarefeito no mercado (um neurocirurgião ou um engenheiro mecatrônico). Geralmente, ele é senhor de si, bem remunerado e com múltiplas oportunidades de inserção no mercado. Estaria ele precisando de proteção? Ah – dirão – mas você está indicando uma anomalia, e não a regra do dia a dia. Pode ser, reconheço. Mas e o caso do trabalho que, por ser muito penoso e estressante, não é procurado e/ou convive com uma alta rotatividade, especialmente em momentos de prosperidade econômica (aqui no Rio de Janeiro, podemos exemplificar com os motoristas de ônibus³⁷). Em situações desta natureza, a balança começa a pesar mais em favor dos trabalhadores. Ainda há assimetria? Certamente, mas não no mesmo patamar encontrado em outras profissões ou em outros segmentos do mercado. E este é o ponto.

Na medida em que o princípio da proteção do trabalhador se transforma em um mandamento sacrossanto, em uma verdade absoluta e, assim, imune a questionamentos – entenda-se ponderações, flexibilizações, disponibilidades e negociações – quando esta diretriz normativa se descola da vida como ela é, com suas incertezas, probabilidades, vicissitudes e idiosincrasias, ela deixa de servir ao seu propósito inicial: orientar, prospectivamente, a construção de soluções para os possíveis conflitos entre os trabalhadores e empresários³⁸.

A determinação – no sentido deôntico da palavra – de o Estado intervir ao máximo numa relação privada, protegendo de maneira inflexível o hipossuficiente abstrato, precisar ser recalibrada. Do contrário, se continuarmos de costas para o que efetivamente ocorre em um mercado de trabalho plural e complexo como o brasileiro, esta paradoxal absolutização de um princípio

35 Neste sentido, cf. DRAY, Guilherme Machado. *O princípio da proteção do trabalhador*. São Paulo: LTr, 2015. p. 50-51.

36 BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

37 Veja esta notícia de 14.05.2013, disponível em: <<https://oglobo.globo.com/rio/deficit-de-motoristas-de-onibus-no-rio-leva-empresas-contratarem-profissionais-com-pouca-pratica-8380654>>. Acesso em: 8 set. 2017.

38 Sobre a natureza prospectiva dos princípios, cf. ÁVILA, Humberto. *Op. cit.*, p. 71-73.

acabará por nos conduzir a um caminho sem retorno, fomentando um estado de coisas oposto ao que se imaginou³⁹. Como tudo na vida, este excesso de proteção do trabalhador acabará por desprotegê-lo, levando-o para o desemprego, o subemprego e a informalidade.

Milhões de trabalhadores brasileiros estão à margem da lei⁴⁰. Será que o fato de o velho direito do trabalho utilizar a ideia romântica e abstrata do indivíduo sempre fragilizado tem alguma culpa no cartório? Será que essa falta de sincronia entre o que se acredita inocentemente e o que ocorre no mundo real afeta a qualidade das nossas leis? Mais do que isso: será que a crença de que o trabalhador é sempre um pobre coitado, sempre uma pessoa pronta a ser usada, mastigada e cuspidada fora sem dó nem piedade, influencia a qualidade da nossa jurisprudência? E, na mão contrária, será que estas decisões também partem da premissa do empresário velhaco, maquiavélico e com sangue nos olhos, insensível ao semelhante e disposto a tudo para lucrar a qualquer preço⁴¹?

A bem de ver, as duas premissas anteriores do velho direito do trabalho acabam por se entrelaçar com esta terceira. Elas são uma coisa só, separadas unicamente para facilitar a análise crítica; um movimento retórico, partidário do ditado bélico: dividir para conquistar. Rigidez na última potência, hipossuficiência em abstrato, indisponibilidade total de direitos (sem qualquer critério objetivo) e intervenção máxima do Estado, em suas faces executiva, legislativa e judiciária. São todos pilares convergentes para a mesma e única noção: a de um princípio que determina a otimização de um estado de coisas irreal, voltado para a proteção unilateral, expansiva e absoluta de um trabalhador fictício.

39 Cf. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 111, onde o autor da teoria da norma mais adotada atualmente no Brasil, afirma que: “Se existem princípios absolutos, então, a definição de princípios deve ser modificada, pois se um princípio tem precedência em relação a todos os outros em casos de colisão (...) isso significa que sua realização não conhece nenhum limite jurídico, apenas limites fáticos. Diante disso, o teorema da colisão não seria aplicável. (...) ou os princípios absolutos não são compatíveis com direitos individuais, ou os direitos individuais que sejam fundamentados pelos princípios absolutos não podem ser garantidos a mais de um sujeito de direito”.

40 Em números absolutos, mais de 5 milhões de pessoas estão atuando nos chamados subempregos, mais de 13 milhões estão desempregadas e mais de 32 milhões trabalham sem qualquer respaldo legal, na informalidade. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2017-04/ibge-total-de-desempregados-cresce-e-atinge-142-milhoes>>. Acesso em: 8 set. 2017.

41 O detalhe interessante é que, de acordo com pesquisa feita pelo Sebrae a partir dos dados colhidos no Cadastro Geral de Empregados e Desempregados (CAGED) do Ministério do Trabalho e Emprego, cerca de 70% dos empregos formais do Brasil são oferecidos por micro e pequenas empresas, ou seja, pessoas que normalmente estão ali, ombro a ombro com seus empregados, trabalhando tanto ou mais do que eles. Disponível em: <<http://economia.estadao.com.br/noticias/geral,pequena-empresa-responde-por-70-dos-empregos,70001963654>>. Acesso em: 8 set. 2017.

Por essas e outras que o Professor Arion Sayão Romita já dizia que o princípio da proteção estava em xeque⁴².

2.1 – Solução tradicional para um caso paradigmático

Para permitir uma melhor comparação entre o velho e o novo direito do trabalho, vou narrar uma história que tem surgido na Justiça do Trabalho com considerável frequência.

Um ator famoso (ou um famoso jornalista) ajuíza uma demanda trabalhista em face de uma rede de televisão. Argumenta que foi contratado como autônomo e, posteriormente, como pessoa jurídica. Sua remuneração girou na casa dos R\$ 50.000,00 por mês. Obedecia às ordens da diretoria da empresa e possuía jornada pré-definida pelo tomador. Depois de 10 anos de sucessivas contratações, não houve mais renovação. Pleiteia o reconhecimento do vínculo jurídico empregatício com unicidade contratual e o pagamento dos consectários legais. A rede de televisão contra-argumenta que o ator (ou o jornalista) aceitou a contratação como autônomo desde o início, que nunca lhe prometeu vínculo de emprego, que a pessoa jurídica do trabalhador existia antes de lhe prestar serviços e que ainda existe nos dias de hoje. Declarou, ainda, que o autor nunca lhe pediu a mudança de regime jurídico e que sempre se mostrou satisfeito com a sua situação.

Pois bem. Imagine você que estes fatos são incontroversos. Logo, na ausência de dúvida sobre o que aconteceu, caberia apenas a decisão final: há ou não há vínculo de emprego a ser reconhecido entre as partes?

A resposta tradicional é um algoritmo bem conhecido. Vamos alimentando os requisitos do art. 3º da CLT: onerosidade (R\$ 50.000,00/mês), não eventualidade (trabalho contínuo por dez anos), pessoalidade (uma celebridade que, obviamente, não se podia fazer substituir) e subordinação jurídica (obedecia às escalas, as jornadas eram definidas pelo contratante e atendia aos comandos da diretoria). E rapidamente está montada a solução *prêt-à-porter*: precedente o pedido principal de reconhecimento de vínculo de emprego com a unicidade contratual e também os acessórios legais decorrentes. Por baixo, a liquidação de um processo deste calibre ultrapassa os R\$ 10.000.000,00. Não, eu não errei os zeros. Escreverei por extenso: ultrapassa os dez milhões de reais.

Dito isso, convido-o a pensar fora da caixa e pergunto: esta solução satisfaz o seu sentimento de justiça? Ou a inflexibilidade legal, somada à falsa

42 ROMITA, Arion Sayão. *O princípio da proteção em xeque*. São Paulo: LTr, 2003. p. 21-38.

hipossuficiência e à indisponibilidade ilusória, propiciaram uma intervenção estatal indevida e, o que é pior, protegeu quem não precisava de proteção?

Guarde esta ideia, pois daqui a pouco voltarei a ela.

3 – As novas premissas do direito do trabalho

Karl Popper diferenciava o princípio da racionalidade da racionalidade como atitude pessoal.

O primeiro deve ser compreendido como o princípio da ação apropriada à situação⁴³. Não se trata de uma afirmação empírica ou psicológica, no sentido de o ser humano sempre agir racionalmente⁴⁴. Até porque, como mencionei na introdução deste ensaio (e você já deve ter testemunhado isso na sua vida pessoal) nem sempre isso acontece. Então, para que serviria esta máxima da razão humana? Ela nos serve de uma aproximação da verdade, de um postulado metodológico, de uma verdade *a priori* que podemos e devemos utilizar na análise de modelos teóricos que nos permitam entender o que ocorre na sociedade⁴⁵. A premissa da racionalidade é apenas e tão somente uma hipótese testável e não uma teoria explicativa da realidade.

A racionalidade como atitude seria outra coisa. De acordo com Popper, esta seria a adoção de uma postura racional, ou seja, a disposição de corrigir suas próprias convicções e, na sua forma mais desenvolvida, a “disposição de discutir criticamente as próprias crenças e de corrigi-las à luz das discussões críticas com outras pessoas”⁴⁶. Esta abertura, contudo, não se dá simplesmente por meio de debates sobre teses. Ao contrário, somente por meio da verificação em concreto é que se poderão constatar os nossos erros de raciocínio, a fim de que possamos corrigi-los. E, neste ponto, Karl Popper faz uma distinção fundamental entre o que considera ser uma pessoa racional e outra, irracional. A primeira não possui convicções incorrigíveis: ela sempre mostra disposição para corrigir as suas crenças⁴⁷. Com relutância? Provavelmente. Mas, ainda assim, estará pronto para “corrigir suas concepções sob a pressão dos acontecimentos, das opiniões sustentadas por terceiros e dos argumentos críticos”⁴⁸. Já a segunda, ao mostrar-se “engajada”, mantém as suas opiniões rígidas, resistentes

43 POPPER, Karl Raimund, Sir. *Textos escolhidos*. Org. David Miller. Rio de Janeiro: Contraponto: PUC-Rio, 2010. p. 350.

44 *Idem*, p. 351.

45 *Idem*, p. 352.

46 *Idem*, p. 356.

47 *Idem*, p. 356.

48 *Idem*, *ibidem*.

a qualquer mudança, a qualquer correção. Nas suas palavras: “como não pode estar na posse da verdade plena (ninguém está), resiste à correção racional até mesmo de convicções absurdamente equivocadas. E continua a resistir, mesmo que a correção delas seja amplamente aceita durante sua vida”⁴⁹.

Voltemos para o nosso tema. Havia uma racionalidade implícita ao velho direito do trabalho. Ela foi construída ao longo dos séculos e se originou de uma realidade palpável. Entretanto, esta hipótese ruiu, não existe mais. Não é mais viável, nos dias de hoje, defender a racionalidade de um modelo de direito do trabalho inflexível, calcado em uma hipossuficiência onipresente e numa indisponibilidade intransponível, que exige uma intervenção cada vez mais sufocante do Estado sobre a vida privada, sob o argumento de que se deve proteger o empregado, dando-lhe cada vez mais direitos a qualquer preço, mesmo que, ao fim e ao cabo, isso contribua para o seu desemprego ou subemprego e para jogá-lo na informalidade.

Portanto, a constatação empírica do nosso erro de raciocínio nos obriga a repensar o direito do trabalho como um todo. O que antes era aceitável racionalmente, legítimo, não é mais. E talvez seja a hora de dar uma chance ao novo modelo que nos foi posto pela Lei nº 13.467/2017. Acredito ser possível nos apropriarmos do princípio metodológico da racionalidade como a premissa básica do novo direito do trabalho que se apresenta. Se ele será efetivamente racional na prática, só descobriremos quando o aplicarmos e medirmos as suas consequências, sempre com a atitude certa: aberta, crítica e reflexiva. Mas isso não nos impede de, ao menos em tese, dizer que há, sim, argumentos razoáveis para lastrear a validade desta hipótese inicial.

Para facilitar o nosso diálogo, discorrerei sobre o que penso serem as premissas do novo direito do trabalho, valendo-me das premissas do velho direito do trabalho como contraponto. Então, vamos a elas.

(1) *O direito do trabalho deve ser superflexível.* De agora em diante, o art. 7º, VI, XIII e XIV, da CF/88 alterou sua polaridade: de exceção passou à regra geral.

Primeiro porque, ao permitir a flexibilização do salário e da jornada de trabalho, a Constituição abriu uma janela de oportunidade para que os demais direitos também possam ser negociados. Ora, se o pagamento pelo trabalho (sem o qual haverá o risco da escravidão) e a limitação da quantidade de tempo à disposição para o trabalho (sem a qual – para o mais comum dos empregados – haverá o risco da exploração física e mental) podem ser modulados

49 *Idem, ibidem.*

pelos próprios interessados, por que não permitir que esta transação também ocorra, por exemplo, com as férias, com a participação nos lucros ou com o FGTS? Ficariam sob observação apenas os direitos fundamentais materiais dos trabalhadores subordinados, na medida em que seriam o colchão de segurança da manutenção da sua autonomia da vontade, coletiva e individual. Por serem algo como as condições de possibilidade discursiva de Habermas, os direitos fundamentais especificamente desenhados para os empregados preservariam a sua capacidade de decidir livremente como, quanto e até quando limitar a sua própria vontade e/ou enfraquecer algumas de suas posições jurídicas⁵⁰.

Esta maneira de interpretar os dispositivos constitucionais não é exatamente uma novidade. Trata-se de um *mix* de (i) identificação do núcleo essencial do direito do trabalho com o mínimo existencial extraído da Constituição de 1988⁵¹, com (ii) a utilização do conhecido argumento *a fortiori*⁵². Já havia precedente neste sentido, mas era voz minoritária⁵³. Ocorre que o Parlamento contornou a opinião dominante na Justiça do Trabalho e impôs a sua: promover um direito do trabalho altamente flexível, a partir da confiança depositada na capacidade de decisão dos empregados.

Mas isso não é só. Outra ideia também posta de lado pela Reforma Trabalhista foi a de que esta flexibilização só poderia ser realizada coletivamente. Leia atentamente estes enunciados do art. 7º da CF/88: “VI – irredutibilidade de salário, salvo o disposto em *convenção ou acordo coletivo*; (...) XIV – jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, salvo *negociação coletiva*; (...) XXVI – reconhecimento das *convenções e acordos coletivos de trabalho*”. Agora leia o inciso XIII do mesmo artigo: “duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante *acordo ou convenção coletiva de trabalho*”.

Sendo bem direto: a mera análise sintática da redação normativa nos permite afirmar facilmente que o constituinte – ao enunciar *convenções e acordos coletivos* – reservou a flexibilização de salário (art. 7º, VI) e da jornada de seis horas de turnos ininterruptos de revezamento (art. 7º, XIV) para a negociação em

50 Sobre os direitos fundamentais como condições de possibilidade discursiva para a construção legítima de um Estado Democrático e Constitucional de Direito, cf. HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. 2. p. 221-247.

51 GOMES, Fábio Rodrigues. *Direitos fundamentais dos trabalhadores*. p. 137 e ss.

52 Sobre esta maneira de argumentar, levando a efeito a máxima de quem pode o mais, pode o menos, cf. PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica: nova retórica*. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 76-77.

53 MARTINS FILHO, Ives Gandra. *Manual esquemático de direito e processo do trabalho*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 56-59.

grupo, através da deliberação coletiva. Entretanto, no tocante à duração normal do trabalho (art. 7º, XIII), ao enunciar *acordo e convenção coletiva*, autorizou o empregado, individualmente, a negociar, seja para compensar horários, seja para reduzi-los. Vejo nitidamente uma aposta na confiança da capacidade de decisão individual do empregado para a adequação de sua rotina de trabalho, de acordo com os seus interesses e os da empresa. E a razão me parece singela: ninguém melhor do que o próprio trabalhador e o seu empregador para saberem a exata medida desta adequação.

Desta feita, toda a lógica subjacente à flexibilização mudou da água para o vinho. No velho direito do trabalho, ao empregado não era dada uma palavra sequer a respeito de sua própria vida laboral. Tudo o que decidisse, ainda que sem vícios de consentimento, seria precário. Ele teria o direito de se arrepender e voltar atrás, sob o argumento genérico e tendencialmente malicioso de “prejuízos diretos ou indiretos” sofridos em razão da alteração que ele mesmo havia negociado. O art. 468 da CLT o blindava das consequências de suas decisões, caso elas lhe parecessem ruins. A rigor, o antigo modelo tornava-o irresponsável em um segmento altamente importante de sua vida, autorizando-o a testar, não gostar e dizer: “não quero mais”. Sem a exigência concomitante da exposição dos motivos relevantes que o levaram a esta desistência, havia o estímulo ao egoísmo e ao capricho pessoal. E do outro lado? Ora, o empregador que suportasse os custos desta mudança brusca e arbitrária de direção, pois a culpa seria sua. Afinal, quem o mandou negociar diretamente com um sujeito de direito que, apesar de plenamente capaz e imputável penalmente, era, sob a ótica trabalhista, uma pessoa para todo o sempre desprovida de liberdade?

Na verdade, os sinais de mudança desta primeira premissa do novo direito do trabalho surgiram antes da promulgação da Lei nº 13.467/2017. Eles vieram do Supremo Tribunal Federal.

No julgamento do RE 590.415/SC, publicado em 29.05.2015 e cujo relator foi o Ministro Luis Roberto Barroso, o STF alterou uma trajetória jurisprudencial do TST que, de tão estável, já havia se tornado orientação jurisprudencial: a OJ nº 270 da SDI-1. Redigida em 27.09.02, o seu texto dizia o seguinte: “A transação extrajudicial que importa rescisão contratual ante a adesão do empregado a plano de demissão voluntária implica quitação exclusivamente das parcelas e valores constantes do recibo”.

Este é um exemplo perfeito do velho direito do trabalho. Basta a leitura dos precedentes que deram ensejo a esta OJ para constatar que cuidavam de casos nos quais o empregado havia aderido a um Plano de Demissão Voluntária homologado por acordo coletivo e contendo cláusula de quitação geral.

Mais uma vez: o empregado, sem qualquer menção a erro, dolo, coação, lesão ou estado de necessidade, informou-se desta modalidade atípica de distrato oferecida pelo empregador e, contando com a concordância do sindicato, leu, refletiu e aderiu à proposta, recebendo valores bem superiores ao que receberia se houvesse sido dispensado sem justa causa. Embolsou o dinheiro e dias, meses ou até dois anos depois ajuizou ação na Justiça do Trabalho, buscando o pagamento de outras parcelas que não estavam descritas no documento. O detalhe: neste documento, por ele livremente assinado, havia uma cláusula dando plena, geral e irrestrita quitação ao empregador, declarando expressamente que nada mais haveria a reclamar nem pleitear a qualquer título.

O que dizia o TST? Que estas situações, apesar de não serem exatamente uma rescisão contratual típica, deveriam submeter-se ao art. 477, § 2º, da CLT⁵⁴. Contudo, na medida em que o sindicato representante dos empregados havia chancelado o PDV, flexibilizou-se esta determinação legal, o que não era aceito até então. Daí porque considero o julgamento do RE 590.415/SC um marco histórico do novo direito do trabalho brasileiro, uma verdadeira certidão do seu nascimento ou, vá lá, ao menos a sua ultrassonografia jurisprudencial.

Ao longo de suas mais de vinte e oito páginas, o acórdão expressa claramente o principal vetor axiológico a nortear este novo momento: o da crença na autonomia da vontade. Mas não uma crença metafísica. E, sim, um pensar no empregado como uma pessoa dotada de inteligência, sensibilidade e capacidade de, sob condições normais de pressão e temperatura, decidir a sua própria vida.

Na decisão, reconheceu-se que a Constituição de 1988 inaugurou um modelo justralhista mais democrático e autônomo, exemplificando com as convenções e acordos coletivos, elevadas a instrumentos legítimos de prevenção e de autocomposição de conflitos. A participação do sindicato fortalece estes mecanismos pelos quais os empregados formulam as normas que regerão a sua própria vida. Este é o espírito sob o qual devemos interpretar as normas infraconstitucionais.

O STF acrescentou, ainda, que (i) na negociação coletiva não há a mesma assimetria de poder presente nas relações individuais de trabalho, que (ii) o princípio da lealdade da negociação coletiva deve nortear a interpretação do seu resultado (no sentido de que deve ele ser interpretado e cumprido com boa-fé e transparência) e que (iii) o princípio da adequação setorial negociada fomenta a prevalência de regras autônomas sobre as heterônomas (desde que

54 “O instrumento de rescisão ou recibo de quitação, qualquer que seja a causa ou forma de dissolução do contrato, deve ter especificada a natureza de cada parcela paga ao empregado e discriminado o seu valor, sendo válida a quitação, apenas, relativamente às mesmas parcelas.”

não violem direitos fundamentais correspondentes a um patamar civilizatório mínimo). E, em seguida, o Ministro Barroso realçou a relevância do incentivo ao diálogo, ao experimento do autogoverno e ao exercício da habilidade e do poder de influenciar a vida no trabalho e fora do trabalho. O contrário disso promove uma concepção paternalista que recusa aos empregados a possibilidade de tomarem as suas próprias decisões e de aprenderem com os próprios erros, atrofiando as suas capacidades cívicas e, por consequência, excluindo parcela considerável da população do debate público.

Tratar os empregados como cidadãos livres e iguais é um dever de ofício do Judiciário, assim como preservar um ambiente de confiança recíproca, pois essencial ao diálogo, à negociação e à prevenção de conflitos, afirmou o relator. Por isso, o cumprimento do acordado, de forma leal e transparente, é indispensável, até porque o reiterado descumprimento provoca descrédito dos instrumentos coletivos, majorando os seus custos de transação em prejuízo dos próprios trabalhadores. Neste contexto, os PDVs aprovados por meio de convenções e acordos coletivos desempenham uma importante função de minimizar os riscos e danos trabalhistas, especialmente em momentos de crise. De maneira que fazer tábua rasa do que foi combinado prejudica a seriedade destes ajustes, ao ponto de empresários não mais os adotarem ou, quando muito, reduzirem drasticamente os benefícios que neles são oferecidos.

Por fim, depois de afastar a ideia constante do acórdão do TST que uniformizou o entendimento sobre a matéria (no sentido de que “o empregado merece proteção, inclusive, contra a sua própria necessidade ou ganância”), o Ministro Luis Roberto Barroso asseverou que “Não se pode tratar como absolutamente incapaz e inimputável para a vida civil toda uma categoria profissional, em detrimento do explícito reconhecimento constitucional de sua autonomia coletiva (art. 7º, XXVI, da CF)”, votando pela convalidação do ajuste como um todo.

Eis aí o embrião do novo direito do trabalho.

Tanto assim que, algum tempo depois, ele foi encampado pela Lei nº 13.467/2017 que, ao criar o art. 477-B da CLT, preceituou: “Plano de Demissão Voluntária ou Incentivada, para dispensa individual, plúrima ou coletiva, previsto em convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, enseja quitação plena e irrevogável dos direitos decorrentes da relação empregatícia, salvo disposição em contrário estipulada entre as partes”.

(2) O Estado brasileiro possui o dever de intervenção mínima nas relações de emprego. A melhor decisão possível deve ser a construída pelos próprios interessados, através do diálogo pautado no igual respeito, consideração e

poder de barganha. Na mão inversa, a Justiça do Trabalho deve reconhecer sua limitada capacidade institucional para aferir os variados – e às vezes sofisticados – conteúdos das normas coletivas criadas pelos seus destinatários, devendo abandonar suas pré-compreensões de indisponibilidade absoluta de direitos e, principalmente, de desconfiança nos atores sociais envolvidos.

O paternalismo ilegítimo está com os dias contados. A escassez de recursos (ou a reserva do possível) bateu à porta de todo cidadão brasileiro. Os rombos estratosféricos no orçamento público, o descontrole dos gastos, a ineficiência gerencial e fiscalizatória, as oscilações do mercado de *commodities* – com destaque para o petróleo e o ferro – são exemplos de fatos em estado bruto, que pulverizaram o discurso político-jurídico do Estado eternamente provedor⁵⁵. Não que se tenha abraçado de peito aberto a figura libertária do Estado mínimo. Mas certamente muitos acordaram para a dura e óbvia realidade ensinada por Milton Friedman há algumas décadas: “não existe almoço grátis”⁵⁶.

Neste contexto desértico, torna-se cada vez mais difícil argumentar em favor de uma vedação de retrocesso social *tout court*. Os brasileiros do ano de 2.587 não poderão alterar ou reduzir absolutamente nada do velho direito do trabalho? O modelo reinante na segunda metade do século XX no Brasil é o estado da arte jurídica? Nunca mais se atingirá este nível de perfeição normativa, a não ser que seja para o Estado intervir unilateralmente e ampliar a quantidade de direitos e garantias dos empregados? As normas prescritas na CLT – remendada a torto e a direito desde 1943 – devem ser lidas com intocáveis? Toda e qualquer inovação normativa infraconstitucional ou todo e qualquer detalhamento das normas constitucionais só devem ser autorizados se vierem para majorar direitos dos empregados?

Estas questões me lembraram o título de um filme B, do renomado Jean-Claude Van Damme, que passava na Sessão da Tarde e preenchia a minha saudosa ociosidade juvenil: “Retroceder nunca, render-se jamais”⁵⁷. Brincadeiras à parte, não me parece razoável interpretar o *caput* do art. 7º da CF/88 desta maneira. Ela estimula a gula normativa de um lado, independentemente da vontade e da situação econômico-financeira do outro. Com isso, está-se isolando o direito do trabalho da realidade, o que não lhe faz bem. E, de igual modo, o isolamento também ocorre quando se pretende a regulamentação es-

55 Sobre o tema, vale a leitura de: MENDONÇA, Eduardo Bastos Furtado de. *Constitucionalização das finanças públicas no Brasil*: devido processo orçamentário e democracia. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

56 *There's no such thing as a free lunch*: essays on public policy. Open Court Publishing Company, 1977.

57 Disponível em: <<http://www.adorocinema.com/filmes/filme-3661/>>. Acesso em: 9 set. 2017.

tatal e minuciosa de toda a realidade, pois, no mínimo, ou algo será esquecido, ou algo será desconhecido, ou algo será oneroso demais. Em todos os casos, o resultado será o mesmo: o descumprimento, o descrédito e o fim da eficácia social do direito.

Foi justamente esta espécie de camisa-de-força normativa que apareceu no velho direito do trabalho, com a reconfiguração da Súmula nº 277 do TST. E não foi outro o motivo da suspensão dos seus efeitos, através de liminar concedida pelo Ministro do STF, Gilmar Mendes, nos autos da ADPF 323⁵⁸.

Ao sublinhar que “o principal fator positivo da ultratividade da norma coletiva seria evitar período de anomia jurídica entre o final da vigência da norma anterior e a superveniência da seguinte”, o Ministro Gilmar destacou que “Tal argumentação ignora, todavia, o amplo plexo de garantias constitucionais e legais já asseguradas aos trabalhadores, independentemente de acordo ou convenção coletiva. Na inexistência destes, os empregados não ficam desamparados, pois têm diversos direitos essenciais resguardados”. Na visão do Ministro, tratou-se de uma “autêntica jurisprudência sentimental, seguida nos moldes semelhantes à adotada pelo bom juiz Magnaud”. E foi além, dizendo que: “É esse ativismo um tanto quanto *naif* que o TST parece pretender seguir na espécie. Também a Justiça do Trabalho não pode perder de vista a realidade e, a partir de visões próprias de mundo, focada a atingir determinado fim que entende nobre, atuar com o bom juiz Magnaud. Há limites que precisam ser observados no Estado democrático de direito e dos quais não se pode deliberadamente afastar para favorecer grupo específico”.

Mas não foi apenas neste caso que o STF refreou o ativismo e a maximização intervencionista do velho direito do trabalho. Também o julgamento do RR 1928-03.2010.5.06.024 foi reformado, por meio do RE 895.759, publicado em 13.09.2016 e relatado pelo Ministro Teori Zavascki⁵⁹. No correr de sua fundamentação, o Ministro Teori afirmou claramente que o STF, já por ocasião do RE 590.415, havia declinado sua posição favorável a prestigiar a autonomia coletiva da vontade “como mecanismo pelo qual o trabalhador contribuirá para a formulação das normas que regerão sua própria vida, inclusive no trabalho”. Desta forma, ainda que “o acordo coletivo de trabalho tenha afastado direito assegurado aos trabalhadores pela CLT, concedeu-lhe outras vantagens com vistas a compensar essa supressão”, ressaltando, inclusive, o fato de não ter

58 Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF323.pdf>>. Acesso em: 9 set. 2017.

59 Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4794743>>. Acesso em: 9 set. 2017.

sido rechaçada, no processo, a validade da votação da assembleia geral que deliberou pela celebração do acordo coletivo.

Portanto, e após registrar que a Constituição admitiu que normas coletivas dispusessem sobre salário (art. 7º, VI) e jornada de trabalho (art. 7º, XIII e XIV), “inclusive reduzindo temporariamente remuneração e fixando jornada diversa da constitucionalmente estabelecida”, o relator constatou não ter o acordo coletivo extrapolado os limites da razoabilidade, ao suprimir a contagem das horas *in itinere* em troca de outras vantagens, com base na válida manifestação de vontade da entidade sindical.

Vê, pois, que, mesmo antes da Lei nº 13.467/2017, já estava aberto o caminho para o negociado prevalecer sobre o legislado. E foi exatamente isso – e um pouco mais – o que se positivou.

Começando pelo fim, saliento que o *caput* do art. 611-A da CLT explicitou a prevalência da convenção e do acordo coletivo sobre a lei formal. Ocorre que o Legislativo se adiantou e listou uma série de quinze incisos, nos quais apontou os assuntos sobre os quais os sindicatos terão permissão para negociar. Ou seja, acredito que para diminuir potenciais conflitos em juízo a respeito de rolos compressores de maiorias sindicais eventuais, o Parlamento optou por, ele mesmo, positivar o que poderá ser posto na mesa de discussão.

Para confirmar esta minha suspeita, veio em sequência o art. 611-B da CLT. Em um raro exercício de hermenêutica legislativa, o Congresso prescreveu o que não poderá ser negociado. Em trinta incisos, elencou o que constituirá objeto ilícito de convenção ou acordo coletivo, na hipótese de estes instrumentos virem a suprimi-los ou reduzi-los. A rigor, o art. 611-B da CLT esclareceu o que é considerado direito materialmente fundamental pelos parlamentares, pois acabaram por reproduzir diversos dispositivos constitucionais positivados no art. 7º⁶⁰.

Tivesse ficado só nisso, já haveria centenas de metros de pano para manga. Entretanto, o diálogo institucional prosseguiu e os legisladores passaram mais recados à Justiça do Trabalho⁶¹. De baixo para cima: (i) o § 3º do art. 614 da CLT enfatizou a proibição de ultratividade e da duração de convenção ou acordo coletivo por mais de dois anos (sepultando o que já estava posto em coma pela ADPF 323); (ii) o parágrafo único do art. 611-B da CLT realizou

60 Sobre os critérios desenvolvidos por mim para a identificação dos direitos materialmente fundamentais positivados na Constituição de 1988, cf. GOMES, Fábio Rodrigues. *Os direitos fundamentais dos trabalhadores*. p. 135 e ss.

61 Sobre a importância do diálogo institucional no Estado Constitucional e Democrático de Direito, cf. BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

DOCTRINA

uma interpretação redutora de sentido da expressão “normas de saúde, higiene e segurança do trabalho”, para dela excluir as “regras de duração do trabalho e intervalo” como suas possibilidades semânticas; (iii) os parágrafos do art. 611-A da CLT trouxeram uma série de limitações à atuação judicial, dentre as quais destaco apenas os §§ 2º e 1º.

Ao manter a validade de normas coletivas desprovidas de indicação expressa de contrapartidas recíprocas, creio que os congressistas acabaram reforçando, de maneira até um tanto quanto redundante, a sua confiança na autonomia da vontade coletiva. Afinal, não é racional que o sindicato aceite abrir mão de benesses ou flexibilize direitos sem nada receber em troca. Atuar contra os seus próprios interesses, *rectius*, contra os interesses dos seus associados não é o comportamento normalmente esperado desta entidade. Logo, se o sindicato flexibilizou algo sem contrapartidas explícitas, presumiu o Parlamento que algum ganho obteve, ainda que não mencionado, ainda que implícito. Basta pensar, por exemplo, em um empresário prestes a fechar as portas e que, para evitar a bancarrota, põe as cartas na mesa e costura um acordo coletivo para fracionar o pagamento do 13º salário dos seus empregados, mais nada sendo escrito. Neste caso concreto, haverá invalidade?

Este é o segredo. O juiz não poderá trabalhar amparado naqueles conceitos do velho direito do trabalho. A etérea hipossuficiência e a indisponibilidade de tudo são coisas do passado. De agora em diante deverá analisar o varejo, a realidade e perceber qual a intenção efetiva por detrás destas costuras normativas. Claro que isso não colocará a salvo circunstâncias envolvendo fraude, erro, dolo e situações que tais, nas quais sejam desvendadas ilicitudes e/ou vícios de consentimento de parte a parte.

O § 1º do art. 611-A da CLT, por sua vez, faz remissão ao § 3º do art. 8º da CLT. E o que nos diz este dispositivo? Ele prescreve que: “No exame de convenção ou acordo coletivo de trabalho, a Justiça do Trabalho analisará exclusivamente a conformidade dos elementos essenciais do negócio jurídico, respeitado o disposto no art. 104 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), e balizará sua atuação pelo princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva”.

Aproveito o ensejo para reproduzir também o § 2º do mesmo art. 8º da CLT, no qual se prescreve que: “Súmulas e outros enunciados de jurisprudência editados pelo Tribunal Superior do Trabalho e pelos Tribunais Regionais do Trabalho não poderão restringir direitos legalmente previstos nem criar obrigações que não estejam previstas em lei”. Vamos daqui e depois eu volto para lá.

DOCTRINA

Acredito que eu e você estejamos de acordo com a mensagem telegrafada a partir da Praça dos Três Poderes: juízes do trabalho, contenham-se! Mais do que a mera sugestão de uma postura minimalista, a ideia aqui foi – sem meias palavras – a de domesticar a Justiça do Trabalho, de cima a baixo. Como já expus antes, a Reforma Trabalhista possui um viés reativo. O STF já havia iniciado a mudança de rumos e, querendo ou não, passou o bastão para o Congresso Nacional, que acelerou o passo. Acontece que, em relação ao § 2º do art. 8º da CLT, os legisladores tropeçaram nas suas próprias pernas.

Para início de conversa, não são os juízes os primeiros a pular a cerca e fugir da prisão formalista. Ir além do texto normativo é tarefa corriqueira dos advogados, que provocam o Judiciário e lhe apresentam teses nem sempre fieis à estrita redação legal. Neste sentido, o professor italiano Riccardo Guastini nos ensina o óbvio: que o advogado é fiel aos interesses do cliente⁶². E diz mais: os advogados “não dão como deduzida alguma obrigação (moral) de si mesmos ou de seus clientes no sentido de obedecer à lei enquanto tal (...) não se perguntam qual é o “verdadeiro” significado da lei ou qual teria sido a “verdadeira” intenção do legislador. Perguntam-se: como posso interpretar ou manipular as formulações normativas existentes em vista dos objetivos do meu cliente?”⁶³.

Pronto. Logo à queima-roupa, retiramos parte do fardo criativo dos ombros dos magistrados. Nem toda a culpa do universo está em nossa conta. Mas ainda que não houvesse essa dose de natureza humana na formulação das pretensões, existem outros obstáculos intransponíveis a esta intenção castradora. Qualquer teórico de meia pataca sabe muito bem que tentativas deste jaez são fruto de uma doce e anacrônica ilusão montesquiana. Em linhas gerais, desde a Revolução Francesa o modelo do *civil law* mantém o controle sobre o juiz através da obrigação de motivar⁶⁴. Mas não se restringe a isso. Há também a obrigação de conferir publicidade aos seus atos (expondo-o à crítica social) e, dentro de determinados limites, há a organização judiciária em instâncias recursais. E há, também, como não poderia deixar de ser, a sujeição do julgador à lei⁶⁵. E aqui voltamos ao ponto.

Sujeitá-lo à lei não significa aprisioná-lo à linguagem da lei. Por encaixar-se como uma luva nesta falsa polêmica, peço permissão para transcrever a lição do professor Chaïm Perelman, segundo a qual: “O fato de o juiz submeter-se à lei ressalta a primazia concedida ao poder legislativo na elaboração das regras

62 GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 144.

63 *Idem, ibidem*.

64 PERELMAN, Chaïm. *Op. cit.*, p. 183-184 e 209-210.

65 GUASTINI, Riccardo. *Op. cit.*, p. 264-266.

de direito. Mas disso não resulta, de modo algum, um monopólio do legislativo na formação do direito. O juiz possui, a este respeito, um poder complementar indispensável que lhe permitirá adaptar a lei aos casos específicos. Se não lhe reconhecessem tal poder, ele não poderia, sem recorrer a ficções, desempenhar sua missão, que consiste no solucionamento de conflitos: a natureza das coisas obriga a conceder-lhe um poder criativo e normativo no domínio do direito”⁶⁶.

A rigor, esta trivialidade hermenêutica já havia sido denunciada bem antes de Perelman, por um dos mais notórios detratores do formalismo jurídico: Oliver Wendell Holmes Jr. Tido como um dos fundadores do realismo jurídico norte-americano, este ex-professor de Harvard e juiz da Suprema Corte dos EUA defendeu que o direito é a previsão do que as cortes farão de fato, e nada mais pretensioso do que isso⁶⁷. Desafio você a encontrar visão mais cética do que esta, a respeito da importância dos conceitos, teorias e demais rapapés academicistas na definição do que é o nosso direito de cada dia.

Para afastar esta verdadeira angústia interpretativa (pois poucos dormirão tranquilos, sabedores de que a solução dos seus problemas dependerá unicamente dos humores e pendores subjetivos do juiz da ocasião), o professor inglês Herbert Hart indicou um roteiro intermediário. Nem o nobre sonho formalista, nem o pesadelo realista⁶⁸. No fim das contas, os juízes tendem a deixar o seu ego de lado e a seguir a opinião dominante nos casos fáceis (naqueles em que não há dúvida sobre a norma a ser aplicada ou o sentido que lhe deva atribuído). Apenas nos casos difíceis (naqueles em que há uma zona de penumbra, ou porque não há norma aplicável, ou porque os sentidos são múltiplos ou indecifráveis) é que ele fica livre para criar a solução normativa⁶⁹. Ou seja, nem tanto ao mar (como na rigidez prevista no § 2º do art. 8º da CLT), nem tanto a terra (na medida em que os *hard cases* seriam pontuais).

Ocorre que, por mais boa-vontade que se tenha com a teoria proposta pelo professor Hart, o olhar realista do mundo me impede de aceitá-la tranquilamente. Para quem já se aventurou pelos meandros da consciência e da linguagem⁷⁰ ou

66 *Op. cit.*, p. 203.

67 HOLMES Jr., Oliver Wendell. *The path of law*. New York: Kaplan Publishing, 2006. p. 6.

68 HART, Herbert. L. A. American jurisprudence through English eyes: the nightmare and the noble dream. In: *Essays in jurisprudence and philosophy*. New York: Oxford University Press, 1983. p. 123-144.

69 HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1994. p. 137-168.

70 Para quem tiver coragem, aconselho a leitura de: SEARLE R., John. *Consciência e linguagem*. São Paulo: Martins Fontes, 2010; e MARCONDES, Danilo. *Filosofia, linguagem e comunicação*. 4. ed. São Paulo: Cortez, 2001.

se aproximou da interdependência entre o direito e a linguagem⁷¹, acreditar na possibilidade de limitar, previamente, as escolhas futuras do julgador sobre o significado das palavras é querer transformá-lo em um autômato. Como isso ainda não aconteceu, penso que esta é mais uma das diversas crenças escondidas pela teoria do direito, disfarçadas de racionalidade. Lembra-se do Popper?

A atitude mais racional nesta situação é lembrar que, antes de tentar acorrentar o juiz nos casos fáceis e de libertá-lo nos casos difíceis, é preciso separar o joio do trigo. A pergunta agora é: quando estaremos diante de um caso fácil ou de um caso difícil? A resposta não veio? Então, reformularei a questão: quem decidirá o que é um caso fácil ou um caso difícil? O juiz, ora bolas⁷². Reproduzindo Neil MacCormick: “Algum tipo de discricionariedade está envolvido aqui. A única questão é saber se isso implica uma escolha judicial puramente subjetiva, ou um julgamento que envolve fatores, em princípio, objetivos. A melhor resposta parece ser a de que há fatores objetivos aqui, mas eles são necessariamente mediados pela subjetividade judicial. O processo aqui é de determinação, não de dedução”⁷³.

Logo, é uma miragem hermenêutica achar que esta distinção analítica será suficiente para evitar o que denunciou o realismo jurídico há mais de cem anos atrás: ao menos no Estado Democrático e Constitucional de Direito, as normas são (re)construídas, rematadas e finalizadas nos tribunais. É para lá que os *bad men* direcionam a sua atenção, a fim de traçar as suas estratégias de ação e reação⁷⁴.

Portanto, o que posso dizer aos senhores congressistas é que o recado foi dado e, ao menos por mim, entendido. Mas, quanto à forma da mensagem, escorregaram em uma conhecida casca de banana hermenêutica. Os senhores não foram os primeiros e, provavelmente, não serão os últimos a serem malsucedidos nesta tentativa vã de calar os juízes por meio de expedientes positivistas reducionistas e irrealistas.

Sobre o § 3º do art. 8º da CLT, o que posso dizer é que o Legislativo formulou outro tipo de advertência hermenêutica. Neste caso, não se buscou amordaçar o intérprete, impedindo-o de ser quem ele é, proibindo-o de ler,

71 Cf. WARAT, Luis Albert. *O direito e sua linguagem*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995; STRUCHINER, Noel. *Direito e linguagem*: uma análise da textura aberta da linguagem e sua aplicação ao direito. Rio de Janeiro: Renovar, 2002; e NOGUEIRA, Alécio Silveira. *Direito e linguagem*: o processo interpretativo jurídico sob uma perspectiva semiótica. Curitiba: Juruá, 2013.

72 Neste exato sentido, afirmando o equívoco de Hart e também do argentino Genaro Carrió: GUASTINI, Riccardo. *Op. cit.*, p. 148-150.

73 MACCORMICK, Neil. *Retórica e Estado de direito*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 322.

74 HOLMES Jr., Oliver Wendell. *Op. cit.*, p. 4-7.

interpretar, refletir/sentir, escolher, opinar e justificar sua opinião⁷⁵. Agora, o aviso foi o de que todo este processo de construção redacional e de reconstrução prática (de aplicação) da norma coletiva deve ser deixado a cargo exclusivo dos seus idealizadores, os quais são, simultaneamente, os seus destinatários.

Dúvidas de conteúdo devem permanecer à margem dos tribunais, os quais devem interferir o mínimo possível no exercício pleno e informado da autonomia coletiva. Mas é claro que sempre haverá a possibilidade de avaliação judicial, pois, como diz a própria lei, permite-se o questionamento dos elementos essenciais do negócio jurídico (agente capaz, objeto lícito e forma prescrita em lei). E o que é uma norma coletiva que viola desproporcionalmente um direito fundamental do empregado, se não uma norma que carrega consigo um objeto ilícito?

Como realismo jurídico pouco é bobagem, se o juiz quiser, alcançará rapidamente na prateleira alguma metodologia de aplicação normativa, apta a contrabalançar (ou a sopesar) o direito fundamental à autonomia coletiva com algum outro direito fundamental dos empregados que tenha sido restringido⁷⁶. Algo que, se levado adiante, acarretará debates intermináveis, seja sobre a confiabilidade destes procedimentos discursivos, seja sobre os resultados obtidos com a sua implementação⁷⁷.

Em suma: de um jeito ou de outro, se o juiz do trabalho quiser, continuará a maximizar a sua interferência. Caberá a ele escutar a recomendação passada pelo Parlamento – ao preceituar a intervenção mínima – e suavizar a sua desconfiança em relação às partes negociantes.

(3) O princípio nº 1 do direito do trabalho é o da proteção da autonomia do trabalhador.

Patamar mínimo civilizatório. Esta foi a feliz expressão utilizada pelo Ministro Luis Roberto Barroso, no julgamento do RE 590.415/SC, para delimitar o piso normativo abaixo do qual o empregado, sozinho ou em grupo, não deve negociar. E o art. 611-B da CLT ajudou nesta empreitada, uma vez que listou

75 Como já dizia Chĩm Perelman: “Espero que as páginas precedentes tenham posto em evidência o fato de que aquele que argumenta e procura exercer com seu discurso uma influência sobre seu auditório não pode evitar fazer escolhas”. *Op. cit.*, p. 165.

76 Sobre a famosa ponderação de princípios e o princípio da proporcionalidade desenvolvidos por Robert Alexy, cf. ALEXY, Robert. *Op. cit.*

77 Para uma crítica severa a estas técnicas de argumentação, cf. CAMPOS, Ricardo (Org.); MACEDO Jr., Ronaldo Porto; LOPES, José Reinaldo Lima (Coord.). *Crítica da ponderação: método constitucional entre a dogmática jurídica e a teoria social*. São Paulo: Saraiva, 2016. Cf., também, o imperdível: GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes* (a interpretação/aplicação do direito e os princípios). 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

diversos direitos trabalhistas que o Poder Legislativo considerou inegociáveis. Meio caminho andado.

A outra metade deverá ser percorrida pelos juízes, tendo em vista uma pequena alteração de perspectiva, mas cujo impacto pragmático no novo modelo de direito do trabalho será impressionante. Como já vinha se esboçando na jurisprudência do STF e veio a ser posteriormente sistematizado na Lei nº 13.467/2017, o principal vetor normativo do renovado direito do trabalho, o que lhe dá sentido, é o princípio da proteção da autonomia do trabalhador. Esta é a cola normativa que agrega as diversas partes contidas na CLT e na Constituição de 1988. Notou a sutileza? Não devemos mais falar de princípio da proteção do trabalhador, daquele que pregava dever ser o empregado protegido de sua “própria ganância”. Nesta nova fase do direito do trabalho brasileiro, o que deve ser guarnecida é a liberdade real do empregado, é a sua efetiva capacidade de decidir, livremente e informado, sobre os rumos de sua vida profissional, individual ou coletiva. O sinal vermelho se acenderá apenas e tão somente quando estiver em risco a sua própria aptidão para decidir livremente e com o conhecimento das circunstâncias que o cercam. E aí retornamos ao começo: patamar mínimo civilizatório ou mínimo existencial.

Sem querer ser ou parecer cabotino, este foi um dos cernes da minha tese de doutorado. Não me arrisco a abreviar o estudo longo e aprofundado que fiz sobre esta matéria. Mas, para não desperdiçá-lo, peço licença pela última vez para transcrever uma larga passagem do que publiquei⁷⁸:

“Pode ou não pode o empregado abrir mão de sua autonomia? Claro que pode, desde que a sua decisão seja, ela própria, autônoma. O importante é que ele mantenha o seu valor intrínseco, isto é, que ele mantenha a sua ‘individualidade’. Se a autonomia pressupõe a capacidade de o ser humano criar escolhas e efetivá-las, seria um contrassenso menosprezá-lo porque emitiu sua vontade livre e consciente de reduzir seu poder de decisão. Pior do que isso, só mesmo impedi-lo de concretizar o seu plano de vida. Portanto, não façamos confusão. O fato de ele proceder assim não significa que esteja diminuindo o seu valor enquanto agente moral. Levantar essa bandeira é um equívoco. Não há nada mais falso e maniqueísta do que pensar desta maneira.

O importante é perceber se, em tal circunstância, a pessoa mantém sua identidade singular, a continuidade de seus processos mentais, memórias, intenções, a sua unidade individual e a separabilidade de sua

78 GOMES, Fábio Rodrigues. *Os direitos fundamentais dos trabalhadores*. p. 135-137.

perspectiva interna. Enfim: o importante é que reconheça em si mesmo aquela sua ‘distintividade individual’. Se isso estiver garantido, a sua individualidade também estará em lugar seguro. O indivíduo que se autolimitou continuará percebendo a si mesmo como um ser humano livre e racional, merecedor de igual respeito e consideração.

O grande embaraço, aqui, é impedir que fatores externos (a escassez de recursos, por exemplo) solapem a vontade do indivíduo, a ponto de ele entrar numa enrascada. Para que sua decisão de comprometer a sua própria autonomia deva ser legitimamente autorizada – algo chamado por Nino de ‘princípio de dignidade humana’ – todos devem analisar, com cuidado, se a espontaneidade da ação está prejudicada por fenômenos causais, que influenciem desigualmente os participantes/contratantes. Porque, quando isso acontece, devemos todos e, institucionalmente, deve o Estado intervir. Haverá um paternalismo, mas um paternalismo legitimado pelo princípio da inviolabilidade do indivíduo, segundo o qual está proibido de ‘imponer a los hombres, contra su voluntad, sacrificios y privaciones que no redunden em su próprio beneficio’.

Já vimos esse filme. A vontade humana, quando desprovida de um mínimo de condições materiais, está a léguas de distância da verdadeira autonomia criativa. Daí porque a lembrança recorrente do imperativo categórico kantiano. Os indivíduos (potenciais empregados) que estão jogados no poço sem fundo da miséria, da ignorância, da doença, do desabrigo e do desespero famélico não poderão ser resgatados para o terreno firme da humanidade, enquanto não desfrutarem dos direitos morais que os habilite a estipular, eles próprios, os seus planos de vida. E aqueles outros (potenciais empregadores) que se aproveitam disso para se locupletar, que veem a degradação alheia como uma vantagem à ampliação de suas próprias metas, deverão ser impedidos o quanto antes por quem (ainda) detém força física e moral para tanto. Ou isso, ou estaremos coniventes com a coisificação do ser humano, alienado como um ‘meio’ para realização de fins que lhe são estranhos.

Temos, portanto que a autorrestrição da autonomia não é algo ruim *a priori*. Ao contrário, efetivá-la é uma decorrência lógica da própria valorização da autonomia. O problema está na construção das fronteiras normativas legitimadoras deste tipo especial de decisão. Sem estas linhas divisórias, corre-se o risco de uma autolimitação espontânea tornar-se uma limitação unilateral e arbitrária da autonomia de um pela autonomia do outro (...).

DOCTRINA

‘Com o paternalismo legítimo não restringimos a autonomia moral do indivíduo que almeja um emprego. Se ele quer se subordinar ao poder alheio, o Estado não tem nada a ver com isso. Os seus objetivos devem ser outros. De um lado, garantir a formulação institucional e a preservação efetiva dos direitos morais, vinculados à capacidade de cada um tomar suas próprias decisões’.

(...) o Estado estará legitimado a intervir na decisão do indivíduo (...) Não para limitar sua autonomia, mas, sim, para favorecer a concretização das decisões que estabeleceu para si, em vista dos seus próprios interesses.”

Dito isso, ao evoluirmos do princípio da proteção do trabalhador para o princípio da proteção da autonomia do trabalhador, penso que o nível da interlocução se altera, e muito.

Até onde o empregado, sozinho ou acompanhado por seus pares, pode negociar? Valendo-me de uma expressão do professor de Harvard, Michael Sandel, quais são os limites morais do mercado em relação aos direitos dos trabalhadores⁷⁹? Quando devemos intervir para impedir a degradação do ser humano, ainda que seja o resultado de algo que ele próprio negociou? Qual o limite da lógica monetária e da mercantilização da vida? O ponto de combustão ocorrerá quando estressarem o mínimo existencial do empregado de tal modo que inviabilizem a sua liberdade decisória. Sempre que estiver em risco aquele patamar mínimo civilizatório necessário à manutenção de sua individualidade, à preservação do seu autorreconhecimento como alguém detentor de igual respeito e consideração, teremos ultrapassado a linha vermelha que separa a negociação permitida daquela proibida. Por quê? Em virtude da baixa qualidade de sua decisão.

Tenho consciência de que estou me repetindo, mas é por uma boa causa. O meu objetivo é ser o mais didático possível e, por isso, falo novamente: quem passa fome pensa com o estômago. Esta é uma presunção *hominis* e deve servir de escudo moral contra a disponibilização indevida de direitos materialmente fundamentais do trabalhador.

E, afinal de contas, onde mora este limite intransponível? Na minha tese eu ousei apontar quais direitos positivados nos arts. 7º a 11 da CF/88 seriam materialmente fundamentais e quais seriam apenas formalmente fundamentais⁸⁰.

79 SANDEL, Michael. *What money can't buy: the moral limits of markets*. 1. ed. New York: Farrar, Straus and Giroux, 2012.

80 GOMES, Fábio Rodrigues. *Os direitos fundamentais dos trabalhadores*. p. 137-157.

Contudo, caso você esteja com pressa e precisando de uma resposta imediata, leia os incisos do art. 611-B da CLT, pois ali já estão identificados e blindados, em boa medida, os direitos fundamentais dos trabalhadores.

Mas isso não é só. Para se ter uma ideia do que entrevejo, a inconstitucionalidade do art. 468 da CLT é uma sequela inexorável da entrada em cena do novo direito do trabalho. Em um sistema normativo e antropocêntrico como o nosso, no qual a dignidade humana de matriz kantiana – centrada na autonomia da vontade⁸¹ – é a mola-mestra, como sustentar um dispositivo outorgado em 1943, num contexto hostil à democracia, à liberdade sindical e às liberdades individuais? Como manter a compatibilidade substantiva entre um preceito cujo fio condutor é a desconsideração da vontade do empregado, sem qualquer menção à qualidade desta manifestação? Pior, como dizer que o art. 468 da CLT ainda é válido, se o que ele afere é simplesmente o prejuízo “direto ou indireto” sofrido pelo empregado, sem ao menos dizer qual o critério para se constatar este prejuízo e, assim, entregando este conceito indeterminado de mão beijada para o preenchimento subjetivo e arbitrário de apenas uma das partes contratantes?

O art. 468 da CLT é o imperativo categórico do velho direito do trabalho, pois reflete, como nenhum outro, dois dos seus principais conceitos: a abstração irreal da hipossuficiência e a absolutização acrílica da indisponibilidade. Afrontoso à ideia de se considerar o empregado como um sujeito detentor de “maioridade cívica”, este dispositivo retira violentamente a capacidade do indivíduo de decidir, de forma livre e informada, a sua vida profissional. Francamente, o empregado brasileiro é desrespeitado, infantilizado e tratado como alguém em relação a quem o Estado-Juiz deve ficar sempre de olho, seja para salvá-lo das consequências que ele próprio criou para si, seja para mimá-lo e deixá-lo se arrepender, simplesmente porque não quer mais aquilo que, até pouco tempo atrás, era o seu desejo livre e verdadeiro. Quanto ao desastroso estímulo à má-fé contratual e à mais absoluta falta de lealdade com o empregador, pouco preciso dizer.

Nulidade da modificação das regras do jogo? Depende apenas da qualidade da decisão. Foi tomada à base de erro, dolo, coação, lesão ou estado de necessidade? Então a resposta é sim. Dispôs de algum direito fundamental material que tenha comprometido a sua própria capacidade de decisão? Então a resposta é sim. Do contrário, o empregado traz agora, por presunção razoável, a sua *dignitas*, o seu prestígio pessoal de um indivíduo plenamente capaz,

81 Por todos, cf. SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

livre para escolher o que considera melhor para si, diante das informações e das oportunidades que lhe são postas. Se as coisas não saírem como esperado, paciência. Isso acontece em várias etapas da vida e em vários segmentos da vida. Ou alguém realmente acredita que irá se casar e ser feliz para sempre?

A Lei nº 13.467/2017 bebe desta fonte normativa. Toda ela, do início ao fim, está lastreada na noção de proteção da autonomia do empregado. Uma autonomia que não deve ser apenas guarnecida, como também prestigiada e fomentada. Decidam, decidam livremente, a fim de que construam futuros promissores. Erros ocorrerão, sonhos serão frustrados, prognósticos falharão. Mas também acertos serão cada vez mais frequentes, os conflitos talvez diminuam, a sinceridade e a transparência serão a moeda de troca e, quiçá, este seja o gérmen de uma parceria entre dois sujeitos que, num mercado global altamente competitivo, têm tudo para atuar em sintonia. Já disse antes e não me importo de repetir: é na real autonomia decisória que está o centro de gravidade da Reforma Trabalhista.

Para não acharem que estou exagerando, verifiquem os arts. 442-B, 444, parágrafo único, 477, 484-A, 507-A e 507-B, da CLT. Neles encontramos (i) o contrato de trabalho autônomo, (ii) a permissão para que empregados portadores de diploma de nível superior e que percebam salário mensal igual ou superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral da Previdência Social estipulem livremente (e diretamente) com o seu empregador tudo o que está contido no art. 611-A da CLT, prevalecendo esta negociação individual sobre a norma coletiva, (iii) a permissão para o distrato entre o empregado e o empregador, desburocratizando-se a extinção do vínculo jurídico-trabalhista, (iv) a permissão para que seja incluída cláusula compromissória de arbitragem nos contratos de empregados cuja remuneração seja superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral da Previdência Social e (v) a autorização facultativa para que empregados e empregadores firmem termo de quitação anual de obrigações trabalhistas, com o detalhe da chancela sindical compulsória e de o termo só quitar as parcelas específicas que dele constar.

Diante destes singelos exemplos, o que se pode dizer? Eu digo que os parlamentares descartaram a visão preconceituosa, simplória e maniqueísta do empregado como sendo sempre o pobre coitado explorado e do empresário (mesmo o micro e o pequeno) como o vilão inescrupuloso de charuto e cartola. Também eles acreditaram que certas pessoas, com maior nível de instrução formal e cuja remuneração seja acima da média do mercado de trabalho brasileiro, detêm capacidade de decidir livremente os termos do contrato, ainda que seja para afastar, logo de início, a sua natureza jurídico-empregatícia. Na verdade,

eles atualizaram a presunção pressuposta ao direito do trabalho. Abandonaram aquela antiga e puseram outra no lugar. Simples assim. Obviamente que, como toda inferência ou generalização extraída da experiência cotidiana, leva consigo os riscos da sobreinclusão ou da subinclusão. No entanto, sendo uma ferramenta indispensável para a atividade legislativa e jurisdicional, melhor uma que esteja mais próxima da realidade⁸².

Sei que são muitas as novidades e não são poucas as polêmicas e receios que elas acarretam. Todavia, comentarei apenas uma delas: a contida no art. 442-B da CLT. E vou utilizá-la justamente como uma solução alternativa, oferecida pelo novo direito do trabalho, ao caso paradigmático resolvido no item 2.1, sob a égide do velho direito do trabalho.

3.1 – Pequeno excursão sobre o art. 442-B da CLT

Antes de esmiuçar o novo art. 442-B da CLT, gostaria de resgatar uma discussão muito parecida, ocorrida na década de 90 do século passado.

Em 1994, a Lei nº 8.949 inseriu um parágrafo único no art. 442 da CLT, prescrevendo que “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”.

Diante desta disposição, rios de tinta foram derramados para se discutir sobre a sua extensão normativa. Todas as cooperativas haviam ganhado passe-livre? As cooperativas “multi-tudo” – prestadoras de serviços que iam desde limpeza, carpintaria e vigilância até enfermagem e física quântica – estariam livres para atuar do jeito que quisessem, para quem quisessem, sem qualquer receio de sanção jurídica e, conseqüentemente, de condenação judicial?

Deve-se lembrar que este debate teve como pano de fundo as centenas ou, quiçá, milhares de cooperativas fraudulentas que pulularam por aí, com destaque especial para o Estado do Rio de Janeiro e seus vários Municípios. Mas por que fraudulentas? Porque serviam à tosca missão de intermediação de mão de obra. Arregimentavam um indivíduo pouco qualificado profissionalmente, pagavam-lhe um salário fixo (geralmente o salário mínimo), colocavam-no para trabalhar na atividade-fim de um tomador (por exemplo, frentista de posto de gasolina) e a mágica estava feita. De um lado, o tomador desenvolvia sua atividade econômica com pouquíssimos empregados formais e, de outro, o

82 Sobre os defeitos inevitáveis (mas aceitáveis) decorrentes da generalização normativa (por exemplo, colocar coisas demais ou coisas de menos), cf., por todos: SCHAUER, Frederick. *Profiles, probabilities and stereotypes*. Cambridge: Harvard University Press, 2003.

cooperado obedecia às ordens dos gerentes do tomador, podendo ser punido ou até mesmo dispensado por ele. E a cooperativa? O quê? Cooperativa? Já havia sumido do mapa faz tempo! Assembleias ordinárias, distribuição de sobras e dividendos, eleições de diretoria? Pura ficção para inglês ver.

Situações caricatas como esta (mas, infelizmente, frequentes em juízo), impediram os intérpretes de compreender o parágrafo único do art. 442 da CLT como uma norma válida? Não! Entretanto, reduziram o seu âmbito de incidência (e a sua eficácia jurídica) àqueles casos em que houvesse a constatação de uma cooperativa lícita, na forma da Lei nº 5.764/71 e, atualmente, da Lei nº 12.690/2012.

Uma típica hipótese hermenêutica de redução semântica do enunciado normativo. Uma ideia lecionada magistralmente por Riccardo Guastini⁸³ e realizada corriqueiramente pelo Judiciário brasileiro, como o fez, por exemplo, o Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI 3.395-6/DF, ao declarar que a expressão genérica “relação de trabalho” não continha a sua espécie “relação de trabalho estatutária”. O art. 114, I, da CF/88 foi declarado inconstitucional? Por suposto que não. Mas o STF evidenciou que, na opinião da maioria dos seus Ministros, ele dizia mais do que realmente deveria dizer (o “realmente” aqui é destacado como referência à já mencionada escola realista do direito norte-americano e, não por acaso, ao voluntarismo judicial como seu lema).

Repito, pois: o reducionismo semântico é um movimento argumentativo useiro e vezeiro em nossa tradição jurisprudencial.

É claro que, à época, a terceirização da atividade-fim continuava severamente restringida pela Súmula nº 331 do TST, na sua versão prevista na Resolução nº 23/93. Mas e se não estivesse proibida? E se não houvesse esta proibição?

Para mim, a redução semântica ainda seria sustentável por uma razão muito singela: a fraude. Aquelas cooperativas de fachada foram concebidas dolosamente para driblar a lei. Maquiava-se uma relação jurídica de emprego (perfeitamente ajustada aos arts. 2º e 3º da CLT) para engendrar-se uma contratação simulada e menos onerosa para o tomador. E o pior: manipulavam a vontade dos cooperados, pois via de regra tratavam-se de pessoas com pouca instrução formal, zero de especialização (baixa qualificação profissional) e sujeitas a pequenos salários, mas, ainda assim, salários melhores do que nada. Ou seja, as vítimas eram pessoas com pouca ou nenhuma capacidade real de decisão. A rigor, eram migalhas distribuídas a quem estava desempregado, pre-

83 *Op. cit.*, p. 34-43.

mido pelas necessidades básicas. Eram suficientes para ele sobreviver? Talvez. Mas certamente insuficientes para preservar a sua dignidade. Férias, repouso semanal remunerado, ambiente de trabalho saudável e seguro? Sonhos de uma noite do tórrido verão carioca.

Feitas estas divagações, retorno ao ponto.

O art. 442-B da CLT é inválido, *rectius*, é inconstitucional?

Respondo com outra pergunta: o art. 442, parágrafo único, é inconstitucional?

Ambos são constitucionais. O mais antigo, porque simplesmente acenava para o juiz temperar suas pré-compreensões e refrear opiniões açodadas: a cooperativa, tão-somente por ser cooperativa, não deveria dar azo a fraudes. Daí porque as regulares não deveriam ser confundidas com relações de emprego, seja internamente (com os cooperados), seja externamente (com os tomadores). Já o mais novo segue pelo mesmo caminho: juízes do trabalho, não invalidem automaticamente contratos formalizados entre trabalhadores autônomos e os tomadores dos seus serviços. Os que forem lícitos não devem ser confundidos com a relação de emprego preceituada nos arts. 2º e 3º da CLT. Simples assim. Quer dizer, simples para mim, mas não para o Ministério Público do Trabalho.

Descontadas as alusões genéricas à “justiça social”, “sociedade justa e solidária”, “erradicar a pobreza”, “reduzir desigualdades sociais”, “existência digna”, “função social da propriedade” e “busca do pleno emprego”, o MPT trouxe, em sua Nota Técnica nº 8⁸⁴, algumas assertivas bastante duvidosas, quando lidas com cuidado. São elas:

(a) realização material de pessoas não pode ficar sujeita apenas à sua aptidão pessoal e devem ser impulsionadas por normas estatais que garantam um mínimo existencial civilizatório;

(b) a relação de emprego é lastreada na subordinação e deve visar à proteção do economicamente hipossuficiente;

(c) a relação de emprego é direito fundamental reconhecido constitucionalmente com base na desigualdade material das partes contratantes, devendo-se afastar a plena liberdade e garantir-se um conteúdo mínimo de segurança; e

(d) a simples declaração de vontade das partes ou a mera formalização do contrato de trabalho autônomo não deve afastar a configuração da relação

84 Disponível em: <https://portal.mpt.mp.br/wps/wcm/connect/portal_mpt/ce4b9848-f7e4-4737-8d81-6b3c6470e4ad/Nota+técnica+nº+8.2017.pdf?MOD=AJPERES>.

de emprego, desconsiderando a desigualdade material das partes que vicia esta vontade.

De fato, lidas em conjunto, estas afirmações misturam alhos com bugalhos de tal maneira, que, ao final, não se compreende muita coisa. Na primeira colocação, quando menciona a realização material das pessoas e a determinação de o Estado garantir-lhes um mínimo existencial, o MPT põe na mesa uma das discussões mais intrincadas da teoria dos direitos fundamentais, da filosofia do direito e da filosofia política.

No Brasil, por exemplo, os professores Ana Paula de Barcellos⁸⁵ e Ricardo Lobo Torres⁸⁶ já ofereceram algumas soluções para dissolver a dúvida a respeito de quais direitos devem compor a “cesta básica” de todo e qualquer ser humano, a fim de lhes resguardar igualdade de oportunidades na vida em sociedade. Mas, tal como sugeri nas entrelinhas, não se deve visar à igualdade de resultados (quando todos só poderiam chegar a um mesmo lugar, independentemente de quem fosse ou do que fizesse), e, sim, igualdade de oportunidades⁸⁷. Para esta, pergunta-se: até onde o Estado, ou melhor, o seu orçamento deve custear bens e serviços ao público, de modo que todos e cada um de nós carregue consigo as habilidades necessárias para buscar a sua felicidade? O que deve ser considerado indispensável para que todos e cada um de nós saia do mesmo ponto de partida, desfrute das mesmas (ou parecidas) condições iniciais de vida para, dada a largada, percorra o seu caminho e, até mesmo, possa competir com os demais? Educação fundamental, média, profissionalizante e superior para todo mundo? Ou apenas fundamental e média? Saúde pública universal ou segmentada apenas aos de baixa renda? Seguro-desemprego por quatro, oito ou 10 meses? E por aí vai.

O ponto central é decidir, dentro de um contexto de escassez de recursos (da reserva do possível), como, onde, para quem e porque distribuir os recursos públicos desta ou daquela maneira. E ao transportarmos esta discussão para o direito do trabalho, a pergunta passa a ser como, onde, por que e para que o Estado deve intervir na relação de emprego. Voltamos ao debate de alguns parágrafos acima, sobre o patamar mínimo civilizatório que deve ser resguardado para a proteção da autonomia do trabalhador subordinado.

Contudo, há uma miudeza que complica ainda mais o nosso debate justralhista: a intervenção estatal não é para gastar o que arrecada através

85 *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*: o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

86 *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

87 Por todos: DRAY, Guilherme Machado. *Op. cit.*, p. 91-96.

de suas próprias fontes de custeio. Ao contrário, é para saber até quando e como o Estado deve interferir em uma relação privada, retirando de um lado para entregar ao outro. Para o MPT, o Estado brasileiro petrificou do art. 7º ao art. 11 da CF/88. Logo, tudo o que está ali representa um modelo intocável de (re)distribuição de recursos entre empregado e empregador, salvo se houver mais (re)distribuição unicamente em prol do primeiro. Nunca menos, sempre mais, mais, mais e mais até explodir... a economia, os empregos e os empregados. Não parecem demonstrar preocupação com a fonte de custeio. De onde vem o dinheiro para pagar essa conta? Repito: parecem não se importar.

E o que tem isso a ver com o contrato de trabalho autônomo? Este, como qualquer indivíduo, empregado ou não, sempre esteve abarcado pelas discussões em torno do mínimo existencial. Mais do mesmo, portanto. Todavia, veio o MPT e disse que o contrato de emprego é pautado pela subordinação e proteção do hipossuficiente.

Ora bem. Eu não divirjo – e acredito que quase ninguém neste país o faça – que a subordinação é o elemento central da relação de emprego. Não que sozinha resolva tudo (até porque o pintor eventual que você contratou para pintar as paredes da sua sala de estar deve obedecer às suas diretrizes sobre onde pintar e qual a cor utilizar), mas sem ela não há empregado. Certo é que a subordinação jurídica admite gradações, pois um cirurgião cardíaco, empregado de um renomado hospital, possui uma liberdade de ação muito maior do que o porteiro de um condomínio residencial. Mas, de novo, sem ela não há empregado. Estamos de acordo.

O que vai gerar o meu desacordo com o MPT está em outro lugar-comum do direito do trabalho: a noção de hipossuficiente.

Como também já vimos, a hipossuficiência sempre foi associada ao indivíduo fraco economicamente, ao vulnerável, necessitado de recursos para sobreviver ou, melhor dizendo, ao que não dispõe dos meios suficientes à satisfação de suas necessidades básicas. O núcleo do conceito está, portanto, na diminuta capacidade econômico-financeira da pessoa. E, aparentemente, o MPT valeu-se desta versão clássica no seu arrazoado, pois, em mais de uma ocasião, enfatizou a “desigualdade material” como característica marcante da relação de emprego, dizendo que a proteção constitucional era dirigida ao trabalhador subordinado “economicamente hipossuficiente” e que a “desigualdade material” vicia a manifestação de vontade da parte contratante.

Mas, se é assim, vejam a armadilha em que o MPT se meteu. Quando vincula a noção de subordinação a de relação de emprego e justifica a proteção

DOCTRINA

dos empregados à sua desigualdade material em face do empregador, ele acabou por excluir os altos empregados (ou os empregados altamente qualificados) da incidência dos direitos constitucionais. Aqueles muito bem remunerados e com fácil colocação no mercado de trabalho tornaram-se párias trabalhistas. Sem qualquer má vontade, eu digo: do conjunto da obra extraída da nota técnica, conclui-se facilmente que só o empregado desprovido de recursos econômicos é titular dos direitos fundamentais positivados na Constituição de 1988. Ao fim e ao cabo, eles ressuscitaram o empoeirado binômio subordinação econômica (só faltou usar “dependência”)!

Seguindo esta linha de raciocínio, aquele cirurgião cardíaco referido há pouco, enquanto empregado registrado, com CTPS “assinada”, não faria jus às férias, salários e repousos semanais, como todo e qualquer empregado. Afinal, como justificar a cadeia argumentativa “hipossuficiência-subordinação-natureza jurídico-empregatícia-direitos fundamentais”, se a sua remuneração ultrapassar, por exemplo, o subsídio de um Ministro do STF? Pois se não é hipossuficiente, não está subordinado; e se não está subordinado, não se insere em uma relação de emprego; e se não é empregado, fim da história. Um tiro no pé! Usaram uma premissa equivocada (de hipossuficiência como pressuposto de subordinação) para tentar defender “a relação de emprego como direito fundamental” e colheram como resultado situações em que a relação de emprego deixou de ser fundamental.

Os mais atentos já devem estar pensando: mas é só acertar a premissa. A subordinação característica do contrato de emprego não é a econômica, é a jurídica! Em consequência, a alta remuneração ou a inexistência de hipossuficiência do cirurgião cardíaco não mais seria relevante para a classificação do seu *status*. Caso fosse contratado com *personalidade* (não poderia se fazer substituir, ao menos sem a concordância expressa do hospital), *onerosidade* (muita, por sinal), *não eventualidade* (escala de 12x36 ou determinado número de plantões semanais) e *subordinação “jurídica”* (por exemplo, obediência às diretrizes do hospital, prestação de contas ao diretor do hospital e jornada de trabalho preestabelecida) *deveria ser* (linguagem normativa, tendo uma ordem como operador deôntico) *classificado como empregado*, na forma do art. 3º da CLT.

Então, art. 442-B da CLT, diga-me a que veio!

Como não se presumem palavras inúteis nas leis, ele veio por duas razões. Uma, eu mencionei acima e repito para quem estiver impaciente. Ele simplesmente acena para o juiz abrandar suas pré-compreensões e refrear opiniões açodadas. Ele brada em alto e bom som: juízes do trabalho, não invalidem automaticamente contratos formalizados entre trabalhadores autônomos e os

tomadores do seu serviço. Os que forem lícitos não devem ser confundidos com a relação de emprego preceituada nos arts. 2º e 3º da CLT. Os que forem fraudulentos e contiverem os requisitos contidos nos arts. 2º e 3º da CLT devem ser declarados nulos e ter reconhecido o vínculo de emprego entre as partes.

O MPT usou de inúmeros contorcionismos discursivos para dizer algumas platitudes e defender outras tantas premissas do velho direito do trabalho. Enunciar valores morais travestidos de finalidades constitucionais, sem explicitá-los, é chover no molhado. Falar de mínimo existencial, também sem discorrer sobre seu significado e tentando moldá-lo a fórceps em tudo (do art. 7º ao art. 11 da CF/88), não me convence. Associar hipossuficiência à subordinação é um anacronismo perigoso. E dizer que a relação de emprego é um direito fundamental confunde mais do que esclarece, pois, ao mais desavisado, pode fazer crer que o Estado deve prover o pleno emprego, planejar e dirigir a economia, estatizar os meios de produção e trocar as cores da bandeira nacional para o vermelho rubro. O emprego em si, em uma sociedade baseada na livre iniciativa, justiça social e democracia, é uma faculdade, um merecimento ou, a depender do ponto de vista, uma oportunidade de vida digna, mas direito, data vênia, não é. Tecnicamente falando, direito a ser empregado pressupõe o dever de empregar. E o dever de empregar pressupõe uma norma ordenando que alguém empregue outrem. Esta norma não existe, implícita ou explicitamente, no ordenamento jurídico brasileiro. E, por derivação lógica, inexistem destinatários desta norma inexistente.

O art. 442-B da CLT é um dispositivo que ressalta a importância da autonomia da vontade individual. Ele é um holofote normativo que veio para iluminar uma realidade negada veementemente pelo MPT e por muitos defensores do velho direito do trabalho: existem pessoas que não querem ser empregadas e preferem ser contratadas como autônomos! E para estas pessoas, o contrato formalizado é válido e não deve ser associado, automaticamente, à fraude. Transformá-lo, na marra, em outra coisa é uma violência contra o legítimo exercício do direito fundamental à liberdade individual dos contratantes. Isso sem falar que, na maioria das vezes, incentiva uma deslealdade e uma má-fé desabrida! Nada mais nefasto do que combinar de um jeito e depois utilizar-se de um discurso paternalista para passar a borracha na realidade e dar o dito pelo não dito, apesar de ambos terem se acertado com liberdade, informação e plena consciência das consequências da decisão conjunta para as suas vidas profissional e empresarial.

Diferentemente do que se diz abstratamente em muitos livros, não custa repetir à exaustão a ideia diametralmente oposta, já mencionada em diversas

passagens deste texto: nem todo trabalhador é hipossuficiente e decide sempre de modo viciado. E mais: nem todo trabalhador subordinado é hipossuficiente e decide sempre de modo viciado. E melhor: a hipossuficiência, quando existe, admite gradações.

A afirmativa do MPT, segundo a qual “a simples declaração de vontade das partes ou a mera formalização do contrato de trabalho autônomo não deve afastar a configuração da relação de emprego, desconsiderando a desigualdade material das partes que vicia esta vontade”, é uma ode à desvalorização, em estado bruto, da autonomia de vontade das pessoas.

Como assim, e desde quando, a declaração de vontade de alguém admite os adjetivos “simples” ou “mera”? Tais colocações tratam todos os cidadãos brasileiros como imaturos, de A a Z, independentemente de suas circunstâncias pessoais. É puro e simples paternalismo ilegítimo. Por certo que a desigualdade material pode, no extremo, pulverizar a liberdade decisória. E não foi outra a situação vivenciada pelos cooperados das cooperativas multi-tudo. Mas pressupor que sempre haverá desigualdade material ou que, ainda sem ela, a vontade do trabalhador é sempre falaciosa, é virar-se de costas para o mundo real. E nada mais perigoso do que trancafiar-se em um mundo de fábulas, a despeito da realidade que bate à sua porta!

Para densificar um pouco mais o art. 442-B da CLT, resgatarei aquela história contada no item 2.1 deste artigo.

3.2 – Solução alternativa para o caso paradigmático

Espero que você ainda se lembre do nosso caso paradigmático. Se não, volte rapidamente ao item 2.1, releia-o e venha de novo para cá. Pronto. Feito isso, renovo o convite: vamos pensar fora da caixa. Agora, diante do art. 442-B da CLT, é possível indagarmos que tipo de *animus contrahedi* aquele trabalhador manifestou. Para tentarmos construir uma resposta racionalmente aceitável, o mínimo que se espera é que contextualizemos melhor o problema.

Primeira e mais importante das contextualizações: Quem era o trabalhador? Era uma pessoa instruída, informada, bem-sucedida, com entrada no seu segmento do mercado de trabalho (e às vezes até em plena atividade quando da contratação), sem qualquer dificuldade financeira. Em suma, o oposto do conceito clássico de hipossuficiente.

Segunda, e não menos importante, contextualização: como se desenvolveu a relação jurídica formalizada entre as partes? Houve um contrato válido (agentes capazes, não era uma atividade ilícita e respeitaram-se as formalidades

DOCTRINA

eventualmente existentes), a remuneração ajustada era bem polpuda e sempre foi paga regularmente (e a exposição pública, derivada do seu trabalho para a TV, rendeu-lhe ainda outros fartos ganhos adicionais), tendo ocorrido a rescisão contratual exatamente na forma acertada por ambos.

Retorno à questão. Qual o tipo de *animus contrahedi* foi manifestado pelo trabalhador? O de ser um trabalhador autônomo e, depois, o de prestar serviços como pessoa jurídica. E, neste contexto, sua vontade deve ser considerada viciada? Você consegue vislumbrar algum vício de consentimento (erro, dolo, coação, estado de necessidade ou lesão) apto a entortar a sua decisão? Ou ela foi escoreita, lisa, de acordo com o direito?

Eu penso que o ajuste entre os dois foi válido e, no futuro próximo, estará de acordo com o art. 442-B da CLT.

Na verdade, eu julgo assim não é de hoje. Jamais atrolei a vontade real dos contratantes. Nunca fiz vista grossa para o que uma pessoa, em circunstâncias semelhantes às descritas, decidiu para si. Acredito que fazer o contrário é premiar a má-fé e a deslealdade contratual e permitir transformar o Judiciário em uma máquina do tempo, tornando o trabalhador autônomo imune às responsabilidades e consequências das suas próprias decisões. A sentença do juiz adquire ares de um verdadeiro bilhete premiado de loteria. Milhares de reais são auferidos ao longo do contrato livremente combinado e milhões de reais são embolsados depois que ele termina, simplesmente porque o juiz ficou cego, surdo e mudo para o exercício regular do direito fundamental de livre contratação.

Alguns ainda alegam a natureza impositiva das normas trabalhistas. Ora, o trabalhador não pode escolher. Se a sua realidade se encaixa no art. 3º da CLT, a força gravitacional deste dispositivo não lhe dá margem para contestações. Não penso assim. Antes de o juiz reescrever o passado, ele deve lembrar que este dispositivo não é um buraco negro que suga a tudo que está ao seu redor. A bem de ver, esta suposta impossibilidade jurídica advém da proteção da própria autonomia decisória do empregado necessitado, que estará comprometida pela sua urgência alimentar. Quando a necessidade não existe, o juiz não deve continuar a usar uma camisa-de-força amarrada pela figura abstrata e irreal do empregado-Chico Bento. Ele possui o dever de enxergar a vida como ela é e sentenciar, com todas as letras, que a intenção contratual do trabalhador não foi a de ser empregado. Ele quis ser autônomo e, depois, ele quis ser PJ. Liberdade e responsabilidade. Esta é a dupla dinâmica da filosofia do direito,

muito bem explicada há séculos por John Stuart Mill⁸⁸ e, mais recentemente, por Michael Sandel⁸⁹.

Mas para aqueles que, consciente ou inconscientemente, resistem a dar este passo, aconselho-os a lerem o art. 150 do CC⁹⁰. Dolo recíproco. Se a rede de televisão efetivou um contrato de trabalho autônomo para diminuir o custo trabalhista da mão de obra, o ator (ou o jornalista) aceitou esta forma de contratação porque também lhe beneficiava, seja sob o ponto de vista tributário, seja pelos sedutores ganhos diretos e indiretos que surgiriam a partir da assinatura do contrato. Não há santos nessa história. Se houve fraude, ela se deu numa via de mão dupla.

Assim, penso que o art. 442-B da CLT veio para reforçar estes entendimentos. Não é um dispositivo inconstitucional e, menos ainda, um artigo inútil. Ele é um alerta para o juiz e um holofote para a realidade.

A tão propalada primazia da realidade, na esteira do novo direito do trabalho brasileiro, adquire um sentido totalmente diferente.

4 – Conclusão

Mudanças nas leis trabalhistas estão ocorrendo pelo mundo todo. Portugal, Alemanha, Espanha e Itália são exemplos da natureza intrinsecamente cambiante desta especial forma de regulação⁹¹. A França também, apesar de retardatária⁹². O motivo é óbvio: poucas coisas mudam tão rápido nesta nossa modernidade líquida quanto os modos e meios do trabalho humano. Dia sim, outro também, visionários proclamam o fim de metade das atividades profissionais conhecidas para daqui a 50 anos⁹³. Até algoritmos aptos a realizar julgamentos estão em gestação⁹⁴. Na medicina, o programa Watson, desenvolvido pela gigantesca IBM, auxilia médicos experientes no aprimoramento de seus diagnósticos, não havendo quem duvide que, no futuro próximo, ele será

88 *On liberty*. Mineola: Dover Publications, 2016.

89 *Justiça: o que é fazer a coisa certa*. 6. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

90 “Se ambas as partes procederem com dolo, nenhuma pode alegá-lo para anular o negócio, ou reclamar indenização.”

91 MARTINEZ, Pedro Romano. *Direito do trabalho*. 8. ed. Coimbra: Almedina, 2017. p. 125-127.

92 Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2017/08/31/internacional/1504172887_983395.html>. Acesso em: 11 set. 2017.

93 Disponível em: <<http://link.estadao.com.br/noticias/empresas,a-grande-extincao-de-empregos,70001909434>>. Acesso em: 11 set. 2017.

94 Disponível em: <<https://www.tecmundo.com.br/curiosidade/111109-futuro-justica-estudo-mostra-ai-capaz-prever-julgamentos.htm>>. Acesso em: 11 set. 2017.

capaz de realizar suas próprias avaliações⁹⁵. A inteligência artificial, a internet das coisas, as supervelocidades de conexão e a automatização estão cada vez mais presentes em nosso dia a dia, integrando-se de tal forma em nossas vidas que, às vezes, nem mesmo conseguimos percebê-las⁹⁶.

Decerto que o direito, sendo fruto dos valores, da experiência, dos humores, da cultura, enfim, sendo um fenômeno axiológico, social e histórico, datado e geograficamente determinado, não fica imune a esse turbilhão pelo qual estamos passando. Isso sem falar das jabuticabas nacionais. Institucionalmente, o terremoto vem, por exemplo, dos impeachments, das ações penais em face de presidentes da república, da prisão de ex-presidentes da câmara dos deputados, de ministros do STF em confronto aberto e direto com procuradores gerais da república. Da economia, a turbulência foi precificada, com quase três anos de severa recessão, congelamento (quando não inadimplemento) de salários de servidores públicos, déficits orçamentários em progressão aritmética, milhões de desempregados, falências a granel e paralisação de investimentos mínimos em saúde, educação, saneamento, transporte e habitação. Da sociedade, chama a atenção a violência sem hora para chegar, com crimes tão brutais que fariam as tragédias gregas parecerem fábulas infantis de Esopo. De novo: em um contexto arrasa-quarteirão como esse, o direito certamente não fica e – arrisco-me a dizer – não deve mesmo ficar imune.

Adaptação, já dizia Darwin, é a chave do sucesso evolucionário. Tal como ocorre na biologia, o direito também deve evoluir, adaptar-se às novas circunstâncias. Ou isso, ou não dará conta do recado. Correrá o risco de virar letra morta ou, pior, de virar um zumbi normativo, um morto-vivo jurídico que degrada e bagunça as relações entre os vivos. O novo, neste sentido, pode servir como um instrumento capaz de ressuscitar o que estava moribundo.

Penso que ao menos uma chance deve ser dada ao novo direito do trabalho. Despir-se dos preconceitos arraigados, que entorpecem a razão e liberam os sentimentos mais viscerais, é dever de ofício de quem atua no cenário jurídico-trabalhista. Advogados, procuradores e, principalmente, os juízes do trabalho têm a obrigação de abrir a mente e aplicar o novo direito do trabalho positivado pela Lei nº 13.467/2017. Devem, no mínimo, acordar para o fato de que o Parlamento decidiu assumir seu lugar de direito em um Estado Demo-

95 Disponível em: <<https://www.ibm.com/blogs/digital-transformation/br-pt/o-que-e-watson-plataforma-cognitiva-inteligencia-artificial-robot/>>. Acesso em: 9 set. 2017.

96 Disponível em: <<https://tecnologia.uol.com.br/noticias/bbc/2014/12/07/como-a-conexao-5g-mudara-o-mundo.htm>>. Acesso em: 11 set. 2017.

crático: o de protagonista da criação e inovação normativa. E que esta decisão legislativa possui um quê de reação ao intenso ativismo da Justiça do Trabalho.

Mas quando digo Justiça do Trabalho não me refiro apenas aos juízes, desembargadores e ministros. Também os advogados e o ministério público devem vestir a carapuça, pois, além de ingressarem nas fileiras judiciais através do quinto constitucional, são eles que nos provocam e retiram o Judiciário da inércia, trazendo suas teses à discussão, muitas das quais com um viés altamente paternalista. Este estado de coisas foi frontalmente rejeitado pela Reforma Trabalhista. Este descolamento da realidade exauriu-se. O eixo do direito do trabalho se deslocou. Agora, o seu centro de gravidade é a autonomia da vontade, individual e coletiva, do empregado e do empregador. Ao invés de discutirmos o sexo dos anjos (se o empregado deve ser protegido de si mesmo, desconsiderando a sua decisão e tornando-o irresponsável pelas suas consequências), estamos impelidos a analisar o que verdadeiramente importa: a qualidade da sua manifestação, a qualidade da sua autonomia. A lealdade e a boa-fé, contratual e processual, agradecem.

O novo direito do trabalho é realista: ele leva a real intenção das partes a sério, descortinando o grau de informação, envolvimento e liberdade das decisões da dupla dinâmica empregado/empregador. O novo direito do trabalho é pragmático: ele molda os resultados normativos a partir da priorização da construção das regras do jogo pelos próprios interessados, presumindo – até prova em contrário – que eles estão habilitados a decidirem por si mesmos os rumos de suas vidas.

Obviamente que o estoque de conhecimento acumulado pelos especialistas do velho direito do trabalho continua aí e não deve ser desperdiçado. Não estamos apagando as páginas do passado. Estamos, sim, escrevendo as páginas do futuro. Antes, vivíamos fadados a reler incansavelmente o que foi, sem parar para ver e dizer que isso não tinha mais nada a ver com o que é. Precisou vir o Legislativo e falar o que poucos queriam ouvir: o rei estava nu há tempos. Estávamos cegos pela crença, pelo idealismo, pela ideologia. Recebemos uma sacudida normativa. É normal que fiquemos atordoados. Mas isso não nos deve impedir de, eliminado o assombro inicial, interpretar a Lei nº 13.467/2017 com boa-vontade. Desarmar-se de controles de constitucionalidade e convencionalidade é uma boa medida, pois mostra algum respeito pela opinião alheia, no caso, da larga maioria parlamentar. Façamos um *mea culpa*. Vejamos onde pesamos a mão, onde erramos. Nada melhor do que um exame de consciência para clarearmos nossas ideias e equilibrarmos as nossas razões com as nossas emoções.

DOCTRINA

O novo direito do trabalho está aí, pronto para ser aplicado e testado no habermasiano mundo da vida⁹⁷. O seu monitoramento, para realização de diagnósticos, de estatísticas e proposição de correções é o que de melhor poderão fazer os mais desconfiados. Coletem dados, analisem-os com lógica, com coerência, com método, atentem para a realidade futura e comparem-na com a do passado. Sofistiquem o argumento e plantem os pés no chão, deixando de lado os sofismas e o romantismo ilusório. Façam isso, se quiserem criticar o porvir. Pois, do contrário, se insistirem em mais do mesmo discurso raivoso, abstrato e saudosista, a reação poderá vir ainda mais forte, e bem antes do que se imagina.

Recebido em: 10/06/2018

Aprovado em: 14/06/2018

97 Uma boa introdução à obra bem densa de Jürgen Habermas pode ser encontrada em: REESE-SCHÄFFER, Walter. *Compreender Habermas*. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2010.

DO DIREITO AUTÔNOMO À PRODUÇÃO DA PROVA COMO INSTRUMENTO DE EFETIVO ACESSO À JUSTIÇA DO TRABALHO PÓS-REFORMA TRABALHISTA

FROM THE AUTONOMOUS RIGHT TO THE PRODUCTION OF THE PROOF AS AN EFFECTIVE INSTRUMENT ACCESS TO THE POST-REFORM LABOR JUSTICE

Sérgio Cabral dos Reis*

RESUMO: O presente artigo tem como finalidade estudar o direito autônomo à produção antecipada da prova, tal como previsto no art. 381, II e III, do CPC, e sua correlação com o efetivo acesso à Justiça do Trabalho. Trata-se de instituto não litigioso, por isso não prevê condenação em honorários advocatícios. É o direito puro e simples de produzir a prova, sem qualquer demonstração de urgência, revelando-se admissível nos casos em que “a prova a ser produzida seja suscetível de viabilizar a autocomposição ou outro meio adequado de solução de conflito” (arbitragem, mediação etc.), ou então “o prévio conhecimento dos fatos possa justificar ou evitar o ajuizamento de ação”. Nessa perspectiva, sem maiores riscos econômicos, o requerente pode averiguar previamente a extensão fática do litígio, para decidir, posteriormente, se a reclamatória trabalhista é viável ou não, ou mesmo se é melhor conciliar.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Autônomo à Prova. Acesso à Justiça do Trabalho Pós-Reforma Trabalhista. Tutela Adequada dos Direitos Trabalhistas.

ABSTRACT: *This study aims to analyze the autonomous right to the evidence anticipated production, as foreseen in art. 381, II and III of the Civil Procedure Code (CPC), and its correlation with the effective access to Labor Justice. It is a non-litigious legal institution, so it does not provide attorneys' fees. It is the pure and simple right to produce evidence, without any demonstration of urgency, admissible in cases where “the evidence to be produced is capable of enabling self-determination or other suitable means of conflict resolution” (arbitration, mediation etc.), or that “the prior knowledge of the facts can justify or avoid the filing of action”. From this perspective, without major economic risks, the applicant can first ascertain the factual extent of the litigation, to subsequently decide whether her labor claim is feasible or not, or even if settle is a better option.*

KEYWORDS: *Autonomous Right to Proof. Access to Labor Justice After Labor Reform. Adequate Protection of Labor Rights.*

* *Doutor em Direito pela UFSC; membro da ABDPro e do Ipeatra; professor efetivo da UEPB e do Unipê; juiz do tribunal Regional do Trabalho da Paraíba.*

1 – Introdução

Após a chamada Reforma Trabalhista (Lei nº 13.467/2017), uma das maiores preocupações dos operadores da Justiça do Trabalho é com os riscos econômicos do processo. Como se sabe, atualmente, o reclamante, mesmo beneficiário da assistência judiciária gratuita, se tiver seus pedidos julgados improcedentes, pode sair devedor dos honorários advocatícios da parte adversa (791-A, § 4º, da CLT), como também, se for o caso, dos honorários periciais (art. 790-B da CLT). Sem questionar o acerto ou o eventual desacerto dessa regulamentação, e partindo da premissa de que ela é constitucional, procura este singelo artigo demonstrar que existem institutos previstos no sistema que podem remediar esses riscos econômicos, facilitando o acesso efetivo à Justiça do Trabalho, a exemplo do direito autônomo à produção de provas.

2 – Aspectos gerais da produção antecipada de provas e do direito autônomo à produção de provas

O direito autônomo à prova está disciplinado no capítulo destinado à produção antecipada de provas, previsto nos arts. 381, 382 e 383 do CPC, perfeitamente aplicáveis ao Direito Processual do Trabalho por inexistir qualquer incompatibilidade ontológica. Observe-se:

“Art. 381. A produção antecipada da prova será admitida nos casos em que:

I – haja fundado receio de que venha a tornar-se impossível ou muito difícil a verificação de certos fatos na pendência da ação;

II – a prova a ser produzida seja suscetível de viabilizar a auto-composição ou outro meio adequado de solução de conflito;

III – o prévio conhecimento dos fatos possa justificar ou evitar o ajuizamento de ação.

§ 1º O arrolamento de bens observará o disposto nesta Seção quando tiver por finalidade apenas a realização de documentação e não a prática de atos de apreensão.

§ 2º A produção antecipada da prova é da competência do juízo do foro onde esta deva ser produzida ou do foro de domicílio do réu.

§ 3º A produção antecipada da prova não previne a competência do juízo para a ação que venha a ser proposta.

DOCTRINA

§ 4º O juízo estadual tem competência para produção antecipada de prova requerida em face da União, de entidade autárquica ou de empresa pública federal se, na localidade, não houver vara federal.

§ 5º Aplica-se o disposto nesta Seção àquele que pretender justificar a existência de algum fato ou relação jurídica para simples documento e sem caráter contencioso, que exporá, em petição circunstanciada, a sua intenção.

Art. 382. Na petição, o requerente apresentará as razões que justificam a necessidade de antecipação da prova e mencionará com precisão os fatos sobre os quais a prova há de recair.

§ 1º O juiz determinará, de ofício ou a requerimento da parte, a citação de interessados na produção da prova ou no fato a ser provado, salvo se inexistente caráter contencioso.

§ 2º O juiz não se pronunciará sobre a ocorrência ou a inoccorrência do fato, nem sobre as respectivas consequências jurídicas.

§ 3º Os interessados poderão requerer a produção de qualquer prova no mesmo procedimento, desde que relacionada ao mesmo fato, salvo se a sua produção conjunta acarretar excessiva demora.

§ 4º Neste procedimento, não se admitirá defesa ou recurso, salvo contra decisão que indeferir totalmente a produção da prova pleiteada pelo requerente originário.

Art. 383. Os autos permanecerão em cartório durante 1 (um) mês para extração de cópias e certidões pelos interessados.

Parágrafo único. Findo o prazo, os autos serão entregues ao promovedor da medida.”

Apesar da existência do inquérito civil público para o MPT, trata-se de procedimento perfeitamente cabível nas ações coletivas¹. Merecem destaque, todavia, as ações individuais, pois, como se verá, aborda procedimento não litigioso e, com efeito, destituído de condenação em honorários advocatícios.

Observe-se, de logo, que não se trata de medida de natureza jurídica cautelar. Não há, no direito autônomo à produção da prova, direito referível em relação ao qual há uma suposta situação de urgência (*periculum in mora*).

1 No processo civil, referindo-se à importância da produção antecipada da prova nas chamadas “ações de improbidade”, cf. BONIZZI, Marcelo José Guimarães. *Fundamentos da prova civil: teoria geral da prova e provas em espécie segundo o novo CPC*. São Paulo: RT, 2017. p. 93.

Não há necessidade, portanto, de demonstração do risco de dano irreparável ou de difícil reparação. Também não há qualquer exigência de que uma ação principal seja promovida, sob pena de ineficácia do procedimento antecipado².

É certo que a tradicional produção antecipada de provas como medida cautelar já existia no CPC/73 (arts. 846-851) e também está prevista no CPC/2015 (art. 381, I)³, permanecendo, desse modo, como um inegável instrumento de prevenção de danos ao pretense direito material referível e, consequentemente, de utilidade do processo dito principal⁴. Não é desse instituto, todavia, que se trata neste artigo, cujo objeto também não é a produção antecipada da prova procedimentalmente incidental⁵.

Aborda-se aqui, repita-se, o direito autônomo à prova, que consiste em específico procedimento destinado à certificação de que a prova foi produzida regularmente⁶. Em seu procedimento, portanto, não há outro objetivo que não seja a produção da prova. Ora, se no CPC/73 a antecipação da produção da prova se voltava, exclusivamente, a garantir a eficácia do processo e servir de instrumento para auxiliar na formação da convicção do juiz, no CPC/2015, a prova pode ser requerida para permitir às partes que conheçam melhor os fatos e, com efeito, as suas chances de êxito em um eventual litígio judicial.

Observe-se que o § 5º do art. 381 do CPC permite a produção antecipada da prova sem qualquer caráter litigioso, com a finalidade de justificar documentalmente a existência de algum fato ou relação jurídica. Nesse caso, como se busca apenas a documentação, não há intenção, ao menos *a priori*, de utilizar a prova obtida em processo futuro⁷.

Para fins do processo do trabalho atual, todavia, interessa mais o procedimento com “potencial litigiosidade imediata”, mas a parte não tem conhecimento completo acerca dos fatos da causa. Nesse sentido, admite-se o direito

2 ALVIM, Arruda. *Novo contencioso cível no CPC/2015*. São Paulo: RT, 2016. p. 252.

3 São clássicos os exemplos da testemunha gravemente enferma, que não pode esperar a data da audiência de instrução, e do imóvel com estrutura comprometida ou em vias de demolição, para a antecipação da produção da prova pericial.

4 Como se sabe, as medidas acautelatórias, com o CPC/2015, perderam a autonomia procedimental que detinham no CPC/73.

5 Observe-se que a produção antecipada da prova é uma ação autônoma e pode ter caráter preparatório ou preventivo, quando ainda não ajuizada a demanda relativa ao litígio. O instituto pode assumir natureza incidental, todavia, se essa demanda já foi ajuizada, mas ainda não alcançou a fase de instrução. O presente artigo, portanto, trata da primeira situação, ou seja, do direito autônomo à produção da prova em caráter informativo e eventualmente preparatório de futuro processo.

6 YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 419.

7 ALVIM, Eduardo Arruda. *Tutela provisória*. 2. ed. São Paulo: Saraiva: 2017. p. 96-97.

autônomo à produção da prova, quando o propósito do autor for simplesmente ter conhecimento pleno dos fatos, para, somente depois, decidir pelo ajuizamento, ou não, da demanda, como também nos casos em que a parte não queira, desde logo, ajuizar a demanda em razão de ter dúvida quanto às reais causas do evento danoso ou sua extensão⁸.

Nessa perspectiva, conforme disciplinado no art. 381, II e III, do CPC, a produção antecipada da prova passa a ser um procedimento admitido nos casos em que “a prova a ser produzida seja suscetível de viabilizar a autocomposição ou outro meio adequado de solução de conflito” (arbitragem, mediação, etc.), ou então “o prévio conhecimento dos fatos possa justificar ou evitar o ajuizamento de ação”⁹.

3 – Da experiência estrangeira acerca da produção antecipada de provas como direito autônomo à prova

O direito autônomo à prova é um instituto inspirado no direito estrangeiro¹⁰, principalmente na tradição do *Common Law*, a exemplo da *discovery* americana e da *disclosure* inglesa, que têm como finalidade o intercâmbio cognitivo, com o escopo de esclarecer as circunstâncias fáticas da lide, para facilitar a sua solução consensual ou a decisão, pela parte que ainda estava em dúvida, de propor ou não a demanda judicial¹¹.

Em determinados ordenamentos jurídicos, a exemplo do sistema anglo-americano, comprovar parece ser um dever ou uma obrigação da parte. No procedimento da *discovery* norte-americana¹², por exemplo, o juiz pode compelir uma parte (ou um terceiro) a revelar informações que estiverem em seu poder

8 LOPES, Maria Elizabeth de Castro. Da produção antecipada da prova – comentários aos arts. 381-383 do CPC. In: BUENO, Cassio Scarpinella (Coord.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2017. v. 2. p. 270.

9 Registre-se que, antes da chamada Reforma Trabalhista, parte da doutrina não vislumbrava eficácia prática na hipótese prevista no art. 381, III, do CPC. Nesse sentido, ilustrativamente, cf. TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. *Comentários ao novo Código de Processo Civil sob a perspectiva do processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2015. p. 518. Não se concorda com esse posicionamento, todavia, pelos motivos que serão expostos no decorrer deste artigo doutrinário.

10 Acerca da produção oral diretamente pelas partes no direito estrangeiro, cf. MÜLLER, Julio Guilherme. *Negócios processuais e desjudicialização da produção da prova: análise econômica e jurídica*. São Paulo: RT, 2017. p. 237-253.

11 ALVIM, Eduardo Arruda. *Tutela provisória*. 2. ed. São Paulo: Saraiva: 2017. p. 97.

12 Para uma visão geral sobre o tema, na doutrina brasileira, por todos, cf. CAMBI, Eduardo; PITTA, Rafael Gomiero. *Discovery* no processo civil norte-americano e efetividade da justiça brasileira. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 40, n. 245, p. 425-444, jul. 2015.

e que sejam relevantes para o deslinde da causa¹³. Essas informações podem ser extraídas de depoimentos, documentos e outras provas de cada parte, em momento anterior ao julgamento, evitando-se a surpresa. Tem-se entendido, nesse contexto, que a finalidade da *discovery* é que, normalmente por determinação judicial, uma parte apresente informações sobre fatos relevantes da causa à parte contrária¹⁴, para que esta, antes da fase do *trial*¹⁵, possa avaliar os riscos da demanda¹⁶. Diante dessa análise, que comumente ocorre em período de negociação anterior ao início dos procedimentos junto ao tribunal¹⁷, o instituto tem se apresentado como um instrumento de solução de conflitos de forma consensual¹⁸⁻¹⁹.

Sendo assim, por um lado, o requerimento da *discovery* deve envolver fatos efetivamente relevantes do litígio e, de outro, não pode criar uma carga excessivamente onerosa à parte contrária. Ademais disso, a *discovery* não abrange documentos sigilosos, que tenham privilégio de confidencialidade, e deve-se ter o cuidado, naturalmente, para que a finalidade do instituto não seja desviada para uma inconveniente *fishing expedition*. A parte que descumprir a ordem judicial pode sofrer as sanções previstas na *Rule 37 (b) (2) (A)* das *Federal Rules of Civil Procedures*, dentre as quais a “limitação de seus direitos

-
- 13 JOLOWICZ, John Anthony. *On civil procedure*. New York: Cambridge University Press, 2000. p. 41. No mesmo sentido, cf. SERENI, Angelo Piero. *El proceso civil en los Estados Unidos*. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJEJA, 1958. p. 73.
- 14 FRIEDENTHAL, Jack H.; KANE, Mary Kay; MILLER, Arthur R. *Civil procedure*. 4th. ed. St. Paul: Thomsom West, 2005. p. 398-400.
- 15 O estágio que compreende o oferecimento da demanda e o encerramento da *discovery* denomina-se *pretrial stage* (fase de pré-julgamento). Essa estágio, como se percebe, é extremamente importante, pois, além de outros aspectos, evita a surpresa de provas no julgamento. Nesse sentido, cf. SIME, Stuart. *A practical approach to civil procedure*. 10th. ed. Oxford: Oxford University Press, 2007. p. 8.
- 16 É interessante observar que a demanda pode ser modificada em consequência de novos elementos que surjam no decorrer da *discovery*.
- 17 Nesse sentido, cf. SIME, Stuart. *A practical approach to civil procedure*. 10th. ed. Oxford: Oxford University Press, 2007. p. 5.
- 18 Sobre o tema, cf. ROBERTS, Simon; PALMER, Michael. *Dispute processes: ADR and the primary forms of decision-making*. 2nd. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2005. p. 277-283. A doutrina tem defendido a necessidade de se importar e adaptar o instituto para o Brasil, pois o prévio conhecimento de boa-fé sobre as informações relevantes, que potencialmente podem ser utilizadas em eventual processo judicial, não somente possibilita a análise, pelas partes, das suas chances de sucesso, mas também privilegia a construção de soluções autocompositivas que pacificam com justiça. Nesse sentido, cf. LAUX, Francisco de Mesquita. Relações entre a antecipação da prova sem o requisito da urgência e a construção de soluções autocompositivas. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 40, n. 242, p. 455-479, abr. 2015.
- 19 FOLLE, Francis Perondi. A prova sem urgência no direito norte-americano: um exame do instituto da *discovery*. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 37, n. 204, p. 131-152, fev. 2012.

à prova e ao contraditório” e “a configuração de *contempt of court*”²⁰, além do pagamento de despesas processuais, incluindo os honorários advocatícios.

Na Inglaterra, atualmente, fala-se em *disclosure*, em vez da clássica *discovery*²¹. Conforme se observa na regra 31.7 do Código de Processo Civil inglês, o dever de revelação ocorre em momento anterior ao próprio ajuizamento da demanda e, nos casos em que esta já foi proposta, na fase anterior ao julgamento, tendo como um de seus objetivos a obtenção de soluções auto-compositivas²². Assim como ocorre com o instituto similar norte-americano, se a revelação de informações e documentos for incompleta, e a demanda seja proposta, é possível a penalização por *contempt of court*²³.

Observe-se que a Itália também tem um instituto similar ao disciplinado no direito brasileiro. O art. 696-*bis* do *Codice de Procedura Civile* prevê, independentemente de qualquer demonstração de urgência, um procedimento

20 INGMAN, Terence. *The English legal process*. 9th. ed. Oxford: Oxford University Press, 2002. p. 206. No mesmo sentido, cf. RAMOS, Vitor de Paula. *Ônus da prova no processo civil: do ônus ao dever de provar*. São Paulo: RT, 2015. p. 100-101. *Contempt of court* é uma expressão que significa, na prática, o descumprimento de uma ordem judicial, com consequências que vão da penalidade patrimonial (aplicação de multas) à restrição de liberdade (prisão), limitada a dois anos. Se alguém descumprir uma *injunction* contra si, será responsabilizado por desacato ao tribunal. De igual modo, se deixar de cumprir mandado de declaração de bens, no caso de *injunction* de indisponibilidade, ou deixar de honrar compromisso assumido junto ao tribunal. É interessante observar que, mesmo que o tribunal revogue a ordem proferida anteriormente, persistirá a responsabilização por desacato. Por outro lado, cumpre esclarecer que o *contempt of court* não se aplica apenas às partes, pois os terceiros que receberem ordem do tribunal, caso não a cumpram **adequadamente, também poderão ser responsabilizados**. Nesse sentido, cf. ANDREWS, Neil. *O moderno processo civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*. 2. ed. São Paulo: RT, 2012. p. 301-305. Sobre as origens do *contempt of court* na tradição da *Common Law*, consulte-se o seguinte estudo clássico: BEALE JR., Joseph H. Contempt of court, criminal and civil. *Harvard Law Review*, vol. XXI, n. 3, p. 161-174, jan. 1908. Para uma pesquisa mais ampla sobre o tema, cf. DOBBS, Dan B. Contempt of court a survey. *Cornell Law Review*, vol. 56, n. 2, p. 188-284, jan. 1971. Na língua francesa, com foco na análise de casos envolvendo as mídias inglesa e escocesa de suposto desacato aos tribunais e suas consequências, cf. GODARD, Joelle. Contempt of court en Angleterre et en Ecosse ou le contrôle des médias pour garantir le bon fonctionnement de la justice. *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, Paris, Dalloz, n. 2, p. 367-382, avr./juí. 2000.

21 De acordo com Oscar Chase, a diferença fundamental entre as práticas norte-americana e inglesa é a amplitude das exigências que podem ser feitas em relação à parte contrária. De forma mais restrita, na Inglaterra, a requisição de documentos no *pretrial* limita-se àqueles relacionados às alegações fáticas da petição inicial. Ademais, o testemunho privado ao estilo norte-americano não está disponível na Inglaterra, onde a tomada de depoimentos orais fora do tribunal somente é permitida mediante prévia autorização judicial e restringe-se a situações em que a testemunha está impossibilitada de comparecer à sessão de julgamento. Nesse sentido, cf. CHASE, Oscar G. *Law, culture, and ritual: disputing systems in cross-cultural context*. New York / London: New York University Press, 2005. p. 60.

22 JOLOWICZ, John Anthony. *On civil procedure*. New York: Cambridge University Press, 2000. p. 41.

23 LAUX, Francisco de Mesquita. Relações entre a antecipação da prova sem o requisito da urgência e a construção de soluções autocompositivas. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 40, n. 242, p. 468, abr. 2015.

especial sumário para uma consulta prévia da parte com a finalidade de auto-composição da lide.

4 – Questões procedimentais acerca da produção antecipada de provas e sua utilidade na Justiça do Trabalho

O direito autônomo à prova, como se percebe, não tem como pressuposto a demonstração de uma situação de urgência. Dessa forma, aproveitando essa experiência estrangeira, uma parte, por exemplo, pode revelar à outra a existência de um documento que eventualmente desestimele o litígio, inclusive perante a Justiça do Trabalho. O mesmo caso pode ocorrer pelo resultado negativo de uma perícia ou da oitiva de alguma testemunha. Esses aspectos informativos, repita-se, podem auxiliar decisivamente acerca de uma solução autocompositiva ou de uma desistência da litigiosidade²⁴.

Observe-se, todavia, que, como a litigiosidade nessa espécie de procedimento de produção antecipada da prova é meramente potencial, há quem afirme que a natureza jurídica do instituto é de “jurisdição voluntária”²⁵.

Todas as provas podem ser produzidas nesse procedimento autônomo, com exceção da prova documental, pois, nesse caso, o reclamante deve valer-se da ação de exibição de documentos (arts. 396-404 do CPC).

É possível pleitear a oitiva antecipada de testemunhas, por exemplo, para fins de comprovação de suposta relação de emprego, de trabalho em regime de horas extras ou de ocorrência de ato ilícito gerador de danos morais e materiais. Admite-se também a produção antecipada de perícia grafotécnica, para comprovar a falsidade da assinatura de um eventual recibo de quitação trabalhista. De igual modo, é possível a produção antecipada de prova pericial, a fim de comprovar o nexo de causalidade entre uma doença e o meio ambiente de trabalho proporcionado pela empresa empregadora. Enfim, são várias as questões fáticas que podem ser objeto de produção probatória antecipada, e o procedimento de colheita de provas, no particular, não apresenta qualquer singularidade, é o mesmo sistema que já ocorre nas reclamações trabalhistas habituais.

24 Alexandre Freitas Câmara, corretamente, observa que essas demandas de descoberta probatória têm uma relevante função no sistema, pois, com certa dose de bom senso, podem evitar processos desnecessários. Cf. CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 244.

25 DIDIER Jr., Fredie. Produção antecipada da prova. In: JOBIM, Marco Félix; FERREIRA, William Santos (Coord.). Salvador: Juspodivm, 2015. p. 495.

Em sua petição inicial, o requerente deve demonstrar a pertinência da prova a ser produzida e as alegações fáticas que eventualmente serão deduzidas no processo futuro. É que, como a produção antecipada da prova tem intuito informativo de elementos suficientes de convicção, deve haver uma relação de instrumentalidade entre a prova requerida e o conteúdo da eventual futura demanda²⁶. Nesse sentido, devem-se identificar, com precisão, os argumentos fáticos que precisam ser verificados, e a avaliação judicial limita-se à apreciação da pertinência entre a prova requerida e o litígio afirmado.

Impõe-se observar que, no processo do trabalho, o pleito de produção antecipada de provas constitui exceção à regra da liquidação dos pedidos (§ 1º do art. 840 da CLT), pois não há pedido de condenação da parte reclamada. Deve haver, por outro lado, atribuição de valor à causa, pois, dentre outros motivos, eventualmente pode haver condenação em litigância de má-fé²⁷.

Para que a prova seja eivada de legitimidade, impõe-se citar a reclamada, para que seja observado o contraditório. Se o juiz vislumbrar potencial litigância do reclamante com outros interessados, ou seja, de terceiros também interessados na prova a ser produzida, a exemplo de algum ente potencialmente denunciado à lide, ele pode, de ofício, determinar a citação deles, tratando-se de hipótese típica de intervenção *iussu iudicis*²⁸.

26 SCHMITZ, Leonard Ziesemer. Da produção antecipada da prova – comentários aos arts. 381-383 do CPC. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da (Org.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 569-572.

27 THEODORO Jr., Humberto. *Curso de direito processual civil*. 57. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. 1. p. 938.

28 DIDIER Jr., Fredie. Produção antecipada da prova. *Direito probatório*. In: JOBIM, Marco Félix; FERREIRA, William Santos (Coord.). Salvador: Juspodivm, 2015. p. 500. Sobre a dinâmica procedimental da intervenção *iussu iudicis*, cf. CINTRA, Lia Carolina Batista. *Intervenção de terceiro por ordem do juiz: a intervenção iussu iudicis no processo civil*. São Paulo: RT, 2017. p. 237-250. A intervenção de terceiros *iussu iudicis* ocorre por ordem do juiz, instituto previsto em outros ordenamentos jurídicos democráticos, a exemplo da Itália, França e Espanha. Uma das hipóteses adequadas de admissibilidade desse instituto são os “casos em que terceiros podem ser afetados pela eficácia da sentença” (CINTRA, Lia Carolina Batista. *Intervenção de terceiro por ordem do juiz: a intervenção iussu iudicis no processo civil*. São Paulo: RT, 2017. p. 138). Na Itália, a intervenção *iussu iudicis* está prevista no art. 107 do *Codice di Procedura Civile*, que preconiza que o juiz, quando considera oportuno que o processo se desenvolva com a presença de um terceiro a quem a causa é comum, deve ordenar-lhe a intervenção. Na França, disciplina o art. 332 do *Code de Procedure Civile* que o juiz pode convidar as partes a chamar ao processo todos os interessados, quando sua presença parecer necessária à solução do litígio. Em matéria não contenciosa, ele pode ordenar o chamamento de terceiros cujos direitos ou encargos possam ser afetados pela decisão. Na Espanha, conforme prescreve o art. 150.2 da *Ley de Enjuiciamiento Civil*, por ordem do tribunal, também se notificará a pendência do processo às pessoas que, segundo os autos, possam ser afetadas pela decisão que encerre o procedimento. Essa comunicação também será feita, com os mesmos requisitos, quando o tribunal tiver indícios de que as partes estão utilizando o processo com fins fraudulentos. Observe-se que os entes públicos e outros eventuais terceiros que forem convocados para atuar no processo poderão escolher o polo em que pretendem atuar, ou mesmo permanecerem inertes, mas esse fato não impede que o litígio seja resolvido de maneira mais ampla. Cf. CINTRA, Lia Carolina Batista. *Intervenção de terceiro por ordem do juiz: a intervenção iussu iudicis no processo civil*. São Paulo: RT, 2017. p. 229.

DOUTRINA

Conforme preleciona Humberto Theodoro Jr., “o procedimento da antecipação de prova é sumário e não contencioso”²⁹. Assim, como se restringe a produção das provas indicadas na petição inicial, revela-se bastante simples, e o contraditório, por conta dessa simplicidade, é meramente parcial, restrito aos pressupostos para a utilização do instituto e às questões relativas à prova em si (ilicitude, contradita de testemunhas ou parcialidade do perito, por exemplo) e à regularidade do procedimento (incompetência do juízo ou questionamento sobre a parcialidade do juiz, por exemplo).

Eventual arguição da ilegitimidade³⁰ deve ser aferida à luz da teoria da asserção, ou seja, no plano abstrato das alegações da petição inicial, e não cabe à parte reclamada, por exemplo, aduzir defesa relacionada ao mérito do eventual futuro processo, pois, como a atividade do juiz limita-se a deferir o pedido relativo à proposição da prova e a determinar sua respectiva produção³¹, as questões relativas à valoração da prova e os seus eventuais efeitos jurídicos somente devem ser verificados nesse outro processo.

“Não se permite, por isso, no curso da ação probatória, a discussão acerca da probabilidade da existência do direito que poderá vir a ser objeto da prova”³². Na realidade, conforme preconiza o § 4º do art. 382 do CPC, no procedimento de produção antecipada de prova não se admitirão defesa e recurso.

Como visto, alguns temas processuais podem ser defensivamente suscitados pela parte reclamada, e também se excepciona dessa regra a recorribilidade da decisão que indeferir totalmente a produção da prova pleiteada pelo requerente originário. Essa decisão pode ocorrer, por exemplo, se o requerente, deixando transcorrer o prazo para emenda, não delimitar o litígio em sua petição inicial ou não apontar qual é a espécie de prova que pretende antecipadamente produzir³³. Nesse caso, no processo do trabalho, será cabível o recurso ordinário³⁴.

29 THEODORO Jr., Humberto. *Curso de direito processual civil*. 57. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. 1. p. 935.

30 Admitindo esse argumento defensivo, cf. LOPES, Maria Elizabeth de Castro. Da produção antecipada da prova – comentários aos arts. 381-383 do CPC. In: BUENO, Cassio Scarpinella (Coord.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2017. v. 2. p. 271.

31 BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil*: volume único. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 354.

32 MEDINA, José Miguel Garcia. *Direito processual civil moderno*. São Paulo: RT, 2015. p. 587.

33 BONIZZII, Marcelo José Guimarães. *Fundamentos da prova civil*: teoria geral da prova e provas em espécie segundo o novo CPC. São Paulo: RT, 2017. p. 96-97 e 101.

34 No processo civil, a doutrina é firme no sentido de ser a apelação o recurso cabível. Há quem defenda, todavia, que, se o requerente cumular pedidos probatórios – produção de mais de uma prova –, e o juiz, por decisão interlocutória, admitir apenas alguns deles, o recurso cabível será o agravo de instrumento, por se tratar de decisão com conteúdo meritório (art. 1.015, II, do CPC). Nesse sentido, cf. DIDIER Jr.,

Observe-se que, como não há defesa na produção antecipada da prova, caso o reclamante formule requerimento de desistência, a homologação não dependerá do consentimento do reclamado.

Impõe-se perceber, todavia, que a produção antecipada de prova tem natureza dúplice³⁵, de modo que o reclamado também tem direito à prova acerca das alegações fáticas da petição inicial. Nesse sentido, admitindo pedido contraposto, preconiza o § 3º do art. 382 do CPC que “os interessados poderão requerer a produção de qualquer prova no mesmo procedimento, desde que relacionada ao mesmo fato, salvo se a sua produção conjunta acarretar excessiva demora”.

Assim, se o reclamante, diante de possível demanda relacionada a acidente de trabalho, pleitear a produção de prova pericial, nada impede que a empresa reclamada requeira a produção de prova testemunhal. Aproveita-se o mesmo procedimento para ampliar o arsenal probatório das partes, o que pode ensejar a conciliação ou até mesmo a desistência do intuito de promover posteriormente outro processo.

Ao final do procedimento, o juiz proferirá sentença meramente formal³⁶ ou homologatória³⁷ do acerto acerca do procedimento de produção da prova.

Observe-se que, na sentença, não há qualquer declaração sobre sua veracidade e suas consequências sobre a lide, e não há qualquer declaração capaz de fazer coisa julgada material, há apenas “documentação judicial” de fatos³⁸.

Na forma do art. 383 do CPC, os autos permanecerão em cartório durante 1 (um) mês para extração de cópias e certidões pelos interessados. Findo o prazo, os autos serão entregues ao promovente da medida.

Observe-se que, de acordo com o § 3º do art. 381 do CPC, a produção antecipada da prova não torna prevento o juízo para a ação que, eventualmente,

Fredie. Produção antecipada da prova. In: JOBIM, Marco Félix; FERREIRA, William Santos (Coord.). *Direito probatório*. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 502. Em sentido contrário, todavia, Marcelo José Guimarães Bonizzi: “Na hipótese de indeferimento parcial, ocioso dizer, não há recurso cabível e nem precisa haver, porque essas provas que foram indeferidas poderão ser produzidas no futuro, quando houver a necessidade de instaurar um processo judicial. Na ausência de prejuízo para as partes, é legítima a ausência de recurso”. Cf. BONIZZI, Marcelo José Guimarães. *Fundamentos da prova civil: teoria geral da prova e provas em espécie* segundo o novo CPC. São Paulo: RT, 2017. p. 105.

35 YARSHELL, Flávio Luiz. Da produção antecipada da prova – comentários aos arts. 381-383 do CPC. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER Jr., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (Coord.). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015. p. 1.038-1.040.

36 CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 245.

37 ALVIM, Arruda. *Novo contencioso cível no CPC/2015*. São Paulo: RT, 2016, p. 252.

38 THEODORO Jr., Humberto. *Curso de direito processual civil*. 57. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. 1. p. 937.

vier a ser proposta. É que, na sentença, vale repetir, o juiz não fará qualquer juízo de valor acerca dos efeitos jurídicos decorrentes da prova produzida³⁹. Essa é uma questão que incumbe às partes. Nada impede, todavia, que o juiz, em audiência, já tente conciliá-las, eliminando o eventual litígio. Nessa perspectiva, um dos objetivos do direito autônomo à produção da prova será atingido.

Não havendo consenso, o juiz deverá incluir em sua sentença um capítulo condenatório relativo às despesas processuais. Nesse ponto, a produção antecipada de provas revela-se essencial ao acesso efetivo à Justiça do Trabalho. É que, apesar de as partes terem o ônus de arcar com as despesas relativas às provas requeridas – honorários periciais, por exemplo –, se forem beneficiárias da assistência judiciária gratuita, quem deve arcar com elas é a União. Trata-se de corolário lógico do direito fundamental ao acesso à justiça.

Ademais, como não há litígio efetivo no procedimento de produção antecipada da prova, não há condenação em honorários advocatícios⁴⁰, a não ser que o reclamante seja considerado litigante de má-fé⁴¹.

Nessa perspectiva, um trabalhador de boa-fé pode, por exemplo, instruir, de forma prévia, todas as questões fáticas relacionadas à sua pretensa demanda em face da empresa empregadora⁴², para analisar, em seguida, se é viável o processo posterior, ou mesmo se não é melhor tentar conciliar previamente o litígio, e isso, vale enfatizar, sem a preocupação com eventual condenação em honorários advocatícios. Por esse motivo, a demanda probatória autônoma viabiliza o efetivo acesso à Justiça do Trabalho.

5 – Conclusão

Pelo exposto, conclui-se que o direito autônomo à produção de provas revela-se como um instituto essencial ao acesso à Justiça do Trabalho contemporânea, pois, no intuito de aferir a viabilidade probatória do seu pretense direito, ou mesmo obter a conciliação com a parte contrária, a parte reclamante,

39 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *O novo processo civil*. São Paulo: RT, 2015. p. 281.

40 BONIZZI, Marcelo José Guimarães. *Fundamentos da prova civil: teoria geral da prova e provas em espécie segundo o novo CPC*. São Paulo: RT, 2017. p. 101.

41 YARSHELL, Flávio Luiz. Da produção antecipada da prova – comentários aos arts. 381-383 do CPC. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER Jr., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno Dantas (Coord.). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015. p. 1.044.

42 É possível produzir provas relativas às demandas habituais da Justiça do Trabalho, a exemplo dos pedidos de reconhecimento de relação de emprego e dos relacionados às diversas modalidades de questões relacionadas aos pedidos de indenizações por danos morais e materiais, inclusive decorrentes de suposto acidente de trabalho.

DOCTRINA

se beneficiária da assistência judiciária gratuita e não litigante de má-fé, não será responsabilizada pelas despesas decorrentes do processo, inclusive honorários advocatícios e periciais. Trata-se de um instituto que deve ser manejado responsabilmente, viabilizando, dessa forma, a tutela adequada dos direitos trabalhistas, sem prejuízo de ensejar soluções de consenso.

Referências bibliográficas

- ALVIM, Arruda. *Novo contencioso cível no CPC/2015*. São Paulo: RT, 2016.
- ANDREWS, Neil. *O moderno processo civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*. 2. ed. São Paulo: RT, 2012.
- BEALE Jr., Joseph H. Contempt of court, criminal and civil. *Harvard Law Review*, vol. XXI, n. 3, p. 161-174, jan. 1908.
- BONIZZI, Marcelo José Guimarães. *Fundamentos da prova civil: teoria geral da prova e provas em espécie segundo o novo CPC*. São Paulo: RT, 2017.
- BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil: volume único*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017.
- CAMBI, Eduardo; PITTA, Rafael Gomiero. *Discovery no processo civil norte-americano e efetividade da justiça brasileira*. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 40, n. 245, p. 425-444, jul. 2015.
- CHASE, Oscar G. *Law, culture, and ritual: disputing systems in cross-cultural context*. New York/London: New York University Press, 2005.
- CINTRA, Lia Carolina Batista. *Intervenção de terceiro por ordem do juiz: a intervenção iussu iudicis no processo civil*. São Paulo: RT, 2017.
- DIDIER Jr., Fredie. Produção antecipada da prova. In: JOBIM, Marco Félix; FERREIRA, William Santos (Coord.). *Direito probatório*. Salvador: Juspodivm, 2015.
- DOBBS, Dan B. Contempt of court a survey. *Cornell Law Review*, vol. 56, n. 2, p. 188-284, jan. 1971.
- FOLLE, Francis Perondi. A prova sem urgência no direito norte-americano: um exame do instituto da *discovery*. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 37, n. 204, p. 131-152, fev. 2012.
- FRIEDENTHAL, Jack H.; KANE, Mary Kay; MILLER, Arthur R. *Civil procedure*. 4th. ed. St. Paul: Thomsom West, 2005.
- GODARD, Joelle. Contempt of court en Angleterre et en Ecosse ou le contrôle des médias pour garantir le bon fonctionnement de la justice. *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, Paris, Dalloz, n. 2, p. 367-382, avr./juil. 2000.
- INGMAN, Terence. *The English legal process*. 9th. ed. Oxford: Oxford University Press, 2002.
- JOLOWICZ, John Anthony. *On civil procedure*. New York: Cambridge University Press, 2000.

DOCTRINA

LAUX, Francisco de Mesquita. Relações entre a antecipação da prova sem o requisito da urgência e a construção de soluções autocompositivas. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 40, n. 242, p. 455-479, abr. 2015.

LOPES, Maria Elizabeth de Castro. Da produção antecipada da prova – comentários aos arts. 381-383 do CPC. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Cassio Scarpinella Bueno (Coord.). São Paulo: Saraiva, 2017. v. 2.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *O novo processo civil*. São Paulo: RT, 2015.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Direito processual civil moderno*. São Paulo: RT, 2015.

MÜLLER, Julio Guilherme. *Negócios processuais e desjudicialização da produção da prova: análise econômica e jurídica*. São Paulo: RT, 2017.

RAMOS, Vitor de Paula. *Ônus da prova no processo civil: do ônus ao dever de provar*. São Paulo: RT, 2015.

ROBERTS, Simon; PALMER, Michael. *Dispute processes: ADR and the primary forms of decision-making*. 2nd. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

SCHMITZ, Leonard Ziesemer. Da produção antecipada da prova – comentários aos arts. 381-383 do CPC. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da (Org.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016.

SERENI, Angelo Piero. *El proceso civil en los Estados Unidos*. Buenos Aires: EJE, 1958.

SIME, Stuart. *A practical approach to civil procedure*. 10th. ed. Oxford: Oxford University Press, 2007.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. *Comentários ao novo Código de Processo Civil sob a perspectiva do processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2015.

THEODORO Jr., Humberto. *Curso de direito processual civil*. 57. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. 1.

YARSHELL, Flávio Luiz. Da produção antecipada da prova – comentários aos arts. 381-383 do CPC. In: WAMBIER, Teresa Arruda; DIDIER Jr., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (Coord.). *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009.

WAMBIER, Teresa Arruda; DIDIER Jr., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (Coord.). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015.

Recebido em: 20/05/2018

Aprovado em: 14/06/2018

NATUREZA E ORIGEM DAS CÂMARAS NACIONAIS COM COMPETÊNCIA ASSOCIATIVA INTERNA PARA A RESOLUÇÃO DE DISPUTAS LABORAIS NO FUTEBOL

NATURE AND ORIGIN OF NATIONAL CHAMBERS WITH INTERNAL ASSOCIATIVE COMPETENCE FOR THE RESOLUTION OF LABOR DISPUTES IN FOOTBALL

Leonardo Andreotti Paulo de Oliveira

RESUMO: O artigo proposto tem como finalidade trazer à reflexão as peculiaridades da organização e funcionamento de órgãos nacionais e internacionais de resolução de disputas laborais em matéria esportiva, abordando sua natureza e a origem de sua constituição, a partir de recomendação, orientação e até mesmo determinação da Federação Internacional de Futebol, no intuito de permitir, com base no panorama geral apresentado, estudos mais aprofundados acerca da efetividade e, sobretudo, juridicidade da atuação de órgãos privados administrativos (associativos) internos para a resolução de controvérsias de caráter laboral, de competência constitucional do Poder Judiciário do Trabalho.

PALAVRAS-CHAVE: Federação Internacional de Futebol. Câmara de Resolução de Disputas. Câmara Nacional de Resolução de Disputas. Arbitragem. Jurisdição. Poder Judiciário do Trabalho.

ABSTRACT: This article aims to raise a debate and to propose a discussion related to the peculiarities of the functioning and organization of national and international sports-related dispute resolution bodies under the recommendation and even determination of the International Football Federation in order to provide the reader with the real overview on the topic concerned and build a path for a deeper research and

* *Mestre em Direito Desportivo pelo Institut Nacional d'Educació Física de Catalunya – INEFC e Universitat de Lleida – UdL; pós-graduado em Direito Contratual pela Escola Paulista de Direito – EPD; pós-graduado em Direito Administrativo pelo Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP; professor do Programa de Pós-Graduação em Direito do Trabalho e Processual do Trabalho da Universidade Positivo – UP – Curitiba/PR; professor do LL.M. in International Sports Law do ISDE/Madrid-Espanha e do Master in Diritto ed Economia dello Sport do Sports Law and Policy Centre/Roma-Itália; presidente do Superior Tribunal de Justiça Desportiva da Liga Nacional de Basquete – LNB (2016/2017); corregedor do Superior Tribunal de Justiça Desportiva da Confederação Brasileira de Vôlei – CBV (2016/2018); subprocurador-geral do Superior Tribunal de Justiça Desportiva da Confederação Brasileira de Futebol – CBF (2016/2020); titular da Cadeira nº 35 da Academia Nacional de Direito Desportivo – ANDD; secretário-geral da Comissão de Estudos Jurídicos Desportivos do Ministério do Esporte – CEJD/ME; presidente do Instituto Brasileiro de Direito Desportivo – IBDD (2016/2018); parecerista, árbitro e mediador; advogado inscrito na Ordem dos Advogados de Brasil – Seccional de São Paulo.*

specific studies on the effectiveness and the legality on the jurisdiction of a private and intern body of an sport association to deal with matters related to employment-related disputes in football.

KEYWORDS: International Football Federation. Dispute Resolution Chamber. National Dispute Resolution Chamber. Arbitration. Jurisdiction. Labour Court of Law.

1 – Introdução

Uma das questões mais desafiadoras do Direito Desportivo, seja ele nacional ou internacional, é a dicotomia público-privado, representada, no mais das vezes, pela ingerência, muitas vezes descabida, do Estado na atividade, eminentemente privada, do Esporte.

A interferência estatal, no entanto, ganha especial atenção e relevância quando se dá pela atividade judiciária, a qual, se deve destacar, não afeta a autonomia desportiva referenciada no art. 217 da Constituição Federal brasileira, porquanto representa função basilar na atividade jurisdicional e na pacificação de conflitos, nos termos da legislação e amparada, por obvio, da mesma forma, pela Carta Constitucional da República.

É sabido, e até em termos populares, em virtude da popularidade do futebol e do sistema organizacional que o circunda, que a busca pela solução de controvérsias, no âmbito disciplinar e em decorrência da atividade puramente esportiva representada pelo desenvolvimento e organização de competições, pode gerar, no âmbito associativo futebolístico (internacional) punições severas pelo descumprimento de normas privadas internacionais emanadas da FIFA, mormente aquelas limitadoras do acesso à justiça pátria.

Nada obstante, é de se ressaltar, por outro lado, e até desmistificando a extensão interpretativa da severidade popular da federação internacional, que conflitos de natureza laboral não carregam consigo a mesma restrição, podendo, sem qualquer risco de punições associativas, ser resolvidas pelo Poder Judiciário nacional, no caso brasileiro, em disputas laborais, pelo Poder Judiciário do Trabalho.

Entretanto, pese a ausência de restrição legal ou normativa para a resolução da questão pelo Estado, é de se observar, de forma muito clara inclusive, uma recomendação da FIFA e até mesmo uma forte tendência para a utilização de órgãos e mecanismos internos, associativos, ou mesmo arbitrais, para a solução de controvérsias de caráter laboral, no âmbito nacional.

É neste particular que a preocupação do jurista ganha relevância, a fim de entender a juridicidade das questões levantadas, valendo, para tanto, ainda

que de forma inicial, e sem a pretensão de esgotamento do assunto, e servindo, principalmente, como ponto de partida para uma necessária reflexão temática, trazer um panorama geral acerca da existência das Câmaras Nacionais de Resolução de Disputas, mormente no que tange à sua natureza e origem, a partir das nuances e peculiaridades do sistema federativo futebolístico organizado.

A FIFA¹, que hoje tem a sua sede estabelecida na cidade de Zurique, na Suíça, é a Federação Internacional das Associações de Futebol², sendo a entidade que governa referida modalidade desportiva no âmbito internacional, tendo funções regulatórias, supervisoras e principalmente disciplinares, particularmente sobre as associações nacionais filiadas, sobre os clubes desportivos, sobre os oficiais³ e, por fim, sobre os jogadores de futebol em todo o mundo. No entanto, embora a entidade exerça um poder “sobrenatural” em termos econômicos, sociais e estatutários sobre seus membros e, em certas ocasiões, sobre os países enquanto nações, mormente quando da recepção de grandes eventos, tal como a Copa do Mundo de Futebol, o fato é que a entidade nada mais é que uma simples associação civil de Direito suíço, i.e., uma entidade privada, regulada pelos artigos 60 e seguintes do Código Civil suíço, cujo poder é a ela outorgado de forma democrática e voluntária pelas próprias entidades nacionais filiadas, pelo bem da organização do futebol na esfera mundial, já que a atividade se fortalece e se segura no respeito às mesmas regras e na governança de uma só entidade, em todo o globo.

Para uma melhor compreensão do presente artigo é importante destacar o papel da Federação Internacional de Futebol, tanto internamente quanto de forma externa, com o desenvolvimento do futebol nas comunidades carentes ao redor do mundo, como forma ou instrumento de promoção dos valores humanitários, educacionais e culturais, através do futebol. É o que diz o artigo 2º de seu Estatuto, apontando, como objetivos da FIFA, sempre como tarefa

1 A FIFA conta atualmente com 209 associações nacionais filiadas.

2 Também considerada a Federação Internacional do Football Association, surge em 21 de maio de 1904, em Paris, fundada pela ideia de um homem e que hoje ocupa lugar de destaque no cenário internacional e porque não dizer, supranacional. A história transforma o francês, Robert Guérin, em um dos mais importantes personagens no contexto do futebol organizado, tendo sido o primeiro presidente eleito da Fédération Internationale de Football Association, tão logo convocou a reunião que resultaria no organizado sistema futebolístico mundial tal como conhecemos hoje, onde estiveram presentes sete dirigentes de sete países diferentes, tais como Bélgica, Dinamarca, França, Holanda, Suécia, Suíça e Espanha, esta última representada pelo antigo e famoso clube de futebol, Real Madrid.

3 Oficiais: Todos os membros diretores, membros dos comitês, árbitros e seus assistentes, técnicos, treinadores e quaisquer outras pessoas responsáveis por assuntos técnicos, médicos e administrativos na FIFA, em uma Confederação, Associação, Liga, Clube, bem como todas as outras pessoas obrigadas a adequarem-se aos Estatutos da FIFA (exceto jogadores). (Tradução livre). Estatuto da FIFA, versão 2013. Página 5, ponto 11.

principal o desenvolvimento constante do desporto em prol da promoção dos valores já comentados, bem como do desenvolvimento dos programas de incentivo ao futebol entre os jovens.

Não obstante, para que a entidade tenha sucesso em seus objetivos, dentre os quais está o de organizar as suas próprias competições internacionais, estabelece-se a possibilidade e até mesmo a necessidade de elaboração e imposição de regulamentos e demais documentos imprescindíveis para a governança do futebol em escala internacional, especialmente quando se busca evitar as infrações aos estatutos, regulamentos e decisões dos mais variados órgãos da FIFA, além de promover a integridade, a ética e o jogo limpo, combatendo incisivamente o *doping* no esporte, a corrupção e a manipulação de resultados, que podem afetar negativamente e colocar em risco toda a estrutura desportiva internacional.

Podemos afirmar, sem medo de errar, que são vários os comitês, códigos, regulamentos, comentários e demais documentos elaborados e impostos pela Federação Internacional sobre todos os que se encontram albergados no sistema FIFA de alguma forma. No entanto, focaremos nosso estudo naqueles órgãos e documentos referentes aos aspectos e processos de natureza laboral, especialmente quando da resolução de controvérsias.

2 – Comitê de *Status* do Jogador da FIFA – “FIFA PSC”

O Comitê de *Status* do Jogador faz parte do rol dos comitês técnicos e permanentes da FIFA e que tem um papel extremamente importante no desenvolvimento da atividade esportiva, especialmente no que se refere aos entraves jurídicos surgidos entre clubes de futebol e obviamente o *status* do atleta. O órgão tem competência para julgar disputas surgidas entre clubes, associações e treinadores, quando houver dimensão internacional, além daquelas entre clubes pertencentes a diferentes associações nacionais e que não estejam sob a competência da Câmara de Resolução de Disputas, tratada mais adiante.

Além disso, a importância do comitê resta comprovada na análise do artigo 23 do Regulamento, já que todas as disputas (ressalvadas as de competência da câmara) relativas à aplicação do regulamento sobre o *status* e transferência de jogadores deverão ser solucionadas pelo órgão, em clara competência residual. Reforçando este entendimento, cabe ao Presidente do Player Status Committee decidir, quando for o caso, sobre o conflito de competência surgido entre este órgão e a Câmara de Resolução de Disputas já mencionada.

Tal como ocorre com as decisões exaradas pela câmara, as decisões do comitê são apeláveis ante ao Tribunal de Arbitragem de Lausanne, não sendo o comitê de apelação (interno) da FIFA competente para o recebimento de referido recurso.

3 – Câmara de Resolução de Disputas da FIFA – “FIFA DRC”

Embora aparentemente considerada órgão jurisdicional, uma vez que tem a Câmara de Resolução de Disputas competência para analisar e julgar, dentre outras questões, as claramente afeitas a tribunais ordinários nacionais, a “CRD” ou, no idioma inglês, “DRC” é órgão técnico da FIFA e que está, conforme artigo 54, inciso 2, do Estatuto da Federação Internacional, sob a responsabilidade do Comitê de Status do Jogador, tendo como normativa relevante o “FIFA Regulations on the Status and Transfer of Players”, bem como as regras de procedimento de utilização dos dois órgãos.

A “CRD”, que é composta de forma paritária por membros provenientes da classe dos atletas e membros provenientes da classe dos clubes, quase sempre atuará de forma colegiada com a participação de cinco membros, podendo ser constituída com a presença de pelo menos três deles. Há que se ressaltar, porém, a possibilidade de julgamento da causa por um “Juiz Único”, quando a situação e as circunstâncias do caso assim permitirem, ou em outros termos, quando a disputa envolver valor inferior a cem mil francos suíços⁴ (CHF 100.000); quando as disputas relativas a contribuições de solidariedade (Mecanismo de Solidariedade) e indenizações por formação não apresentarem fatos e argumentos jurídicos complexos; ou finalmente quando a Câmara já tiver uma sólida e pacífica jurisprudência sobre a matéria a ser tratada.

O artigo 22 do Regulamento da FIFA sobre o *Status* e Transferência de Jogadores deixa clara a possibilidade de clube e atletas acionarem o Poder Judiciário nacional para a solução de controvérsias relativas ao trabalho desportivo. Em outras palavras, a FIFA não proíbe a atuação do judiciário em matéria de labor desportivo, ao contrário daquelas concernentes aos aspectos disciplinares e de competição, as quais devem, na óptica da FIFA, ser julgadas por órgãos “jurisdicionais” eminentemente desportivos. No entanto, apesar de não proibir o acesso à Justiça Especializada Nacional, a entidade internacional também se considera competente para a apreciação e julgamento de referidas questões, especialmente aquelas onde está em jogo a tão clamada e desejada *estabilidade contratual*, tão importante para o equilíbrio das competições e, por

4 Valor equivalente ao dólar estadunidense.

consequência, para o próprio produto futebol. Além disso, a disputa deve ter uma dimensão internacional, uma vez que os problemas nacionais não constituem, a princípio, preocupação para a federação internacional.

Outras questões também são resolvidas pela CRD da FIFA, como aquelas relacionadas às indenizações por formação⁵ e ao mecanismo de solidariedade⁶, descritos nos artigos 20 e 21 do Regulamento, quando ocorram entre clubes pertencentes a diferentes associações nacionais, ou seja, onde houver uma dimensão internacional. Quando a disputa for entre dois clubes de mesma associação, a câmara só será competente para o julgamento do caso se o fato estiver relacionado a uma transferência internacional.

Importante sublinhar o fato de que as decisões da CRD não poderão ser objeto de recurso perante o comitê de apelação da FIFA, devendo ser apeladas tempestivamente ao Tribunal Arbitral do Esporte (TAS/CAS), reconhecido estatutariamente como órgão “jurisdicional” de 2ª instância para referidas decisões.

4 – Câmaras Nacionais de Resolução de Disputas – “CNRD”

Se por um lado as controvérsias de dimensão internacional podem ser resolvidas ante aos órgãos administrativos (associativos) internos da federação internacional, por outro, aquelas questões, em especial as de caráter laboral, que se inserem no âmbito nacional, e, portanto, da respectiva associação nacional filiada à FIFA (no caso brasileiro, à CBF), a par de sua natural guarida no Poder Judiciário nacional, também contam, sob orientação, recomendação ou, conforme defendido por alguns, sob verdadeira exigência da FIFA, com órgãos administrativos (associativos) internos da respectiva associação nacional, como é o caso da recém criada Câmara Nacional de Resolução de Disputas da CBF, no caso brasileiro.

Neste sentido, vale observar o que determina o artigo 22, It. b), do Regulamento sobre o *Status* e Transferência de Jogadores da FIFA, de onde se depreende que a Câmara de Resolução de Disputas da FIFA, e, portanto, como já visto, a câmara para resolução de disputas de dimensão internacional, não terá competência para decidir em questões laborais quando houver sido

5 Indenização por formação deve ser paga ao clube(s) formador do atleta: (1) quando um jogador assina seu primeiro contrato como profissional e (2) cada vez que o profissional é transferido, até o final da temporada de seus 23º aniversário. A obrigação de pagar a indenização por formação surge quer a transferência se realize durante ou no fim do contrato do atleta. (tradução livre)

6 Se um profissional é transferido antes do termo do contrato, todos os clubes que contribuíram para a sua formação e educação devem receber uma parte da indenização paga ao clube de origem (contribuição solidária). (tradução livre)

estabelecido, no âmbito nacional, na estrutura da respectiva entidade nacional filiada (CBF), ou quando eventual acordo ou convenção coletiva de trabalho assim o estabeleça, um tribunal de arbitragem independente e que garanta, além de um processo/procedimento justo, isonomia e paridade de representação de clubes e jogadores. A propósito, quando se refere a “tribunal de arbitragem”, a FIFA acaba por englobar, de forma ampla, órgãos administrativos (associativos) constantes da estrutura organizacional da respectiva federação nacional.

Por óbvio, a independência do tribunal arbitral nacional ou do órgão de solução de disputas nacional terá que ser analisada sob parâmetros estabelecidos pela própria FIFA, tais como aqueles determinados a partir da Circular 1010, de 20 de dezembro de 2005, os quais podem ser resumidos da seguinte forma: paridade de representação (clubes/empregadores e atletas/empregados); direito a um tribunal independente e imparcial; direito a uma audiência justa; direito a contraditório e ampla defesa; direito a um processo em que se garanta o desenvolvimento de uma dialética contenciosa; e o direito a igualdade de tratamento.

Importante destacar que os parâmetros estabelecidos pela FIFA⁷ já foram, muitas vezes, examinados⁸, e reputados adequados, pelo Tribunal Arbitral do Esporte (TAS/CAS), sobretudo quando instado a decidir acerca da real independência do órgão jurisdicional privado constituído no âmbito nacional, a exemplo da CNRD da CBF.

5 – Conclusão

Vale salientar, como já antecipado, que o artigo não teve e nem poderia ter a intenção de esgotar o assunto, se prestando pura e simplesmente a introduzi-lo no estudo do Direito do Trabalho Desportivo.

Resta evidente, a muitos juristas, que o fato de os conflitos trabalhistas desportivos internacionais serem levados a apreciação de uma câmara privada, de uma entidade também privada, como é o caso da Câmara de Resolução de Disputas da Federação Internacional de Futebol, pode causar certa perplexidade.

Ainda mais perplexidade quando de sua ocorrência no âmbito nacional perante uma Câmara Nacional de Resolução de Disputas, o que, por certo, a considerar o sistema futebolístico organizado e a imposição natural de um sistema “jurisdicional” próprio a seus membros, direta ou indiretamente filia-dos, requer e demanda estudo mais aprofundado acerca de sua natureza, dos

7 CAS 2010/A/2289, at para. 81.

8 CAS 2013/A/3172, at para. 57; CAS 2010/A/2289, at para. 81.

DOCTRINA

reflexos de suas decisões e, sobretudo, de sua efetividade, em especial em termos de segurança jurídica, cabendo não descuidar, o intérprete e operador do Direito Desportivo, do regime jurídico e da realidade constitucional e legal do respectivo Estado Nacional.

Neste sentido, portanto, o objetivo do trabalho apresentado, a fim de subsidiar estudos futuros acerca do tema, a partir do conhecimento acerca das peculiaridades do sistema FIFA mencionado e que, dada sua relevância associativa, fática, social, política e econômica, não merece desprezo acadêmico, sob pena de, nas palavras adaptadas de Georges Ripert, referidas peculiaridades ignorarem o Direito que eventualmente as despreze.

Referências bibliográficas

ACOSTA PÉREZ, Gerardo Luis. *El futbolista profesional em Sudamérica: entre orden jurídico nacional y deportivo*. Asunción, Paraguay, 2008.

FIFA. *Código Disciplinar*.

_____. *Código de Ética*.

_____. *Estatuto*.

_____. *Regulations on the Status and Transfer of Players*.

GARCÍA SILVERO, Emilio A. *La extinción de la relación laboral de los deportistas profesionales*. Navarra: Thomson/Aranzadi, 2008.

MACHADO, Rubens Aprobato et al. *Curso de direito desportivo sistêmico*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

MELO FILHO, Álvaro. *Nova Lei Pelé: avanços e impactos*. Rio de Janeiro: Maquinária, 2011.

Recebido em: 20/05/2018

Aprovado em: 14/06/2018

A ULTRATIVIDADE DAS CLÁUSULAS COLETIVAS, A SÚMULA Nº 277 DO TST E A LEI Nº 13.467/2017: ENTRE O ATIVISMO JUDICIAL E O ATIVISMO LEGISLATIVO?

THE ULTRACTIVITY OF THE COLLECTIVE AGREEMENTS, TST PRECEDENT 277 AND LAW 13.467/2017: BETWEEN JUDICIAL ACTIVISM AND LEGISLATIVE ACTIVISM?

Pablo Rolim Carneiro*

RESUMO: A Súmula nº 277 do TST foi alterada em 2012, passando a orientar em sentido oposto ao de sua redação anterior. Com isso, ela passou a definir que as cláusulas coletivas do trabalho se incorporam ao contrato de trabalho, somente deixando de ser exigíveis caso nova negociação coletiva as revogue. O presente artigo visa a avaliar se a referida alteração tratou-se do que tem sido chamado de ativismo judicial, passando, para tanto, pelo confronto entre os fundamentos da mudança sumular com a teoria de Bradley Canon sobre as dimensões do ativismo judicial. Também avalia a dimensão do ativismo legislativo face à Súmula pela aprovação pelo Congresso da Lei nº 13.467/2017 (reforma trabalhista), que alterou a CLT para afastar expressamente a ultratividade das cláusulas coletivas de trabalho.

PALAVRAS-CHAVE: Ultratividade. Ativismo Judicial. Ativismo Legislativo. Reforma Trabalhista.

ABSTRACT: The TST Precedent 277 was changed in 2012, beginning to orient in the opposite direction to its previous writing. As a consequence, it started to define that the collective labor agreements are to be incorporated into the labor contract, only ceasing to be enforceable in case of new collective bargaining. The present article aims to assess whether such alteration dealt with what has been called judicial activism, and hence going through the confrontation between the fundamentals of the precedent change and the theory of Bradley Canon on the dimensions of judicial activism. It also assesses the extent of legislative activism in the face of the Precedent by the Congress's approval of the Law 13.467/2017 (Labor Reform) that changed the CLT (Brazilian Labor Law) to expressly remove the ultractivity of collective bargaining clauses.

KEYWORDS: Ultractivity. Judicial Activism. Legislative Activism. Labor Reform.

* Advogado; Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pelo Instituto Brasileiro de Direito Público – IDP; mestrando em Direito e Sociedade pela mesma instituição.

1 – Introdução

O ativismo judicial é um termo de difícil definição. É, na precisa expressão de Paulo Gustavo Gonet Branco, um conceito fugidivo¹⁻². Ele não é unívoco e depende, para um melhor entendimento e enquadramento, da compreensão do papel do Judiciário e da jurisdição constitucional nos diferentes países.

Bradley Canon, em artigo no qual busca encontrar e apresentar definições do que se entende como ativismo judicial com base na identificação de padrões de decisões e discursos a respeito do tema, inicia seu texto deixando claro que o termo é geralmente um conceito incerto e que, mesmo os que o utilizam, dificilmente procuram defini-lo³.

Atualmente, além da menção, geralmente em tom de crítica negativa, quanto a serem proferidas no Brasil decisões ativistas pelo Supremo Tribunal Federal (STF), vê-se também que a questão tem sido apontada em relação a todos os níveis de jurisdição no país, desde os juízos originários de 1º grau, passando pelos Tribunais recursais de 2º grau, e chegando às Cortes Superiores.

No caso da jurisdição trabalhista, e especificamente no âmbito da Corte Superior trabalhista, o Tribunal Superior do Trabalho (TST), essa crítica de postura ativista tem sido vinculada à ideia de defesa de proferimento de decisões que ampliam direitos trabalhistas por meio da jurisdição laboral, ou seja, reconhecimento de direitos que não teriam apoio em um texto legal. Portanto, costuma-se apoiar essa crítica na ideia de que o Judiciário trabalhista estaria fazendo uso de um poder legiferante ampliativo de direitos trabalhistas, em substituição ao Poder Legislativo⁴.

Um dos temas que mais comportou, nos últimos anos, crítica quanto à postura ativista da jurisdição laboral, foi a questão da ultratividade das normas coletivas de trabalho, conforme redação dada em 2012 pelo TST para a sua

1 BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Em busca de um conceito fugidivo – o ativismo judicial. In: FELLET, André, *et alii* (Org.). *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Juspodivm, 2011. p. 387-402.

2 O texto consultado e referenciado “Em busca de um conceito fugidivo – o ativismo judicial”, foi cedido pelo autor e professor Paulo Gustavo Gonet Branco para discussão nas aulas da disciplina *Ativismo Judicial*, que ministrou no 1º semestre de 2017 no Curso de Mestrado em Direito Constitucional do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP. Portanto, referências diretas não refletirão exatamente a paginação original constante da obra publicada pela Editora Juspodivm.

3 CANON, Bradley. Defining the dimensions of judicial activism. *Judicature*, vol. 66, 1982-1983. Disponível em: <<http://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/judica66&i=238>>. Acesso em: maio 2015.

4 MARTINS FILHO, I. G. Reflexões com vistas à modernização da legislação trabalhista por ocasião dos 75 anos da Justiça do Trabalho no Brasil. In: MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS FILHO, Ives Gandra (Coord.). *1º Caderno de Pesquisas Trabalhistas*. Porto Alegre: Lex Magister, 2017.

Súmula nº 277. Trata-se especificamente da aderência de cláusulas coletivas ao contrato de trabalho, por prazo indeterminado, ultrapassando o lapso temporal máximo de vigência da norma coletiva estabelecida pela legislação trabalhista (dois anos, conforme o § 3º do art. 614 da CLT⁵).

Entre 2012 e 2016, esteve vigente a referida Súmula nº 277, causando alterações na análise das reclamações trabalhistas existentes no Brasil que tocavam no tema do alcance temporal das cláusulas coletivas de trabalho. Contudo, em outubro de 2016, por força de decisão liminar do Ministro Gilmar Mendes, do STF, foi determinada a suspensão da tramitação de todos os processos trabalhistas que aplicavam a ultratividade das cláusulas coletivas de trabalho, o que alterou o *status* judicial em relação à referida questão.

Já em 11 de novembro de 2017, quando entrou em vigor a Lei nº 13.467/2017, a qual ficou conhecida como “reforma trabalhista”, nova alteração ocorreu quanto à matéria, pois a nova lei modificou o citado art. 614, § 3º, da CLT para dispor expressamente a vedação à ultratividade com o seguinte texto: “Art. 614. (...) § 3º Não será permitido estipular duração de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho superior a dois anos, *sendo vedada a ultratividade*”⁶.

Diante desse quadro, o presente artigo visa a analisar se a ultratividade das cláusulas coletivas, especificada pela redação de 2012 da Súmula nº 277, e sua superação pela Lei nº 13.467/2017, está inserida em um quadro de ativismo judicial e ativismo legislativo. Para tanto, primeiro apresentar-se-á o quadro histórico legal que envolve a ultratividade e a Súmula nº 277 do TST. A partir dos elementos apresentados nessa análise, buscar-se-á avaliar se a alteração de 2012 do referido verbete do TST se enquadra no fenômeno do ativismo judicial, para tanto se utilizarão os traços identificadores do ativismo judicial revelados por Bradley Canon. Por fim, uma vez que a questão da ultratividade das normas coletivas sofreu nova e recente alteração com a edição da Lei nº 13.467/2017, chamada de “reforma trabalhista”, buscar-se-á identificar traços do que tem sido chamado de ativismo legislativo nessa mudança.

5 Redação do art. 614, § 3º, vigente até a Lei nº 13.467/2017: “Não será permitido estipular duração de Convenção ou Acordo superior a 2 (dois) anos”.

BRASIL. Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. *Diário Oficial [dos] Estados Unidos do Brasil*, Poder Executivo, Rio de Janeiro, DF, 9 ago. 1943. Seção 1, p. 11.937-11.984. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm. Acesso em: mar. 2018.

6 BRASIL. 1943. *Idem*. (grifos nossos)

2 – A Súmula nº 277 do TST – a ultratividade das normas coletivas

Uma das fontes normativas do direito do trabalho são as cláusulas coletivas firmadas entre empregados e empregadores por meio de Convenção Coletiva ou de Acordo Coletivo de Trabalho. Alçadas a patamar constitucional (art. 7º, XXVI, da Constituição⁷), têm duração máxima de dois anos, conforme art. 614, § 3º, da CLT. Apesar disso, existiu por muitos anos na doutrina trabalhista a discussão sobre a integração definitiva, ou não, de tais normas coletivas aos contratos individuais de trabalho. A esse respeito, Cláudio Armando Couce de Menezes, em artigo de 2014, relata diversas posições de doutrinadores a esse respeito, apresentadas em variados anos, e ressalta que “(...) a matéria não é nova. Para sermos honestos, remonta a segunda metade do século passado”⁸.

Um dos principais desdobramentos recentes nos últimos anos nessa discussão foi a redação dada pelo TST a sua Súmula nº 277, de seguinte teor:

“CONVENÇÃO COLETIVA DE TRABALHO OU ACORDO COLETIVO DE TRABALHO. EFICÁCIA. ULTRATIVIDADE

As cláusulas normativas dos acordos coletivos ou convenções coletivas integram os contratos individuais de trabalho e somente poderão ser modificadas ou suprimidas mediante negociação coletiva de trabalho.”⁹

A chamada ultratividade refere-se, pois, à continuidade de efeitos de uma norma, no caso, uma norma coletiva de trabalho, após a perda de sua vigência. Conforme definem Augusto César Leite de Carvalho, Kátia Magalhães Arruda e Mauricio Godinho Delgado,

“a norma coletiva de trabalho é ultra-ativa, ou reveste-se de ultratividade, quando continua eficaz após o seu termo final de vigência. Se uma categoria profissional e a representação patronal definem quais os direitos que devem ser assegurados a certos trabalhadores a partir da data

7 Constituição Federal: “Art. 7º (...) XXVI – reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho”.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil (1988)*. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: mar. 2018.

8 MENEZES, Cláudio Armando Couce de. A Súmula nº 277 do c. TST e a “ultratividade” das cláusulas coletivas do trabalho (desvendando mentalidades). *Revista LTr*, São Paulo, vol. 78, n. 4, p. 432, abr. 2014.

9 Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_251_300.html#SUM-277>. Acesso em: set. 2017.

inicial de vigência de uma convenção ou acordo coletivo, o advento da data derradeira de vigência dessa norma não lhe retirará a eficácia.¹⁰

Esclarece Mauricio Godinho Delgado que existem três premissas principais de discussão quanto à aderência das cláusulas coletivas ao contrato de trabalho: a aderência irrestrita, quando as cláusulas coletivas ingressam para sempre no contrato de trabalho, não podendo ser retiradas em qualquer hipótese; a aderência limitada pelo prazo, isto é, as cláusulas coletivas apenas aderem durante o prazo de vigência do instrumento coletivo; e a aderência limitada por revogação, quando a cláusula coletiva adere permanentemente ao contrato de trabalho, mas pode ser revogada por nova norma coletiva em sentido oposto¹¹. No presente estudo, quando for mencionada a ultratividade, far-se-á no sentido de aderência limitada por revogação, ou seja, permanência indefinida da norma coletiva até que nova norma de mesma espécie a revogue expressamente, uma vez que esse foi o entendimento refletido na redação de 2012 da Súmula nº 277 do TST.

A celeuma existente em relação à Súmula nº 277 decorre principalmente de 3 fatores: o histórico legal de desenvolvimento (ou rejeição) ao instituto; a justificação, ou falta de justificação, da alteração de sua redação; e a dificuldade que se tem de encontrar na legislação vigente à época de sua edição, em 2012 (tampouco depois de sua edição, e muito menos após a edição da Lei nº 13.467/2017), um fundamento legal específico para o texto adotado pelo TST.

2.1 – A questão do histórico

A ultratividade das cláusulas coletivas já esteve presente expressamente no ordenamento jurídico, mas por curto período de explícita previsão legal. Nesse sentido, a Lei nº 8.542, de 1992, no § 1º de seu art. 1º, estabelecia que “As cláusulas dos acordos, convenções ou contratos coletivos de trabalho integram os contratos individuais de trabalho e somente poderão ser reduzidas ou suprimidas por posterior acordo, convenção ou contrato coletivo de trabalho”.

Contudo, em 1995, sob o regime de medidas provisórias (MP) que permitiam sua contínua reedição mês a mês (o que apenas foi alterado pela Emenda Constitucional nº 32/01), a MP nº 1.053, de 30 de junho de 1995, revogou o referido parágrafo da Lei nº 8.542/92, que estabelecia a ultratividade

10 CARVALHO, Augusto César Leite de; ARRUDA, Kátia Magalhães; DELGADO, Mauricio Godinho. A Súmula nº 277 e a defesa da Constituição. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, São Paulo, vol. 78, n. 4, p. 34, out./dez. 2012.

11 DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 11. ed. São Paulo: LTr, 2012. p. 1.413-1.414.

das normas coletivas. Esta revogação foi mantida pelas Medidas Provisórias que sucederam à primeira (1.053/95), até que, em 2001, a MP nº 2.074-73, de 25 de janeiro de 2001, foi, após aprovação pelo Poder Legislativo (Congresso Nacional), convertida na Lei nº 10.192/01.

Portanto, por decisão do legislador infraconstitucional, a ultratividade das normas coletivas foi incluída na legislação pátria em 1992 e posteriormente removida (em 1995, via MP, convertida em lei em 2001). E, comparando-se os textos do dispositivo legal de 1992 e da redação adotada pelo TST em de 2012 para a Súmula nº 277, vê-se muita semelhança entre eles.

Assim, a legislação que estabelecia a ultratividade das normas coletivas teve vigência no país por menos de três anos, tendo sido revogada pelo poder Executivo (Presidência da República), por meio de seu poder extraordinário de edição de medidas provisórias; e, por fim, por expressa definição do Poder Legislativo, que aprovou a medida provisória revogatória da ultratividade, convertendo-a em lei. Como ressaltado por Ives Gandra Martins da Silva Filho “a vontade positiva do legislador foi a de que não houvesse mais a integração das normas coletivas aos contratos individuais de trabalho”¹².

Nesse sentido, o mencionado autor ressalta que a norma efetiva que rege a vigência das cláusulas coletivas (presentes em convenções e acordos coletivos de trabalho) é o § 3º do art. 614 da CLT, o qual estabelece duração máxima de 2 anos para tais instrumentos coletivos¹³.

Nesse desenvolvimento, houve novo ponto de virada, o qual, no entanto, não aconteceu em decorrência da opção do legislador de editar nova lei trazendo de volta para a legislação pátria a questão da ultratividade. Tratou-se, na verdade, de iniciativa do TST que, conforme mencionado, modificou a redação de sua Súmula nº 277 durante as discussões ocorridas no Tribunal na chamada “semana de jurisprudência”. Esta, realizada entre 10 e 14 de setembro de 2012, serviu para a Corte rever suas súmulas e outros entendimentos consolidados. Nessa semana, conforme expôs Ives Gandra Martins da Silva Filho, renasceu, por decisão da Corte Superior trabalhista, o dispositivo da ultratividade¹⁴.

Como indicativo de fundamento legal da mudança da Súmula, seus defensores apontavam a Emenda Constitucional nº 45, de 2004, a chamada reforma do Judiciário. Mas, para melhor desenvolvimento do texto, esse ponto será abordado no item 1.3.

12 MARTINS FILHO, *op. cit.*, p. 21.

13 *Ibidem*.

14 *Ibidem*.

2.2 – A questão da justificação da nova redação da Súmula nº 277

Nessa alteração da jurisprudência sumulada do TST, chamou à atenção a inexistência de qualquer precedente a apontar para a necessidade de rediscussão da aludida Súmula. Tratou-se de iniciativa de mudança de redação da Súmula, em sentido oposto ao que antes existia, sem que tenha havido provocação recursal à Corte.

Ora, a alteração do entendimento sumular, para ser aprovado pelo Tribunal Pleno da TST, poderia, por força do Regimento Interno (RITST) do próprio tribunal, ocorrer em virtude de julgamentos opostos da Subseção I de Dissídios Individuais (SDI-1) do Tribunal. Contudo, não existiam tais precedentes¹⁵. Com efeito, o art. 165 do RITST previa os seguintes pressupostos para a edição de súmulas¹⁶: três acórdãos por unanimidade da SBDI-I (com ao menos 2/3 dos Ministros presentes), cinco acórdãos da SDI-1 com maioria simples (e 2/3 dos Ministros presentes), 15 acórdãos por unanimidade de cinco Turmas do Tribunal (três de cada), dois acórdãos com maioria simples de cada uma das Turmas do TST; ressalvadas matérias de relevante interesse público já decidida por qualquer dos órgãos judicantes, desde que o Pleno deliberasse, reconhecendo, por 2/3 dos votos esse relevante interesse público.

15 *Ibidem*.

16 O Regimento Interno do TST, vigente em 2012, quando alterada a Súmula nº 277, tinha, no que importa ao presente exame, a seguinte redação:

“Art. 165. O projeto de edição de Súmula deverá atender a um dos seguintes pressupostos:

I – três acórdãos da Subseção Especializada em Dissídios Individuais, reveladores de unanimidade sobre a tese, desde que presentes aos julgamentos pelo menos 2/3 (dois terços) dos membros efetivos do órgão;

II – cinco acórdãos da Subseção Especializada em Dissídios Individuais, prolatados por maioria simples, desde que presentes aos julgamentos pelo menos 2/3 (dois terços) dos membros efetivos do órgão;

III – quinze acórdãos de cinco Turmas do Tribunal, sendo três de cada, prolatados por unanimidade; ou

IV – dois acórdãos de cada uma das Turmas do Tribunal, prolatados por maioria simples.

§ 1º Os acórdãos catalogados para fim de edição de Súmula deverão ser de relatores diversos, proferidos em sessões distintas.

§ 2º Na hipótese de matéria revestida de relevante interesse público e já decidida por Colegiado do Tribunal, poderá qualquer dos órgãos judicantes, a Comissão de Jurisprudência e Precedentes Normativos, a Procuradoria-Geral do Trabalho, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil ou Confederação Sindical, de âmbito nacional, suscitar ou requerer ao Presidente do Tribunal apreciação, pelo Tribunal Pleno, de proposta de edição de Súmula. Nesse caso, serão dispensados os pressupostos dos incisos I a IV deste artigo, e deliberada, preliminarmente, por dois terços dos votos, a existência de relevante interesse público.”

BRASIL. TST. Regimento Interno do Tribunal Superior do Trabalho. Aprovado pela Resolução Administrativa nº 1.295/08. *Diário da Justiça da União de 09.05.08*, p. 20-30. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/DGCJ/regimento_interno_tst/RegimentoAtualRA1295/1295.html>. Acesso em: mar. 2018.

DOCTRINA

Nesse sentido cabe ressaltar que o próprio repositório de súmulas do TST, o qual identifica em cada verbete sumular os precedentes que lhe deram origem, no caso da Súmula nº 277, não contém qualquer precedente¹⁷.

Vale, nesse ponto, lembrar o texto anterior da Súmula nº 277¹⁸:

“Nº 277 Sentença normativa. Convenção ou acordos coletivos. Vigência. Repercussão nos contratos de trabalho

I – As condições de trabalho alcançadas por força de sentença normativa, convenção ou acordos coletivos vigoram no prazo assinado, não integrando, de forma definitiva, os contratos individuais de trabalho.

II – Ressalva-se da regra enunciado no item I o período compreendido entre 23.12.1992 e 28.07.1995, em que vigorou a Lei nº 8.542, revogada pela Medida Provisória nº 1.709, convertida na Lei nº 10.192, de 14.02.2001.”

Portanto, a redação anterior da Súmula nº 277 expressamente refletia o entendimento de que não havia integração definitiva de norma coletiva ao contrato de trabalho, exceto durante o período em que vigeu, por força da Lei nº 8.542/92, a ultratividade.

Posteriormente à alteração da Súmula, foi publicado artigo doutrinário, assinado por 3 dos Ministros do TST que participaram da sessão que determinou a modificação do texto da Súmula, quais sejam, Augusto César Leite de Carvalho, Kátia Magalhães Arruda e Mauricio Godinho Delgado, justificando os autores a ausência de precedentes da SDI-1 na existência de decisões da Seção de Dissídios Coletivos – SDC, proclamando a ultratividade da sentença normativa proferida por esta Seção em caso de Dissídio Coletivo¹⁹.

No entanto, destaca-se que, para fins de cancelamento ou alteração de súmula, apenas servem precedentes da SDI-1 do TST ou das Turmas, conforme o art. 165 do RITST. Vale mencionar que não cabe se falar na exceção quanto aos requisitos de números de precedente conforme prevista no § 2º desse mesmo disposto, pois ali se trata apenas da hipótese de edição de (nova) súmula, o que é distinto dos casos de alteração ou cancelamento de súmula já existente,

17 Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_251_300.html#SUM-277>. Acesso em setembro de 2017>.

18 BRASIL. TST. *Súmula nº 277*. Convenção Coletiva de Trabalho ou Acordo Coletivo de Trabalho. Eficácia. Ultratividade (redação alterada na sessão do Tribunal Pleno realizada em 14.09.2012) – Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_251_300.html#SUM-277>. Acesso em: set. 2017.

19 CARVALHO, A. C. L de; ARRUDA, K. M.; DELGADO, M. G., *op. cit.*

conforme disposto no art. 166 do mesmo RITST, o qual dispõe que: “A edição, revisão ou cancelamento de Súmula serão objeto de apreciação pelo Tribunal Pleno, considerando-se aprovado o projeto quando a ele anuir a maioria absoluta de seus membros”²⁰. Ademais, as decisões proferidas pelo TST em Dissídio Coletivo ocorrem como resquício do poder normativo da Justiça do Trabalho, conforme redação do art. 114, §§ 1º e 2º, da Constituição, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004, qual seja:

“Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar

(...)

§ 1º Frustrada a negociação coletiva, as partes poderão eleger árbitros.

§ 2º Recusando-se qualquer das partes à negociação coletiva ou à arbitragem, *é facultado às mesmas, de comum acordo, ajuizar dissídio coletivo de natureza econômica, podendo a Justiça do Trabalho decidir o conflito, respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente.*”²¹

Ou seja, caso seja frustrada a negociação coletiva e as partes não queiram eleger árbitros, poderão, de comum acordo, ajuizar dissídio coletivo para que a Justiça do Trabalho estabeleça uma sentença normativa (normas heterônomas fruto da incapacidade das partes de estabelecerem normas autônomas), e essa sentença deverá respeitar as disposições mínimas legais de proteção de trabalho e as normas coletivas ajustadas anteriormente. Trata-se, como ressalta Ives Gandra Martins da Silva Filho, de decisão em processo coletivo, não de decisões em processos individuais, como ocorre em grau recursal na SDI-1 do TST, e, portanto, imprestável a sentença normativa, ou a decisão de recurso contra ela, para o fim de ser utilizado como precedente para a alteração ou cancelamento de súmula²². Tanto o é que no repositório de jurisprudências do Tribunal não há menção a decisões que tenham justificado o reexame da Súmula.

Portanto, vê-se que não houve o cumprimento dos requisitos do RITST para a alteração da referida Súmula nº 277. Necessário, após esse exame, averiguar a fundamentação legal para a referida alteração na jurisprudência sumulada.

20 BRASIL, 2008, *op. cit.*

21 BRASIL, 1988, *op. cit.* (grifos nossos).

22 MARTINS FILHO, *op. cit.*

2.3 – A questão do fundamento legal para a modificação da Súmula nº 277

A problematização quanto ao histórico legal da ultratividade no Brasil, seguida da questão relativa à ausência de justificação baseada no Regimento Interno do TST para a revisão de texto sumular, é acompanhada da questão da contestação quanto a um fundamento legal de onde se pudesse extrair o novo entendimento contido na Súmula nº 277.

Nessa última problematização, é importante perceber que, pela inexistência de precedentes, não há uma decisão que tenha apontado os motivos da mudança no verbete sumular, inclusive porque da semana de jurisprudência do TST foi oficialmente divulgado apenas seu resultado, ou seja, cancelamentos, alterações, edição de novas súmulas ou manutenção das que já existiam e de orientações jurisprudenciais analisadas pelo TST.

Diante disso, pode-se examinar as razões apresentadas no já citado artigo assinado por três Ministros que participaram da sessão que decidiu pela nova redação da Súmula nº 277, quais sejam, Augusto César Leite de Carvalho, Kátia Magalhães Arruda e Mauricio Godinho Delgado²³. Trata-se do exame de uma posição doutrinária e que, portanto, não substitui as regras do Regimento Interno do Tribunal quanto à alteração de Súmula de jurisprudência.

Segundo a motivação apresentada no referido artigo, a virada da jurisprudência teria ocorrido em virtude da Emenda Constitucional nº 45/04 que, ao exigir o mútuo consentimento para o ajuizamento de Dissídio Coletivo em virtude de inexistência de entendimentos para a formalização de uma convenção ou de um acordo coletivo, em contrapartida, previu a manutenção de condições anteriormente firmadas por cláusulas coletivas em caso de julgamento de Dissídio Coletivo, pela Justiça do Trabalho²⁴. Tratar-se-ia, portanto, de uma justificação de manutenção, ainda que mitigada, do poder normativo da Justiça do Trabalho, o qual havia sido praticamente extinto pela EC nº 45/04.

Viu-se, alguns parágrafos atrás, que a EC nº 45/04, ao extinguir o poder normativo, manteve, como exceção, a possibilidade de a Justiça do Trabalho definir um dissídio coletivo suscitado de comum acordo pelas partes, respeitadas as condições coletivas anteriormente ajustadas. Note-se que, nesse específico

23 Segundo Martins Filho (*op. cit.*, p. 20), a decisão pela alteração da Súmula nº 277 foi apertada – diferença de apenas um voto – tendo sido vencidos os Ministros: Cristina Peduzzi, Barros Levenhagen, Ives Gandra, Renato Paiva, Aloysio Veiga, Maria Calsing, Dora Costa, Pedro Manus, Fernando Ono, Caputo Bastos e Márcio Eurico.

24 CARVALHO, A. C. L de; ARRUDA, K. M.; DELGADO, M. G., *op. cit.*

sentido, nem mesmo a redação anterior do § 2º do art. 114 da Constituição sofre grandes mudanças com a Emenda nº 45, pois previa que

“Recusando-se qualquer das partes à negociação ou à arbitragem, é facultado aos respectivos sindicatos ajuizar dissídio coletivo, podendo a Justiça do Trabalho estabelecer normas e condições, respeitadas as disposições convencionais e legais mínimas de proteção ao trabalho.”

Ou seja, a mudança ocorreu efetivamente no que importa à exigência de comum acordo para o dissídio coletivo, e não quanto ao respeito ou ao abandono das condições convencionais em caso de dissídio.

Nesse sentido, em oposição ao fundamento da inclusão da expressão “anteriormente” no § 2º do art. 114 da Constituição, por meio da EC nº 45/04, tem-se indicado que

“a expressão ‘anteriormente’ teve apenas a finalidade de deixar claro que, no exercício do poder normativo pela Justiça do Trabalho, se a norma coletiva anterior fosse um acordo ou convenção coletiva, deveria ela ser o patamar mínimo além das normas legais e constitucionais. Ou seja, a expressão e o comando constitucional como um todo dizem respeito aos julgamentos dos dissídios coletivos, não tratando dos contratos individuais de trabalho.”²⁵

Vê-se, assim, que o principal fundamento legal para embasar a alteração na Súmula nº 277 do TST é, também, controvertido, o que terminou por motivar o Ministro Gilmar Mendes, do STF, a suspender a aplicação da referida Súmula, conforme será exposto no próximo tópico.

3 – A suspensão da aplicação da ultratividade pelo STF por meio da concessão de medida liminar na ADPF 323/DF

A controvérsia sobre a alteração da Súmula nº 277 terminou com repercussão na jurisdição constitucional. Com efeito, pouco menos de dois anos após a alteração da Súmula nº 277 pelo TST, a Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino – Confenen, em 27 de junho de 2014, ajuizou Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF, autuada sob o número 323, na qual requereu ao STF o reconhecimento de:

“existência de lesão aos preceitos fundamentais contidos nos arts. 2º, 5º, II e 60, § 4º, II, da CF e, assim, declarar a ilegitimidade e inconsti-

25 MARTINS FILHO, *op. cit.*, p. 23.

DOCTRINA

tucionalidade das interpretações e decisões judiciais que entendem que o art. 114, § 2º, da CF, redação dada pela EC nº 45/04, institui o princípio da ultra-atividade condicionada e, assim, consideram que as cláusulas normativas se incorporam ao contrato de trabalho individual até que venha ser firmado novo acordo ou convenção coletiva.”²⁶

Também foi requerida a concessão de medida liminar para o fim de suspender a tramitação de decisões judiciais que adotam a ultratividade e sustar a tramitação dos feitos em que se debate a matéria.

Distribuída a ADPF, por prevenção, ao Ministro Gilmar Mendes, este, em 14 de outubro de 2016, deferiu o pedido de concessão de medida liminar para suspender todos os processos em curso e os efeitos de decisões já proferidas no Judiciário trabalhista que versem sobre a ultratividade das cláusulas coletivas de trabalho. Como principais fundamentos dessa concessão de medida liminar estão a existência de decisão legislativa anterior revogando a ultratividade das cláusulas coletivas, a inexistência de precedente a justificar a alteração do sentido da Súmula nº 277 e uma possível violação a preceitos constitucionais que tratam direta ou indiretamente da separação entre função legislativa e função judicial, em especial os princípios da legalidade, da segurança jurídica e da separação entre os poderes. Nesse sentido, cabe destacar alguns trechos da decisão:

“É evidente, portanto, em breve análise, que o princípio da ultra-atividade da norma coletiva apresenta diversos aspectos que precisam ser levados em consideração quando de sua adoção ou não. São questões que já foram apreciadas pelo Poder Legislativo ao menos em duas ocasiões – na elaboração e na revogação da Lei nº 8.542/92 – e que deixam claro tratar-se de tema a ser definido por processo legislativo específico.

Feitas essas breves considerações, passo à análise da questão posta na presente arguição de descumprimento de preceito fundamental²⁷.

(...)

Ademais, a existência de norma legal – já revogada – sobre o tema é aspecto que não pode ser igualmente ignorado. O § 1º do art. 1º da Lei

26 CONFENEN. *Petição inicial da ADPF 323*. 2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincide=4599102>>. Acesso em: mar. 2018. p. 66.

27 STF. *Decisão em Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: ADPF 323/DF*. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincide=4599102>>. Acesso em: mar. 2018. p. 43.

DOCTRINA

nº 8.542/92 expressamente estabelecia que ‘as cláusulas dos acordos, convenções ou contratos coletivos de trabalho integram os contratos individuais de trabalho e somente poderão ser reduzidas ou suprimidas por posterior acordo, convenção ou contrato coletivo de trabalho’.

Assim como qualquer outro diploma legislativo, esse também foi submetido a ampla discussão. Com observância da publicidade, da transparência, foi analisado sob a perspectiva da necessidade e da proporcionalidade de suas medidas.

Mesmo procedimento foi observado na elaboração da Lei nº 10.192, de 23 de dezembro de 2001, que decorre da conversão da Medida Provisória nº 1.709/98 e revogou a Lei nº 8.542/92. Em rediscussão da matéria, o Poder Legislativo entendeu por bem retirar o princípio da ultratividade da norma coletiva do ordenamento jurídico nacional²⁸.

(...)

Ao avocar para si a função legiferante, a Corte trabalhista afastou o debate público e todos os trâmites e as garantias típicas do processo legislativo, passando, por conta própria, a ditar não apenas norma, mas os limites da alteração que criou. Tomou para si o poder de ponderação acerca de eventuais consequências desastrosas e, mais, ao aplicar entendimento que ela mesma estabeleceu, também o poder de arbitrariamente selecionar quem por ele seria atingido.”²⁹

Até o início do ano de 2018, a referida ADPF 323 não havia sido julgada pelo Plenário do STF. Já a suspensão das reclamações trabalhistas nas quais a ultratividade das cláusulas coletivas foi aplicada continua produzindo suas repercussões, tanto que o STF já concedeu algumas liminares em Reclamações para suspender efeitos de decisões proferidas na Justiça do Trabalho que, direta ou indiretamente, mantinham a aplicação da ultratividade em ações individuais. Nesse sentido, cabe citar a decisão proferida pelo Ministro Luiz Fux, em abril de 2017, na Reclamação 26.256/DF, *verbis*:

“Verifico, portanto, que o juízo reclamado manteve em curso processo no qual foram preservados os efeitos de decisão que aplica o princípio da ultratividade das normas coletivas, o que, em cognição sumária, parece contrariar a liminar proferida na ADPF 323.

28 *Ibidem*, p. 48-49.

29 *Ibidem*, p. 53.

DOCTRINA

Ex positis, com fundamento no art. 989, II, do Código de Processo Civil de 2015, defiro o pedido de medida liminar para suspender os efeitos da decisão reclamada.”³⁰

O próprio Ministro relator da ADPF 323, Ministro Gilmar Mendes, também retornou ao tema em agosto de 2017, por meio de concessão de medida liminar na Reclamação 27.972/PR, face ao que entendeu ter sido nova aplicação da Súmula nº 277 pelo Tribunal Regional do Trabalho do Paraná (9ª Região), sob o seguinte fundamento:

“(…) verifico, neste caso, que o Juízo reclamado aplicou, ainda que não expressamente, o entendimento da Súmula nº 277 do TST, ao fundamento de que as partes pactuaram, de maneira clara, a subsistência das normas previstas no ACT 2015/2017, tendo em vista a redação da sua cláusula 54, segundo a qual ‘O presente Acordo Coletivo de Trabalho vigorará por 24 (vinte e quatro) meses, pelo período compreendido entre 1º de julho de 2015 a 30 de junho de 2017, ou a assinatura de novo ACT’.

(…)

Com efeito, a decisão do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região assentou que o aludido acordo coletivo, em razão da citada cláusula acima transcrita, reveste-se de ultratividade.

(…)

Desse modo, numa análise preliminar, observo que o Juízo reclamado, ao manter a validade de acordo coletivo com vigência expirada, assentando sua ultratividade, afrontou a decisão desta Corte exarada na ADPF 323, a despeito da expressa determinação de suspensão dos seus efeitos.”³¹

Dessa forma, a Súmula nº 277 do TST, com a redação dada em 2012, teve aplicação suspensa em virtude do que foi considerada uma violação aos princípios da legalidade, segurança jurídica e, principalmente, separação de poderes, sendo a violação a este último um dos principais elementos utilizados quando se trata de discussão sobre o ativismo judicial. Contudo, nem toda decisão que interpreta princípios constitucionais e modifica entendimentos antes

30 STF. Decisão em Medida Cautelar em Reclamação: *Reclamação 26.256/DF*. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=311590603&tipoApp=pdf>>. Acesso em: mar. 2018. p. 5.

31 STF. Decisão em Medida Cautelar em Reclamação: *Reclamação 27.972/PR*. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=312559822&tipoApp=pdf>>. Acesso em: mar. 2018. p. 4-6.

consolidados, pode ser entendida como uma decisão que afronta a separação de poderes (e, neste caso, não há decisão definitiva do STF, apenas liminar) ou é ativista. Da mesma forma, o mero inconformismo ou concordância com uma mudança de jurisprudência, ou com uma interpretação legal, não é sinal de ativismo. Como ressalta Paulo Gonet Branco, uma deliberação errada é diferente de ativismo³².

Após terem sido abordados as principais questões envolvendo a ultratividade e a alteração da Súmula nº 277/TST, inclusive a repercussão na jurisdição constitucional relativamente ao tema, tem-se agora a base para análise da questão sobre o prisma do ativismo judicial. Com isso, no próximo tópico, tratar-se-á de tecer parâmetros para a identificação de decisões judiciais ativistas e, a partir disso, avaliar se a alteração da Súmula nº 277 do TST, em 2012, se amolda aos parâmetros apresentados.

4 – Linhas identificadoras de ativismo judicial e o enquadramento da Súmula nº 277 nessas linhas

Conforme exposto, o conceito de ativismo não é unívoco, e, na verdade, é difícil, no contexto nacional, com uma Constituição ampla e que transita pelas mais diversas áreas do direito e da sociedade, separar com clareza o que seria um ato dentro das esferas de atribuição do Judiciário e o que seria uma (em valor de crítica) invasão de competência do legislativo.

Isso porque o sistema jurídico, conforme ressalta Eros Grau, não é dotado de sentido único para todo e qualquer tempo. É uma construção histórica, e suas normas ganham sentido com o andamento da sociedade. Assim, o sistema jurídico deve ser entendido como

“uma ordem geral concreta, situada geograficamente no tempo, com as marcas históricas e culturais que a conformam tal como é. Por isso mesmo, incompleta e contraditória, reclamando permanentemente complementação, refazimento e superação de situações de exceção. Ao Judiciário, sempre que necessário, incumbe decidir regulando situações de exceção. Mas ao fazê-lo, não se afasta do ordenamento. Exclui a aplicação da norma que em estado de normalidade incidiria sobre a exceção, de sorte a, com isso, incluí-la (a exceção) no direito.”³³

32 BRANCO, *op. cit.*

33 GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes* (a interpretação/aplicação do direito e os princípios). 7. ed. refundida do ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 127.

Nesse sentido, vê-se, na prática comum de questionamento das decisões do Judiciário, ainda que sem precisão, a utilização do termo ativismo “em contextos destinados a apontar, para fins de censura ou para o aplauso, um exercício arrojado da jurisdição, fora do usual, em especial no que tange a opções morais e políticas”³⁴.

No entanto, como a Constituição brasileira tem em seu conjunto diversos valores políticos e morais tornados jurídicos, essa é uma abertura que dificilmente pode ser entendida como definição precisa de um contexto ativista, especialmente no Brasil, cuja sociedade é marcada, utilizando-se o termo de John Rawls, por um pluralismo razoável de concepções morais, éticas, políticas, religiosas³⁵.

Assim, para uma melhor definição, devem-se buscar conceitos mais precisos, e não só a percepção (ainda importante) de invasão das esferas ética e política. Dessa forma, os seis traços de ativismo identificados por Bradley Canon, que tratam de comportamentos da evolução da jurisprudência, podem entregar com mais precisão o que poderia ser tratado como ativismo judicial e se a Súmula nº 277 do TST, que reviveu a ultratividade das cláusulas coletivas, preenche tais dimensões.

É claro que essas premissas são estruturadas no contexto do constitucionalismo americano, mas a delimitação de seus pontos de análise permite uma reflexão apropriada ao presente caso da ultratividade das cláusulas coletivas e a alteração jurisprudencial realizada pelo TST na Súmula nº 277 em 2012.

4.1 – Majoritarianismo³⁶

A primeira dimensão de ativismo judicial para Bradley Canon seria o que ele chama de majoritarianismo. Este seria relacionado ao grau de negação de políticas adotadas por meio do processo democrático, ou seja, por meio de decisões do Congresso Nacional ou mesmo do Poder Executivo.

A revogação da ultratividade poderia ser entendida como uma política adotada pelo processo democrático? Não é uma definição exata, mas, pelo contexto da edição da Lei nº 8.542, de 1992, que inseriu a ultratividade no sistema legal e, especialmente, em virtude de Lei nº 10.192/01 (e medidas provisórias que a antecederam), a qual trata de “medidas complementares ao Plano Real”, este uma definição de política econômica de Estado, leva à conclusão de que

34 BRANCO, *op. cit.*, p. 5.

35 RAWLS, John. *Justiça como equidade*: uma reformulação. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

36 Tradução livre de “majoritarianism”.

a revogação da ultratividade (revogação do § 1º do art. 1º da Lei nº 8.542/92) tratou-se de uma política majoritária. Assim, o texto dado à Súmula nº 277 do TST em 2012 enquadrar-se-ia nessa dimensão de ativismo.

4.2 – Estabilidade interpretativa³⁷

A segunda dimensão do ativismo, para Bradley Canon, seria decorrente do grau de alterações nas interpretações consolidadas anteriores das cortes e mesmo das doutrinas. Tratar-se-ia tanto da modificação da interpretação consolidada de uma lei, ou de uma construção interpretativa em andamento³⁸, como, e mais importante, da superação repentina de um precedente.

Nesse caso, pode-se dizer que as súmulas de jurisprudência das Cortes Superiores no país seriam aproximadas às ideias de precedentes americanos (que é o foco de análise de Bradley Canon), pois indicam a interpretação adotada por um Tribunal para um caso (ou conjunto de casos), e servem de orientação para fins de comportamento futuro da própria jurisdição.

Conforme visto, a Súmula nº 277 do TST foi modificada para sentido diametralmente oposto em 2012, na chamada semana de jurisprudência do Tribunal. Do reconhecimento jurisprudencial de que as cláusulas coletivas não integravam os contratos de trabalho após o fim do prazo de vigência do instrumento coletivo, passou-se para uma integração por prazo indefinido da cláusula coletiva, que apenas deixa de integrar o contrato se nova cláusula estabelecer expressamente a revogação da integração. E mais, isso ocorreu, conforme exposto anteriormente, sem qualquer precedente anterior do Tribunal que justificasse o cancelamento ou a alteração da Súmula (especificamente sem cumprir as exigências nesse sentido previstas no RITST). Portanto, a alteração da Súmula nº 277 em 2012 enquadra-se na dimensão de ativismo chamada estabilidade interpretativa.

4.3 – Fidelidade interpretativa³⁹

Essa dimensão do ativismo refere-se ao grau de interpretação contrária à letra da lei ou à intenção dos autores. Conforme explica Bradley Canon

“O ativismo ocorre quando uma interpretação não está conforme com um sentido ordinário das palavras da norma e/ou com a conhecida

37 Tradução livre de “interpretive stability”.

38 Tradução livre de “ongoing interpretation”.

39 Tradução livre de “interpretive fidelity”.

interpretação consensual ou os conhecidos objetivos dos autores da lei. (...) Palavras e frases, afinal de contas, têm intenções e objetivos.”⁴⁰

Bradley Canon expõe que os defensores do ativismo alegam que o momento em que a Constituição (e a lei) é feita difere do momento atual. Assim, o texto adquiriria novo sentido, e o que importaria seria o “espírito”⁴¹. De fato, ao longo dos anos, a legislação toma novos significados, especialmente com a mudança da sociedade, cabendo sempre lembrar, a título de exemplo, da figura da “mulher honesta” que constava do art. 215 do Código Penal, ou da hipótese de embriaguez habitual no serviço como justificativa de justa causa para rescisão do contrato de trabalho (art. 482, *f*, da CLT) em confronto com a restrição à demissão do trabalhador que sofre de alcoolismo.

Contudo, trata-se essa dimensão de um “grau” de aproximação do sentido (semântico) das palavras e/ou frases, e/ou do sentido atribuído ou esperado pelo legislador.

No caso da Súmula nº 277, importa lembrar que a justificativa constante do artigo doutrinário assinado pelos Ministros Augusto César Leite de Carvalho, Kátia Magalhães Arruda e Mauricio Godinho Delgado (obra citada anteriormente) foi a de que a alteração ocorria em virtude da modificação da disciplina relativa aos dissídios coletivos feita pela Emenda Constituição nº 45/04.

Em especial, a ideia formulada é de que a menção no § 2º do art. 114 da Constituição à manutenção, em grau de dissídio coletivo, das disposições mínimas “convencionadas anteriormente” referiam-se à ultratividade das normas coletivas a ser aplicada inclusive em dissídios individuais, para evitar a “anomia” de normas aplicáveis ao contrato de trabalho⁴².

No entanto, conforme aborda Júlio Bernardo do Carmo, não existe anomia no Estado Democrático de Direito e, em sendo o caso de ausência de norma coletiva (como ocorre para diversas categorias de trabalhadores que não firmam convenções ou acordos coletivos), são atraídas as normas estatais aplicáveis⁴³.

Também não é possível dizer que a emenda constitucional, a qual foi aprovada para o fim de restringir o poder normativo da Justiça do Trabalho,

40 Tradução livre de: “Activism occurs when an interpretation does not accord with the ordinary meaning of wording of the provision and/or with the known, consensual interpretations or goals of its drafters (...) Words and phrases, after all, do have some meaning, and drafters of constitutional provisions did have intentions and goals” (CANON, *op. cit.*, p. 242).

41 *Idem.*

42 CARVALHO, A. C. L. de; ARRUDA, K. M.; DELGADO, M. G., *op. cit.*

43 CARMO, Júlio Bernardo do. A Súmula nº 277 do TST e a ofensa ao princípio da legalidade. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*, Belo Horizonte, v. 55, n. 85, p. 75-84, jan./jun. 2012.

com o fim de se permitir dissídio coletivo apenas em caso de concordância mútua das partes nesse sentido, tenha previsto, ainda que indiretamente, uma espécie de repristinação implícita da ultratividade expressamente revogada pelo legislador infraconstitucional. Com isso, pode-se dizer que a questão em análise preenche a dimensão da “fidelidade interpretativa”.

4.4 – Distinção entre Processo Democrático e Processo Substancial⁴⁴

A distinção entre processo democrático e escolha substancial tem relação com o grau em que as decisões judiciais fazem política substantiva em vez de reforçar a preservação do processo político-democrático. Nesse sentido

“Decisões ativistas nesta dimensão são aquelas que fazem política econômica, regulam atividades não processualmente políticas de instituições ou grupos, ou se chocam com carreiras, estilos de vida, moral ou valores religiosos pessoais. É obviamente abrangente o escopo dessa categoria.”⁴⁵

Trata-se, portanto, de decisões judiciais que ignoram ou ultrapassam o processo democrático político para escoimar os valores que entende, o julgador, de aplicação correta para certa questão.

No caso da ultratividade, a matéria sempre foi uma questão marcada por polêmicas, sendo que, durante muito tempo, uma forte corrente doutrinária insistia na incorporação ao contrato de trabalho de vantagens conferidas aos empregados por meio de norma interna da empresa, de acordo coletivo e de convenção coletiva⁴⁶. Nesse sentido, Mauricio Godinho Delgado expressamente declara em seu Curso de Direito do Trabalho que, para garantir condições benéficas de trabalho aos empregados e equilibrar a balança da negociação coletiva, entendida como tendente aos empregadores, seria necessário assegurar a ultratividade das cláusulas coletivas condicionada pela revogação⁴⁷.

Portanto, mesmo não existindo ato formal (ou precedentes registrados) explicitando as razões para a modificação da Súmula nº 277, havendo, nesse sentido, apenas justificativas doutrinárias, torna-se evidente que a decisão pela modificação da Súmula nº 277 do TST para trazer de volta a ultratividade das negociações coletivas foi uma opção substancial contrária à decisão do processo

44 Tradução livre de “Substance/democratic process distinction”.

45 Tradução livre de “Activist decisions on this dimension are those which make economic policy, regulate the non-political-process activities of institutions or groups, or impinge people’s careers, lifestyles, morals, or religious values. Obviously the scope of this category is broad” (CANON, *op. cit.*, p. 245).

46 PINTO, Raymundo Antônio Carneiro. *Súmulas do TST comentadas*. 11. ed. São Paulo: LTr, 2010. p. 218-219.

47 DELGADO, *op. cit.*

político de revogar a legislação que previa tal ultratividade, enquadrando-se, portanto, na dimensão do ativismo ora em exame.

4.5 – Grau de especificação de políticas e disponibilidade de *policymaker* alternativo⁴⁸

As outras duas dimensões identificadas por Bradley Canon em decisões ativistas tratam do grau de ingerência do Judiciário em políticas públicas adotadas pelo processo político-democrático. Nesse sentido, a dimensão da especificação de políticas tem relação direta com a elaboração positiva de políticas públicas pela Corte, declarando ou desenvolvendo novas políticas, às vezes com detalhamento e especificação de certo comportamento por agentes públicos na e para a sua materialização.

Já a dimensão da disponibilidade de um *policymaker* alternativo quer dizer com o grau de superação da decisão judicial em termos de adoção de uma política pública específica por um agente governamental, tendo em vista que no sistema democrático a norma do sistema é que as cortes não façam política pública.

Ambas as dimensões têm relação, portanto, com a adoção de políticas públicas gerais, como políticas de saúde, de habitação, e mesmo de trabalho e emprego. Elas estariam, no máximo, indiretamente relacionadas à questão da ultratividade das normas coletivas, que, mesmo se tratando de uma opção negativa (revogação) feita pelo legislador infraconstitucional por meio processo democrático, não se traduziria em uma política pública estruturada, por meio de ações, programas, objetivos e metas para o Estado e para a sociedade, muito embora essa ultratividade das cláusulas coletivas possa ser entendida como uma política substantiva específica relativamente às negociações coletivas e à aplicabilidade de benefícios coletivos no tempo.

4.6 – Conclusão quanto às dimensões do ativismo

Demonstrou-se que as três principais questões⁴⁹ atinentes à adoção da redação da Súmula nº 277 do TST, em 2012, a qual estabeleceu a ultratividade das cláusulas coletivas, quando abordadas sob o olhar das dimensões do ati-

48 Tradução livre de “Specificity of policy” e de “Availability of an alternate policymaker”.

49 Relembrando, são as questões relativas ao desenvolvimento histórico legal do instituto, à (não) justificção procedimental para a nova redação e ao fundamento legal para a adoção da ultratividade (itens 1.1, 1.2 e 1.3 do presente estudo).

vismo judicial identificadas por Bradley Canon, levam à conclusão de que se trata, a modificação do entendimento sumulado de nº 277, de decisão ativista.

Não se quer, com isso, condenar ou apoiar a postura, mas identificá-la com a adoção de um método, por se tratar, ambos os temas – ativismo e ultratividade – de matérias polêmicas, sujeitas às mais variadas opiniões.

É claro que muitas vezes o ativismo é simplesmente confundido com a mera interpretação do direito, o que pode ser prejudicial à análise da própria atividade judicial em um contexto de Estado Democrático de Direito com separação funcional (embora com zonas de intersecção) dos poderes do Estado.

Por outro lado, a exacerbação de certas competências funcionais (notadamente valendo lembrar-se da existência de zonas cinzentas comuns) pode levar a um problema de diálogo institucional e de questionamento embasado da atuação judicial, prejudgando negativamente uma necessária interpretação que “encaminha a *atualização do direito*”, de forma a “*dar concreção à lei em cada caso, isto é, em sua aplicação*”⁵⁰.

Por isso, é importante lembrar a advertência de Paulo Gonet Branco, para quem

“quando atua dentro das fronteiras dessa margem de discricionariedade interpretativa não se abre ao julgador, por força da separação de poderes e das exigências da democracia representativa num Estado Democrático de Direito, desmerecer as opções feitas pelos poderes políticos representativos. Se o faz, a decisão pode ser materialmente comportável na Constituição, mas se desmerecerá por invadir espaço próprio de outros poderes. Tem-se, dessa forma, um marco menos impreciso de classificação de decisões como indevidamente “ativistas”. Decerto que também será assim criticada a decisão que supra uma inação do Poder Legislativo que não configure uma omissão censurável, mas que responda a uma apreciação de oportunidade confiada pelo constituinte ao legislador.”⁵¹

A linha entre uma decisão fundada em bases interpretativas dentro dos moldes de um dado sistema jurídico, e a superação (positiva ou negativa) de uma opção do legislador fundada em suas atribuições funcionais dadas pelo poder constituinte pode significar atritos institucionais, com uma reação do Poder superado buscando a superação daquele que o havia superado, no que tem sido

50 GRAU, *op. cit.*, p. 76-77.

51 BRANCO, *op. cit.*, p. 15.

entendido como ativismo legislativo. A esse respeito, a questão da ultratividade também traz contornos interessantes a serem analisados no próximo tópico.

5 – Ativismo legislativo contra a ultratividade?

A ultratividade das cláusulas coletivas, reincluída no sistema jurídico trabalhista brasileiro por meio da redação dada em 2012 à Súmula nº 277 do TST, configurou-se, portanto, em um caso que preencheu ao menos quatro dimensões do ativismo judicial, conforme classificação de Bradley Canon.

Tal ativismo gerou repercussão, provocando apoio de parte dos operadores do direito do trabalho e rejeição de outra parte. O mesmo aconteceu em relação aos membros da sociedade impactados direta ou indiretamente por tal alteração sumular,

Mas o fato é que a alteração da Súmula nº 277/TST desafiou a atividade legislativa por meio de uma interpretação ativa de dispositivo constitucional para alterar em sentido diametralmente oposto uma Súmula que tinha redação relativamente estável há vários anos.

Nesse sentido, uma consequência importante dessa discussão veio por força de definição do Poder Legislativo, o qual, por meio da Lei nº 13.467/2017, a chamada “reforma trabalhista”, dispôs, na nova redação do § 3º do art. 614 da CLT, que “não será permitido estipular duração de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho superior a dois anos, *sendo vedada a ultratividade*” (grifos nossos). Com esse dispositivo, busca o legislador estabelecer disposição em sentido oposto ao que havia sido definido por meio do ativismo judicial do TST quanto este modificou, em 2012, sua Súmula nº 277.

Ao se analisar a nova redação do § 3º do art. 614 da CLT (com entrada em vigor em 11 de novembro de 2017), são observadas duas principais definições: (i) a manutenção do prazo máximo de vigência de cláusulas coletivas de dois anos e, (ii) a vedação explícita à ultratividade dessas normas coletivas. Nesse sentido, cabe observar como a questão ficou definida no parecer do Relator do Projeto de Lei, Deputado Rogério Marinho, que foi aprovado no Plenário da Câmara:

“Não resta dúvida quanto à importância das súmulas no balizamento das decisões proferidas na Justiça do Trabalho e como objeto de economia processual, diante da sua finalidade de agilizar o andamento dos processos e dar segurança jurídica às decisões dos Juízes do Trabalho em todo o país.

DOCTRINA

Ocorre, porém, que temos visto com frequência os tribunais trabalhistas extrapolar sua função de interpretar a lei por intermédio de súmulas, para, indo além, decidirem contra a lei. Assim, um instrumento que deveria ter a finalidade precípua de trazer segurança jurídica ao jurisdicionado, garantindo a previsibilidade das decisões, é utilizado, algumas vezes, em sentido diametralmente oposto, desconsiderando texto expresso de lei. Exemplo evidente disso é o entendimento esposado pelo TST quanto à ultratividade da norma coletiva, segundo o qual as cláusulas normativas serão mantidas incorporadas ao contrato individual de trabalho até que novo acordo coletivo ou convenção coletiva seja firmado (Súmula nº 277), enquanto a CLT prevê expressamente que a vigência desses instrumentos não ultrapassará o prazo de dois anos (§ 3º do art. 614).

A questão foi remetida ao STF, por intermédio da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 323, havendo uma decisão cautelar formulada pelo relator, o Ministro Gilmar Mendes, pela ‘suspensão de todos os processos em curso e dos efeitos de decisões judiciais proferidas no âmbito da Justiça do Trabalho que versem sobre a aplicação da ultratividade de normas de acordos e de convenções coletivas, sem prejuízo do término de sua fase instrutória, bem como das execuções já iniciadas’.

No que concerne ao fenômeno acima relatado, também chamado de ativismo judicial, cabe ressaltar a advertência do Presidente do TST, Ministro Ives Gandra Martins Filho, de que é urgente se adotar um controle para se evitar que, sob a justificativa de que se está interpretando subjetivamente, o juiz crie ou revogue lei com suas decisões, complementando que ‘o juiz é livre dentro da lei e não fora dela’.

Portanto a modernização das leis trabalhistas também será importante para conter o avanço dessa excessiva busca pelo Judiciário para solução dos conflitos entre as partes, *pautando não só o desestímulo ao ativismo judicial, mas criando mecanismos que estimulem a solução desses conflitos antes que seja necessário submetê-los ao Poder Judiciário. E aqui não estamos falando em se impedir o acesso ao Judiciário, direito*

garantido plenamente pela Constituição Federal, mas em se privilegiar as soluções extrajudiciais na composição dos conflitos.”⁵²

E mais ao final do parecer:

“O § 3º do art. 614 da CLT, em sua redação vigente, determina que os instrumentos de negociação coletiva não poderão ter prazo de vigência superior a dois anos. No entanto o TST decidiu por súmula que as cláusulas negociadas entre as partes se incorporam ao contrato individual de trabalho mesmo após o fim do prazo estipulado no acordo coletivo ou na convenção coletiva, vigorando até que novo instrumento seja celebrado. É o que se chama princípio da ultratividade da norma.

O STF, provocado, decidiu pela suspensão liminar de todos os processos, bem como dos efeitos, de decisões no âmbito da Justiça do Trabalho que discutam a aplicação da ultratividade de normas coletivas de trabalho.

O fato é que esse entendimento de validade da norma coletiva mesmo após o término do seu prazo de vigência, além de contrariar texto expresso de lei, não contribui para o aprimoramento da negociação coletiva, uma vez que desestimula a participação das entidades representativas dos empregadores, sabedores de que o que vier a ser negociado se incorporará indefinidamente ao contrato. Prejudica, igualmente, os empregados, que se veem impedidos de ter melhoras temporárias em suas condições de trabalho, levando-se em conta aspectos conjunturais da economia, por exemplo.

Assim, a nova redação propõe a manutenção do prazo de validade máximo de dois anos para os acordos coletivos e as convenções coletivas de trabalho, vedando expressamente a ultratividade.”⁵³

Assim, o próprio legislador infraconstitucional definiu por redação de nova lei, de forma expressa, o afastamento da ultratividade das negociações coletivas como reação ao que entendeu ser um exemplo de ativismo judicial, inclusive fazendo, para isso, análise consequencialista/pragmática típica de uma decisão política como a que estava sendo tomada.

52 Vide parecer substitutivo ao PL nº 6.787/2016, apresentado pelo Relator do projeto, Deputado Rogério Marinho, em 12 de abril de 2017. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1544961&filename=PRL+1+PL678716+%3D%3E+PL+6787/2016>. Acesso em: set. 2017. p. 23-24. (grifos nossos)

53 *Ibidem*, p. 62-63.

Pode-se inclusive mencionar que diversas alterações realizadas na CLT pela Lei nº 13.467/2017 ocorreram como reação do legislativo em face de diversas jurisprudências consolidadas do colendo Tribunal Superior do Trabalho. Com efeito:

“a reforma representou uma *reação ao ativismo judiciário* da Justiça do Trabalho, em face das *lacunas que havia na CLT* em relação a muitos temas que careciam de disciplina legal, decorrentes de avanços tecnológicos e novas formas de contratação, a par do silêncio da legislação consolidada a respeito de todo o campo dos danos morais, utilizando-se a legislação civil. Assim, a guinada da jurisprudência trabalhista ocorrida nas denominadas ‘*Semanas do TST*’ de 2011 e 2012, com a *alteração de 34 súmulas para ampliar direitos trabalhistas* sem supedâneo legal, teve como reação a *superação de 38 súmulas do TST com a reforma trabalhista*, prevendo-se em moldes mais modestos os direitos que haviam sido conferidos originariamente pela jurisprudência.”⁵⁴

Hoje esse fenômeno, de reação do legislador contrariamente ao que o Judiciário tem definido por meio de seus julgamentos (ou Súmulas), tem recebido o nome de ativismo legislativo ou de correção legislativa da jurisprudência. A esse respeito, Leonardo Pietro Antonelli explica que

“se por um lado parece haver certo consenso na doutrina de que há alguma redução da importância do papel do legislador na realização do direito; por outro, como reação a essa postura mais ativa do Judiciário, vislumbra-se que o Legislativo busca, por meio de processo institucional e democrático, rever determinados temas já consolidados na jurisprudência, com o claro propósito de modificar o entendimento então adotado. Ocorrendo essa hipótese, retira-se do Judiciário a ideia de ‘última palavra’ em qualquer solução de controvérsia, o que tipifica uma espécie de ativismo *in casu* legislativo.”⁵⁵

Segundo Lobo Torres, a correção legislativa da jurisprudência, tem ocorrido por diversas formas, seja por meio de emenda constitucional, por lei complementar ou mesmo por lei ordinária. O que marca a questão é um “radical repúdio à interpretação judicial, pela edição de norma intencionalmente

54 MARTINS FILHO, I. G. A reforma trabalhista no Brasil. In: MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS FILHO, Ives Gandra (Coord.). 2º *Caderno de Pesquisas Trabalhistas*. Porto Alegre: Paixão, 2017. p. 16.

55 ANTONELLI, Leonardo Pietro. *Correção legislativa da jurisprudência: uma análise das emendas constitucionais em matéria tributária*. Rio de Janeiro: JC, 2015. p. 22.

contrastante com a jurisprudência”⁵⁶, e também uma espécie de “retificação da norma anterior que, por ambiguidade ou falta de clareza, tenha levado o Judiciário a adotar interpretação incompatível com os pressupostos doutrinários da matéria”⁵⁷.

Vê-se que a expressa rejeição da ultratividade pelo legislador, conforme constante do voto do substitutivo do PL nº 6.787/2016, o qual originou a Lei nº 13.467/2017, deu-se pelos dois motivos revelados por Lobo Torres: um repúdio direto e radical à interpretação judicial, e também pela busca de retificação da redação anterior da Lei (*in casu*, a CLT), para, mantendo o critério temporal de validade da norma coletiva (dois anos), especificar a inaplicabilidade, ou mesmo não cabimento, de uma discussão judicial definindo a aplicação da ultratividade das normas coletivas.

Portanto, no caso da Súmula nº 277 do TST, ocorreu a chamada “correção legislativa da jurisprudência”, significando uma espécie de atrito entre os poderes do Estado, tendo o Legislativo buscado tirar, do âmbito do Judiciário, a decisão final sobre o respectivo, e controvertido, assunto. Conforme Leonardo Pietro Antonelli, esse tipo de questão pode sempre ensejar uma nova discussão no âmbito parlamentar, o qual pode continuar tomando decisões diversas daquelas que vêm sendo respaldadas em entendimentos jurisprudenciais⁵⁸.

Com efeito, tem-se agora uma situação em que novo atrito entre Legislativo e Judiciário pode ocorrer, uma vez que a alteração do art. 614, § 3º, da CLT (vedação da ultratividade), vigente desde 11 de novembro de 2017, confronta diretamente com o texto de 2012 da Súmula nº 277 do TST, o qual ainda não foi revisado pelo colendo Tribunal até o início de 2018.

O TST encontra-se, diante da opção política do legislador, na necessidade de reexame de sua jurisprudência, inclusive levando em consideração a situação relativa à ADPF 323, ainda não definitivamente julgada. Entre as diversas hipóteses que o Pleno do Tribunal terá que avaliar, algumas se sobressaem, como manter a controvérsia até decisão definitiva do Supremo na ADPF 323; ou fazer uma separação temporal das hipóteses, mantendo as cláusulas que já aderiram ao contrato de trabalho antes do início da vigência da reforma trabalhista e, assim, mantendo suspensos diversos processos no Brasil; ou alterar em definitivo sua jurisprudência, retornando à redação anterior da Súmula, ou realizar seu cancelamento. O fato é que o ativismo judicial e o ativismo

56 LOBO TORRES *apud* ANTONELLI, *op. cit.*, p. 48.

57 *Idem. Ibidem.*

58 *Idem*, p. 49.

legislativo realizaram uma necessidade de reexame da matéria, impactando diversas reclamações trabalhistas já existentes, e com potencial repercussão em reclamações que podem vir a ser apresentadas.

6 – Conclusão

A questão da ultratividade das normas coletivas sempre foi polêmica no meio ambiente jurídico trabalhista. Doutrinariamente, haviam defesas de que deveria ser incorporada a regra da ultratividade, seja de forma permanente (integração das normas coletivas ao contrato de trabalho, não passíveis de retirada por qualquer meio), seja por aderência limitada à revogação expressa posterior por meio de nova norma coletiva.

A adoção repentina em 2012 pelo TST de novo texto para a Súmula nº 277, de certa forma reinstalando a ultratividade no sistema de direito trabalhista do país, contrariamente ao que havia sido expressamente revogado pelo legislador infraconstitucional mais de 15 anos antes, pode ser identificada, conforme classificação de dimensões de ativismo judicial, como uma decisão ativista, a despeito do apoio ou não à medida.

É certo que a utilização das categorizações de Bradley Canon para a classificação da nova redação da Súmula nº 277 como decisão ativista não encerra a discussão sobre como identificar de forma mais precisa, no contexto nacional, marcado por zonas cinzentas de sobreposição de funções típicas de cada poder, como se identificar uma decisão imprópriamente ativista. Conforme alerta Paulo Gonet Branco, “ainda não se tem, mesmo com esse esforço, um critério absoluto e indefectível para se assinalar a existência de uma decisão imprópriamente ativista”⁵⁹.

As críticas ao chamado ativismo judicial, no entanto, costumam recair sobre o fato de que ele desafia a chamada racionalidade jurídica, que demanda a “instalação de um horizonte de *previsibilidade e calculabilidade* em relação aos comportamentos humanos, sobretudo aqueles que se dão nos mercados”⁶⁰. Isso porque dão a sensação de se tratarem de decisões arbitrárias e aleatórias, ao contrário do que esperado para o sistema jurídico, ou seja, decisões, como menciona Eros Grau, o “máximo previsíveis”⁶¹.

Com isso, tem-se visto o crescimento não só do ativismo judicial, mas do que tem sido chamado de ativismo legislativo, ou correção legislativa da

59 BRANCO, *op. cit.*, p.15.

60 GRAU, *op. cit.*, p. 121.

61 GRAU, *Idem*.

jurisprudência, quando o Poder Legislativo adota novo texto legal que busca corrigir o que havia sido definido pelo Judiciário como interpretação correta do texto legal. Vê-se, nesse caso, uma espécie de reação de ativismo contra ativismo, e poderes, que deveriam ser complementares e harmônicos entre si (art. 2º da Constituição Federal), funcionando em um sistema de peso e contra-peso, passam a atritar quase que diretamente, tentando determinar, de um lado, qual deveria ser a definição substancial de certa regra pela função democrática majoritária, e, de outro lado, buscando restringir o âmbito de interpretação possível pela função judicante. Foi o caso, conforme analisado, da questão da ultratividade das cláusulas coletivas de trabalho.

Referências bibliográficas

ANTONELLI, Leonardo Pietro. *Correção legislativa da jurisprudência: uma análise das emendas constitucionais em matéria tributária*. Rio de Janeiro: JC, 2015.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Em busca de um conceito fugidio – o ativismo judicial. In: FELLET, André, *et alii* (Org.). *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Juspodivm, 2011.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil (1988)*. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: mar. 2018.

_____. Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. *Diário Oficial [dos] Estados Unidos do Brasil*, Poder Executivo, Rio de Janeiro, DF, 9 ago. 1943. Secção 1, p. 11.937-11.984. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: mar. 2018.

_____. *Parecer Legislativo nº 6.787/2016, de 12 de abril de 2017*. Deputado Rogério Marinho, em 12 de abril de 2017. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1544961&filename=PRL+1+PL678716+%3D%3E+PL+6787/2016>. Acesso em: set. 2017.

_____. STF. Decisão em Medida Cautelar em Reclamação: *Reclamação 26.256/DF*. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=311590603&tipoApp=.pdf>>. Acesso em: mar. 2018.

_____. _____. Decisão em Medida Cautelar em Reclamação: *Reclamação 27.972/PR*. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=312559822&tipoApp=.pdf>>. Acesso em: mar. 2018.

_____. _____. Decisão em Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: *ADPF 323/DF*. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4599102>>. Acesso em: mar. 2018.

_____. TST. Regimento Interno do Tribunal Superior do Trabalho. Aprovado pela Resolução Administrativa nº 1.295/08. *Diário da Justiça da União de 09.05.08*, p. 20-30. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/DGCI/regimento_interno_tst/RegimentoAtualRA1295/1295.html>. Acesso em: mar. 2018.

DOCTRINA

_____. _____. *Súmula nº 277*. Convenção Coletiva de Trabalho ou Acordo Coletivo de Trabalho. Eficácia. Ultratividade (redação alterada na sessão do Tribunal Pleno realizada em 14.09.2012) – Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_251_300.html#SUM-277>. Acesso em: mar. 2018.

CANON, Bradley. Judicial activism. *Judicature*, vol. 66, 1982-1983, p. 237-247.

CARMO, Júlio Bernardo do. A Súmula nº 277 do TST e a ofensa ao princípio da legalidade. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*, Belo Horizonte, v. 55, n. 85, p. 75-84, jan./jun. 2012.

CARVALHO, Augusto César Leite de; ARRUDA, Kátia Magalhães; DELGADO, Mauricio Godinho. A Súmula nº 277 e a defesa da Constituição. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, São Paulo, vol. 78, n. 4, out./dez. 2012.

CONFENEN. *Petição inicial da ADPF 323*. 2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvizualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoocidente=4599102>>. Acesso em: mar. 2018.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 11. ed. São Paulo: LTr, 2012.

GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes* (a interpretação/aplicação do direito e os princípios). 7. ed. refundida do ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito. São Paulo: Malheiros, 2016.

MARTINS FILHO, I. G. A reforma trabalhista no Brasil. In: MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS FILHO, Ives Gandra (Coord.). *2º Caderno de Pesquisas Trabalhistas*. Porto Alegre: Paixão, 2017.

_____. Reflexões com vistas à modernização da legislação trabalhista por ocasião dos 75 anos da Justiça do Trabalho no Brasil. In: MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS FILHO, Ives Gandra (Coord.). *1º Caderno de Pesquisas Trabalhistas*. Porto Alegre: Lex Magister, 2017.

MENEZES, Cláudio Armando Couce de. A Súmula nº 277 do c. TST e a “ultratividade” das cláusulas coletivas do trabalho (desvendando mentalidades). *Revista LTr*, São Paulo, vol. 78, n. 4, p. 432-438, abr. 2014.

PINTO, Raymundo Antônio Carneiro. *Súmulas do TST comentadas*. 11. ed. São Paulo: LTr, 2010.

RAWLS, John. *Justiça como equidade: uma reformulação*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

Recebido em: 19/05/2018

Aprovado em: 14/06/2018

A TRANSCENDÊNCIA NO RECURSO DE REVISTA

THE TRANSCENDENCY REQUIREMENT IN APPEAL TO THE BRAZILIAN LABOR HIGHEST COURT

Philippe de Oliveira Nader*

RESUMO: A entrada em vigor da Lei nº 13.467/2017 (conhecida popularmente como a reforma trabalhista), que acrescenta o § 1º ao art. 896-A da CLT, regulamenta a transcendência no recurso de revista. Na esteira do que ocorreu com a repercussão geral do recurso extraordinário (EC nº 45/04, art. 102, § 3º, da CF/88 e Lei nº 11.418/06) e, ao que tudo indica, ocorrerá com o recurso especial¹, a finalidade do instituto é racionalizar o sistema recursal de modo a trazer eficiência e estabilidade aos julgamentos no Tribunal Superior do Trabalho – TST, conferindo maior isonomia para os jurisdicionados e contribuindo para uma diminuição do número de recursos interpostos e de demandas ajuizadas. Nesse sentido, a regulamentação da transcendência no recurso de revista representa um grande passo rumo à transformação do TST em uma Corte de precedentes, deixando para trás o papel tradicional de uma Corte de correção.

PALAVRAS-CHAVE: Transcendência. Recurso de Revista.

ABSTRACT: The Act 13.467/2017 (known as the “labor amendment”) entered into force this year and enacted the transcendency as a fundamental requirement to the labor appeals to the labor highest court. The purpose of this procedure institute is rationalizing the appeal system in order to bring efficiency and establishment to the labor highest court. In addition, the transcendency contributing to treat like cases alike and reduce demands. In this regard, enact the transcendency is a important step towards the transformation of labor highest court into a precedent court, leaving behind the traditional role of a mere revision court.

KEYWORDS: Transcendency. Labor Appeal.

1 – A previsão da transcendência trabalhista no ordenamento jurídico pátrio

Poucos se recordam, mas a Medida Provisória nº 2.226, de 04.09.01, alterou a CLT para introduzir o art. 896-A, estabelecendo, pela primeira vez² em nosso ordenamento jurídico nacional após a Constituição Federal de

* *Mestrando no UniCEUB (Brasília/DF, Brasil); pós-graduado em Direito Processual Civil pela PUC-Rio, em Direito Empresarial pelo IBMEC-Rio e em Direito Público pela FESMPDFT; graduado em Direito pela PUC-RIO; advogado de carreira da Petróleo Brasileiro S/A.*

1 A PEC nº 209/2012 cria o requisito da relevância para o recurso especial e já foi aprovada em segundo turno na Câmara dos Deputados, seguindo para o Senado Federal.

2 Antes da criação da repercussão geral, sob a égide da Constituição anterior, o ordenamento jurídico brasileiro (CF/67, art. 119, III, *a e d c/c* o § 1º, alterada pela EC nº 1, de 1969, e RISTF, arts. 325, I a XI e 327, § 1º) **conheceu a figura da arguição de relevância, instituto que prescindia de qualquer fundamentação e publicidade, que visava possibilitar o conhecimento de Recurso Extraordinário a priori incabível e que não se confunde com a repercussão geral.**

1988, um requisito de admissibilidade para um recurso de natureza excepcional (ou extraordinária) exigindo transcendência da matéria tratada. Prescreve o dispositivo citado: “O Tribunal Superior do Trabalho, no recurso de revista, examinará previamente se a causa oferece transcendência com relação aos reflexos gerais de natureza econômica, política, social ou jurídica”.

Conforme se constata da leitura do dispositivo, a CLT criou um requisito de admissibilidade para o recurso de revista com as mesmas características do que viria a ser a repercussão geral do recurso extraordinário, baseado na “transcendência da causa”. Entretanto, a norma nunca chegou a ser regulamentada e, por isso, nunca foi sequer considerada pelo Tribunal Superior do Trabalho na apreciação da admissibilidade dos recursos de revista.

Interessante observar que, em pesquisa jurisprudencial realizada no TST, houve quem alegasse o preenchimento do requisito da transcendência da matéria em debate. Porém, o TST se negava a analisar o requisito sob o fundamento de que seria imprescindível a regulamentação do instituto no âmbito do próprio TST. Dois julgados a seguir colacionados demonstram como vinha decidindo o c. TST acerca da alegação de transcendência no recurso de revista. O primeiro tem a seguinte ementa autoexplicativa:

“RECURSO DE REVISTA DA PREVI. TRANSCENDÊNCIA.

O art. 896-A da CLT ainda não foi regulamentado no âmbito deste c. Tribunal, providência que se faz necessária em face do comando do art. 2º da Medida Provisória nº 2.226/01, a inviabilizar o exame da arguição de transcendência. Recurso de revista não conhecido.” (RR 310200-15.2009.5.12.0035, j. 20.10.2010, Rel. Min. Aloysio Corrêa da Veiga, 6ª Turma, DEJT 28.10.2010)

No mesmo sentido, no AIRR 154900-71.2009.5.02.0089, 8ª Turma, Relª Minª Dora Maria da Costa, DJe 18.11.2013, restou consignado o seguinte em relação à transcendência no recurso de revista:

“1. TRANSCEDÊNCIA (RECURSO DE REVISTA DA CET)

Afirma a segunda reclamada, nas razões da revista (fl. 594), que a matéria revela transcendência e grande relevância jurídica e social.

Todavia, a regulamentação a respeito desse instituto ainda não foi procedida por esta Corte, pelo que a admissibilidade do recurso de revista se restringe aos pressupostos do art. 896 da CLT.” (destacamos)

Assim, durante mais de 15 anos, o art. 896-A da CLT não produziu qualquer efeito em nosso ordenamento jurídico, período que foi encerrado com

DOCTRINA

a publicação da Lei nº 13.467/2017, a qual trouxe a regulamentação da repercussão geral no § 1º do art. 896-A, “de cima para baixo”, isto é, por imposição legal, nos seguintes termos:

“Art. 896-A (...)

§ 1º São indicadores de transcendência, entre outros:

I – econômica, o elevado valor da causa;

II – política, o desrespeito da instância recorrida à jurisprudência sumulada do Tribunal Superior do Trabalho ou do Supremo Tribunal Federal;

III – social, a postulação, por reclamante-recorrente, de direito social constitucionalmente assegurado;

IV – jurídica, a existência de questão nova em torno da interpretação da legislação trabalhista.

§ 2º Poderá o relator, monocraticamente, denegar seguimento ao recurso de revista que não demonstrar transcendência, cabendo agravo desta decisão para o colegiado.

§ 3º Em relação ao recurso que o relator considerou não ter transcendência, o recorrente poderá realizar sustentação oral sobre a questão da transcendência, durante cinco minutos em sessão.

§ 4º Mantido o voto do relator quanto à não transcendência do recurso, será lavrado acórdão com fundamentação sucinta, que constituirá decisão irrecorrível no âmbito do tribunal.

§ 5º É irrecorrível a decisão monocrática do Relator que, em agravo de instrumento em recurso de revista, considerar ausente a transcendência da matéria.

§ 6º O juízo de admissibilidade do recurso de revista exercido pela Presidência dos Tribunais Regionais do Trabalho limita-se à análise dos pressupostos intrínsecos e extrínsecos do apelo, não abrangendo o critério da transcendência das questões nele veiculadas.”

Com a entrada em vigor do novo regramento, surge a seguinte dúvida: a supratranscrita regulamentação legal será o bastante para exaurir e tornar plenamente aplicável a transcendência?

Antes da reforma trabalhista, o TST se posicionava no sentido de que não bastava a previsão legal genérica, pois era necessária uma regulamentação

no âmbito do próprio tribunal, conforme entendimento esposado nos julgados colacionados.

Entendemos que a regulamentação legal é suficiente para dar plena e imediata aplicabilidade para a transcendência ao recurso de revista. Se a regulamentação interna por parte do TST não veio (por motivos que estudaremos mais adiante), ela se deu com a reforma trabalhista, alcançando a mesma finalidade de tornar autoaplicável o novo requisito de admissibilidade. Desse modo, entendemos que não será necessária nova regulamentação da transcendência por parte do TST – não, ao menos, para tornar aplicável a transcendência.

Nada impede, porém, que outros detalhes sejam posteriormente regulamentados no regimento interno do TST, como seria o caso, por exemplo, do procedimento para manifestação de terceiros por ocasião da análise da transcendência. Repise-se, isso não afetaria, em nada, a eficácia imediata da transcendência a partir da entrada em vigor da Lei nº 13.467/2017. Apenas traria um detalhamento procedimental para densificar o novel instituto.

A título de comparação, a repercussão geral do recurso extraordinário também não precisou ser regulamentada pelo Supremo Tribunal Federal – STF em seu regimento interno para se tornar plenamente exigível. Bastou que a Lei nº 11.418/06 acrescentasse novos dispositivos ao CPC/73 para o STF passar a aplicá-la, lembrando que tal requisito tem fundamento constitucional e já estava previsto desde 2004 no texto maior (Emenda Constitucional nº 45).

Diante dessas considerações iniciais, afirmo, desde já, que a regulamentação legal da transcendência no recurso de revista é oportuna e muito bem-vinda. Nos tópicos seguintes demonstraremos as razões para tanto.

Vale um comentário final, no presente tópico, a respeito do pioneirismo do processo do trabalho na criação da transcendência.

Conquanto possa causar alguma surpresa aos desavisados a constatação de que a previsão pioneira da transcendência da matéria tenha vindo com a Consolidação das Leis do Trabalho, este não é o único exemplo em que o direito processual do trabalho largou na frente do direito processual civil. O processo do trabalho pode, de fato, e sob vários aspectos, ser considerado um modelo de vanguarda para o processo civil. Diversos institutos e regras inerentes ao processo do trabalho foram posteriormente incorporados ao processo civil e comemorados como um grande avanço.

Podemos citar, dentre outros exemplos, o pioneirismo do princípio da irrecorribilidade, como regra, das decisões interlocutórias no processo do trabalho (diretriz agora adotada pelo CPC/2015), da simplificação procedimental e

da sumarização do processo do trabalho (agora incorporadas ao CPC/2015 com a extinção do procedimento sumário e de diversas espécies de procedimentos cautelares típicos), da instauração de audiência de conciliação obrigatória no início do processo do trabalho (também acolhida pelo CPC/2015), da prevalência do princípio da oralidade no curso do processo. Talvez não seja coincidência que a reforma processual trabalhista (promovida pela Lei nº 13.015/2014) – trazendo novos institutos como o rito dos recursos repetitivos – tenha corrido mais rápido do que a aprovação da reforma processual cível (Lei nº 13.105/2015 – CPC/2015), incorporando, inclusive, vários de seus aspectos.

2 – Aplicação do conceito de “repercussão geral” à transcendência trabalhista

Marinoni e Mitidiero³ ensinam que o conceito de repercussão geral⁴ se forma pela união da i) relevância com a ii) transcendência.

A *relevância* diz respeito à *essência da questão debatida*, e pode ser configurada sob um viés econômico, político, social ou jurídico. Isto é, a análise da *relevância* da questão será totalmente indiferente à maior ou menor abrangência dos interesses subjetivos atingidos, o que significa que uma questão jurídica pode configurar-se relevante e, ainda assim, limitar-se exclusivamente aos interesses das partes do processo a ser apreciado, o que não bastaria para preencher o requisito da repercussão geral. A *transcendência*, por sua vez, diz respeito à *abrangência dos interesses atingidos pela decisão* e ocorre quando a questão debatida desborda dos interesses subjetivos das partes para alcançar inúmeras outras pessoas em situações similares, desde que envolvam a mesma questão jurídica.

Dados os conceitos doutrinários, e em que pese uma aparente atecnia no art. 896-A da CLT quando trata da “transcendência da *causa*” e dos “reflexos gerais de natureza econômica, política, social ou jurídica”, é plenamente possível extrair a interpretação de que a *questão debatida* no recurso de revista é que seja *relevante* do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico e que ela *transcenda* os interesses subjetivos das partes no processo. Ademais, ao que parece, a transcendência no recurso de revista serviu de modelo à repercussão geral do recurso extraordinário, já que esta, como dito, foi precedida por aquela.

3 MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Repercussão geral no recurso extraordinário*. São Paulo. RT, 2007. p. 33.

4 Embora os autores tratem, na obra citada, do conceito de repercussão geral para o recurso extraordinário, nada impede que possamos utilizar o mesmo conceito no recurso de revista.

Assim sendo, em que pese a nomenclatura diversa, ambos os institutos são similares, diferenciando-se apenas pela espécie de processo (civil ou trabalhista) em que são aplicáveis. O conceito abstrato é intercambiável, valendo para ambos. Esse mesmo raciocínio se aplica para a “relevância” do Recurso Especial, a ser criada pela PEC nº 209/2012, em trâmite no Congresso Nacional.

Entendo, portanto, que é plenamente possível e desejável uma replicação conceitual da repercussão geral à sistemática recursal trabalhista, de modo que seja possível se abeberar da regulamentação da repercussão geral do CPC/2015 para aplicá-la analogicamente à transcendência trabalhista.

3 – Resistência do Tribunal Superior do Trabalho à regulamentação da transcendência

Com a superveniência da regulamentação legal da transcendência trabalhista após 15 anos de vigência do art. 896-A na CLT, é natural perguntar: por que o TST se manteve inerte durante todos esses anos e não levou à frente, dentro dos limites de sua competência, a regulamentação do instituto, obrigando o Congresso Nacional a fazê-lo? O questionamento ganha força quando lembramos que a “irmã” repercussão geral já surtia efeitos no STF desde 2006. Ainda assim, isso não foi suficiente para levar o TST a tornar efetiva a transcendência no recurso de revista.

Conforme detalharemos adiante, os números que retratam a realidade judiciária do TST demonstram que existem motivos de sobra para que a Corte Superior Trabalhista regulamentasse, o quanto antes, a transcendência. Nos julgados colacionados nesse artigo, fica clara a competência do TST para regulamentar o art. 896-A da CLT, embora nunca a tenha feito. Nunca se cogitou, portanto, de incompetência do tribunal para a regulamentação.

Afastada a questão formal de uma possível incompetência do tribunal para tanto, nos aproximamos da conclusão de que não houve interesse político dos Ministros em levar à frente essa empreitada. Precisaremos descobrir as razões para isso.

Em sua dissertação de mestrado, defendida em 2011⁵, José Pedro de Camargo Rodrigues de Souza realizou diversas entrevistas com Ministros do TST visando, justamente, indagá-los sobre os motivos pelos quais o tribunal não procedeu à regulamentação da transcendência durante todos esses anos.

5 SOUZA, José Pedro de Camargo Rodrigues de. *Apontamentos sobre a transcendência do recurso de revista*. Dissertação de Mestrado. USP. 2011. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2138/tde-31052012-154840/pt-br.php>>. Acesso em: 14 ago. 2017.

DOCTRINA

O citado acadêmico demonstra estranheza, em sua dissertação, quanto ao fato de que o TST não tenha cumprido o que lhe foi determinado pela Medida Provisória nº 2.226, de 04.09.01, *in verbis*:

“Ignoram-se os reais motivos que levam o Tribunal Superior do Trabalho (como um todo) para não cumprir o que lhe foi determinado pela medida provisória [que acrescentou o art. 895-A à CLT em 2001], conquanto se saiba que, desde o fim do primeiro semestre de 2010, a última ‘Comissão da Transcendência’ (...), criada pela Resolução Administrativa nº 1.360/09, já tenha exposto seu ponto de vista, o qual, todavia, não foi submetido à totalidade da Corte, o que também é inexplicável.”⁶

Nas entrevistas realizadas, o autor ouviu dos Ministros⁷, em resumo, os seguintes problemas na regulamentação da transcendência: i) resistências dos advogados (o que é natural, já que o critério da transcendência afunila o caminho para o TST), ii) divergências entre os próprios Ministros quanto ao modelo de funcionamento da transcendência (se em sessão pública, se com direito a sustentação oral, etc.) e iii) resistências quanto à discricionariedade judicial na aplicação de um requisito de admissibilidade indeterminado (o que vem a ser, exatamente, a transcendência?) e iv) apontamentos no sentido de que a criação do requisito não combateria as causas do inchaço do Judiciário, mas apenas as consequências.

Tais óbices demonstram, por um lado, um desconhecimento de todas as potencialidades do instituto, ignorando os benefícios da “irmã” repercussão geral e, por outro, uma resistência à própria política judiciária que se implantaria no TST com a regulamentação do instituto, afunilando a chegada de recursos ao tribunal. Há, de fato – em que pese o entulhamento do TST e o caso jurisprudencial que dele decorre em grande parte – diversos Ministros que são críticos à criação do requisito em si mesmo, independentemente de seu modelo de funcionamento.

Mas as entrevistas não esgotam o assunto, até mesmo porque nem tudo pode ou deve ser falado abertamente. Ouso trazer outros elementos que podem estar por trás da rejeição de alguns Ministros à criação da transcendência.

Para aqueles que têm a oportunidade de advogar frequentemente perante o TST, é nítida a existência de um estado judicial não cooperativo entre os

6 *Ibidem*.

7 São eles: Min. Ives Gandra Martins Filho, Min. Maria Cristina Peduzzi, Min. Walmir Oliveira da Costa, Min. Renato de Lacerda Paiva, Min. Lélío Bentes Correa, Min. Pedro Paulo Manus (aposentado), Min. Horácio Senna Pires (aposentado) e Min. Luiz Philippe Vieira de Mello.

Ministros do TST. Isso faz com que eles não desejem uma “autolimitação” do tribunal para apreciação de certos casos ou matérias, provavelmente porque não aceitam o sistema de precedentes vinculantes, notadamente em seu aspecto horizontal, isto é, quando um precedente proferido por uma Corte deve ser respeitado pela *mesma Corte*.

Considerando que muitos recursos são julgados pelas Turmas do TST de modo descolado da jurisprudência firmada em órgãos de uniformização (SBDI-1 e SBDI-2), é certo que a divergência tomaria conta das decisões que apreciassem a existência ou não da transcendência ao recurso de revista. E essas decisões seriam definitivas. Só por esse fato, a regulamentação já não interessaria a alguns membros do TST.

Há exemplos os mais diversos desse estado não cooperativo. Vejamos, para citar apenas um, o que restou decidido no RR 797-94.2011.5.09.0654 quanto à possibilidade de revista moderada em bolsas e sacolas, a partir da transcrição de fragmento de relevância da ementa do julgado:

“3. REVISTA (AINDA QUE MODERADA) DE BOLSAS E SACOLAS. DANO MORAL. CONFIGURAÇÃO. 3.1.(...) Nesse contexto, e sob uma interpretação sistemática dos preceitos legais e constitucionais aplicáveis à hipótese, *entende-se que a revista diária em bolsas e sacolas, por se tratar de exposição contínua do empregado a situação constrangedora no ambiente de trabalho, que limita sua liberdade e agride sua imagem, caracterizaria, por si só, a extrapolação daqueles limites impostos ao poder fiscalizatório empresarial, mormente quando o empregador possui outras formas de, no caso concreto, proteger seu patrimônio contra possíveis violações*. Nesse sentido, as empresas, como a Reclamada, têm plenas condições de utilizar outros instrumentos eficazes de controle de seus produtos, como câmeras de filmagens e etiquetas magnéticas. Tais procedimentos inibem e evitam a violação do patrimônio da empresa e, ao mesmo tempo, preservam a honra e a imagem do trabalhador” (Ministro Mauricio Godinho Delgado). 3.2. *A jurisprudência da Eg. 3ª Turma evoluiu para compreender que a revista dita moderada em bolsas e sacolas de trabalhadores, no início ou ao final da jornada de trabalho, mesmo que sem contato físico ou manipulação de pertences, provoca dano moral e autoriza a condenação à indenização correspondente*. Ressalva de ponto de vista do Relator. Recurso de revista conhecido e provido.” (Destacamos em itálico e sublinhamos)

No inteiro teor do acórdão, o Ministro Relator da Turma deixa consignado que, embora a eg. SBDI-1 (órgão uniformizador de divergência entre Turmas

do TST) venha decidindo pelo não cabimento de indenização por danos morais na hipótese, a 3ª Turma *evoluiu*⁸ e se convenceu do contrário, isto é, de que o reclamante teria direito à referida indenização.

Tal decisão simboliza as “ilhas de poder” que caracterizam os votos de muitos Ministros e nada contribui para uma prestação jurisdicional de qualidade, gerando insegurança, perda de credibilidade nas instituições judiciárias, sentimento de injustiça e ineficiência.

Lênio Streck, um crítico ferrenho de modo solipsista de julgamento, vai direto ao ponto quando afirma que “ao que consta, não se vai ao judiciário pedir a opinião pessoal do magistrado”⁹.

Essa lógica solipsista de alguns juízes, no entanto, tem prazo para acabar. A regulamentação da transcendência pela reforma trabalhista aliada à criação do procedimento do recurso de revista repetitivo¹⁰ tende a pôr fim a esse estado judicial não cooperativo, que só vem a prejudicar os jurisdicionados.

Um dos grandes problemas do nosso Judiciário, do que não escapa o TST, é o modo de funcionamento e julgamento que nele impera. Nessa toada, abro um parêntesis, por oportuno, para sugerir um novo modo ideal de funcionamento para as Cortes brasileiras, que deve se dar pela conjugação de três conhecidos modelos de decisão, a seguir detalhados: deliberativo, externo e *per curiam*.

No modelo deliberativo, ao contrário do agregativo, “os diversos membros de um tribunal procuram, por meio da argumentação, produzir um julgado de consenso, que represente o entendimento da corte como instituição”¹¹. Elaborar-se, portanto, um resultado coletivo. Os benefícios da adoção desse modelo são inegáveis: o que importa para o jurisdicionado é a tomada de decisão definitiva da Corte, a definição de uma pauta de conduta para a sociedade e para o Estado. Eventuais divergências internas somente interessam para a formação do convencimento final e coletivo do tribunal. Desse modo, mais importante do que os entendimentos individuais dos Ministros, é o entendimento da Corte enquanto poder estatal incumbido de trazer a pacificação social dos conflitos, uma das funções primordiais da jurisdição.

8 A expressão “evoluir” retrata nítido juízo de valor do Ministro, como que a legitimar seu voto, proferido em confronto direto com a jurisprudência firmada no Tribunal. Dessa forma, o Ministro ignora a importância da estabilidade e uniformidade da jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho.

9 Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-jun-08/senso-incomum-naufragio-juridico-quem-tubaroos-comerao-primeiro-criterios>>. Acesso em: 21 jul. 2017.

10 Instrução Normativa nº 38/2015 editada pela Resolução nº 201/2015, regulamentando os arts. 896-B e 896-C da CLT.

11 MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Nos bastidores do STF*. Rio de Janeiro: Forense. 2015. Cap. 3, item 3.3.3.1. Versão digital sem número das páginas.

Percebe-se que no TST ocorre justamente o oposto: os votos são coletados individualmente, e o resultado se dá pela soma desses votos. Os jurisdicionados e advogados que se desdobrem para identificar qual a posição final da Corte.

Quanto ao modelo externo, entendemos que deve ser mantido, tendo em vista que já faz parte da tradição dos tribunais brasileiros e que, apesar de críticas à superexposição do televisionamento ao vivo das sessões plenárias (no caso específico do STF e do TST¹², o que poderia render ensejo, em tese, às vaidades dos membros da Corte), é certo que a prática alçou o STF e o TST a um novo patamar de publicidade no país, o que permite um controle social mais rígido¹³.

Por fim, o modelo *per curiam*, também chamado modelo de voto institucional, é o ideal a ser adotado pelos tribunais, tendo em vista que, embora se admita a produção de votos vencidos (o que legitima e enriquece o debate), o tribunal produz um único voto sobre a questão jurídica a ele submetida, que é o que será divulgado ao público e do qual será extraída a *ratio decidendi* para aplicação em casos idênticos ou similares.

Fechado o parêntesis para tratar do melhor modo de funcionamento dos tribunais, cabe assinalar que a instabilidade jurisprudencial assusta os advogados forasteiros que têm o primeiro contato com o TST¹⁴⁻¹⁵. Sabemos que essa característica não é exclusividade da Corte Superior Trabalhista, mas não podemos deixar de reportá-la diante da importância institucional de um tribunal superior com a função de uniformizar a jurisprudência e de pautar o modo de conduta dos jurisdicionados que se espelham nas decisões do tribunal (normas jurídicas universalizáveis).

Não é difícil imaginar os benefícios da criação de um instrumento processual que estabilize a jurisprudência trabalhista em determinados temas, definindo teses jurídicas aplicáveis aos casos similares. No entanto, encontramos nítida irresignação por parte de alguns Ministros do TST na implantação do requisito processual, nada obstante a regulamentação da repercussão geral no STF, já de longa data, com claras vantagens à jurisdição constitucional.

12 As sessões de julgamento do TST são transmitidas online e ao vivo pelo sítio eletrônico oficial do Tribunal.

13 O Ministro do STF Luís Roberto Barroso já escreveu, prefaciando a obra *Jurisdição Constitucional e Participação Popular: O Supremo Tribunal na Era da TV Justiça*, Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2016, de Felipe de Melo Fonte, que “ela [a TV Justiça] contribuiu decisivamente para a visibilidade, compreensão e legitimação do Supremo Tribunal Federal perante a sociedade”.

14 Vide outro exemplo marcante na nota de rodapé nº 16.

15 Outro traço marcante da c. SDI-1 do TST é a divisão entre os Ministros e a quantidade de precedentes “fracos”, isto é, aqueles que são firmados por apertadíssima maioria, normalmente com o voto de minerva do Presidente do tribunal. Tais precedentes podem ser considerados “fracos” porque uma mera alteração de composição do órgão uniformizador pode alterar o resultado de um julgamento, o que não contribui para a segurança jurídica dos jurisdicionados.

Com a regulamentação legal, imposta pelo Congresso Nacional, a transcendência passa a ser uma realidade inafastável. Veremos como os Ministros se comportarão diante da novidade.

4 – Dados estatísticos da repercussão geral demonstram a utilidade e urgência da regulamentação da transcendência trabalhista

É mister atentar para os resultados obtidos com a repercussão geral no STF para que saibamos se vale a pena a regulamentação da transcendência no recurso de revista. A instituição da repercussão geral obteve ótimos resultados nos primeiros anos da implementação do instituto¹⁶, quando reduziu para menos da metade o número de processos que chegaram à Corte Suprema. A partir, no entanto, de 2012, observou-se considerável aumento no recebimento de processos (foram 38.075) em relação a 2011, chegando em 2014 a 48.963 processos e, em 2016, a 57.370 processos. Essa nova curva de aumento (que não anulou a substancial diminuição de recursos no STF em números absolutos desde a regulamentação do instituto) vai demandar dos Ministros e juizes a utilização adequada dos novos instrumentos processuais presentes no CPC/2015 que visam à racionalização da atividade jurisdicional¹⁷, notadamente no âmbito dos tribunais superiores.

Se no STF o número de processos distribuídos e pendentes ainda é muito alto, conforme demonstrado acima, no TST o cenário atual assusta ainda mais, em que pese se tratar de tribunal com mais de o dobro de ministros do STF. Na instância superior trabalhista, em 2016, foram recebidos 274.845 recursos e processos. Em 2015, foram distribuídos 291.454. Em 2014, foram recebidos 309.033. Não há sinais de que o acervo irá diminuir a níveis razoáveis no curto e médio prazo. A diminuição do número de processos distribuídos no TST ao longo dos últimos anos é quase insignificante e o acervo total ainda alcança patamares altíssimos, muito além da capacidade do tribunal de julgar as demandas com a devida qualidade (leia-se, bem fundamentadas) e em tempo razoável, como determina a Constituição Federal (art. 5º, LXXVIII¹⁸).

16 Em 2006, o STF recebeu 110.716 recursos extraordinários e agravos, em 2007 foram recebidos 106.617 recursos; 59.314 em 2008; 32.649 em 2009; 31.536 em 2010; e 29.576 em 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=REAIProcessoDistribuido>>. Acesso em: 22 mar. 2017.

17 Podemos citar os mecanismos de uniformização de teses jurídicas com efeitos vinculantes, a ampliação das hipóteses de reclamação, a ampliação das hipóteses de tutela de urgência, as novas medidas para evitar recursos protelatórios (sucumbência recursal), entre outras.

18 “Art. 5º (...) LXXVIII – a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.”

Nessa linha de raciocínio, vem ganhando adeptos uma corrente nascida no âmbito do Supremo Tribunal Federal, capitaneada pelo Ministro Luis Roberto Barroso¹⁹, no sentido de limitar o número de matérias reconhecidas como de repercussão geral à capacidade da Suprema Corte de julgá-las no período de um ano. Hoje, o STF tem mais de 300 temas de repercussão geral reconhecidos e pode demorar mais de 10 anos para julgá-los²⁰. Diante disso, creio ser uma boa medida de política judiciária a limitação de temas a serem julgados. Se, por um lado, é indispensável a formação de uma jurisprudência coerente e estável sobre os temas mais relevantes do país, a Corte suprema não pode, por outro lado, se perder na seleção de causas em excesso e se tornar refém de suas próprias escolhas. A finalidade maior de uma Corte constitucional é conferir previsibilidade e pautar a conduta cotidiana da sociedade a partir da apreciação dos casos que realmente sejam relevantes e transcendentais, dentro da capacidade do tribunal de julgar em tempo razoável. Precedentes demais dificultam o conhecimento da população acerca do que vem sendo decidido e ainda criam insegurança jurídica em razão da maior demora em solucionar os grandes casos. O alerta se aplica, perfeitamente, ao TST, que terá de lidar com riscos semelhantes no momento de reconhecer a transcendência das matérias que foram abordadas no recurso de revista.

5 – Críticas a alguns aspectos da regulamentação da transcendência pela Lei nº 13.467/2017

Como já dissemos e agora repisamos, a regulamentação da transcendência na CLT é bem vinda e veio em boa hora. No entanto, é preciso apontar algumas críticas para que a comunidade jurídica reflita a respeito e aprimore a aplicação do instituto no processo do trabalho, sempre em cotejo com a “irmã” repercussão geral do recurso extraordinário. Vamos a elas.

Uma primeira crítica é a omissão da reforma trabalhista em relação à denominada “transcendência automática” ou “transcendência presumida”. Tanto no CPC/73 quanto no CPC/2015, há previsão da repercussão geral “automática” ou “presumida”.

O CPC/73 considerava que “haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar decisão contrária a súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal”. O CPC/2015 prevê expressamente a mesma hipótese e ainda acres-

19 Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/palestra-ivnl-reflexoes-stf-25ago2014.pdf>>. Acesso em: 24 mar. 2017.

20 Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-fev-08/stf-levar-10-anos-zerar-estoque-repercussao-geral>>. Acesso em: 26 mar. 2017.

centa outra: a existência de repercussão geral quando houver reconhecimento da inconstitucionalidade de tratado ou lei federal.

Infelizmente, a reforma trabalhista não caminhou no mesmo sentido, ao menos não com o alcance necessário. Trouxe, apenas, a previsão de que é *indicador* da transcendência “o desrespeito da instância recorrida à jurisprudência sumulada do Tribunal Superior do Trabalho ou do Supremo Tribunal Federal”, deixando ao alvedrio do TST definir, efetivamente, se nessa ou em outras hipóteses vai se dar, efetivamente, a transcendência. Poderia a lei trabalhista, tal como fez o CPC/2015²¹, ter avançado para *vincular* expressamente o tribunal superior ao reconhecimento de transcendência nessas hipóteses do CPC/2015. Restará à jurisprudência da Corte Superior Trabalhista, portanto, consolidar referida hipótese, além de outras, visando conferir mais segurança jurídica aos jurisdicionados.

Outra crítica se direciona justamente à terminologia empregada. Embora, conforme explicado, a transcendência tenha sido pioneira no ordenamento jurídico brasileiro após a Constituição de 1988 graças à previsão na CLT em 2001, foi a repercussão geral a primeira a ser efetivamente utilizada e a que colaborou para uma maior racionalização do sistema recursal no Supremo Tribunal Federal desde 2006.

Nesse sentido, colaboraria para a sistematicidade jurídica conferir a mesma denominação a ambos os institutos. A “repercussão geral” do recurso de revista facilitaria o estudo do instituto, uma vez que a comunidade jurídica já estaria familiarizada a ele; e permitiria, sem incompatibilidades, a aplicação subsidiária dos dispositivos do CPC/2015 que regem o tema.

Não ignoramos as críticas e falhas que a repercussão geral apresenta (v.g., o reconhecimento excessivo, pelo plenário do STF, de temas de repercussão geral, muito além de sua capacidade humana de julgarem em tempo razoável). No entanto, é preciso dizer que o instituto vem funcionando e resolvendo milhares de processos com apenas um julgamento. Há nitidamente mais vantagens do que desvantagens.

Ademais, vale mencionar lição do *Justice Bradeis* (membro da Suprema Corte americana na primeira metade do século passado) trazida por Frederick Schauer em sua obra²²: “na maioria das questões é mais importante que a norma jurídica aplicável seja estabelecida do que ela seja estabelecida direito”. Isso

21 Perceba que o novo código utiliza o verbo “haverá repercussão geral”, dando a ideia de imperatividade.

22 SCHAUER, Frederick. Precedente. In: DIDIER Jr., Fredie (Org.) et. al. *Precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2016. v. 3. p.79, nota de rodapé.

DOCTRINA

demonstra claramente que devemos nos preocupar mais com a necessidade de se ter um padrão decisório, com uma previsibilidade de como determinada questão será decidida, do que exatamente com o conteúdo da norma a ser estabelecida.

Uma terceira crítica que merece ser feita é relativa ao teor do § 5º do art. 896-A da CLT. Prescreve o dispositivo que “é irrecorrível a decisão monocrática do relator que, em agravo de instrumento em recurso de revista, considerar ausente a transcendência da matéria”. O vício, aparentemente, seria de inconstitucionalidade material por violação ao princípio constitucional do juiz natural (art. 5º, LIII, da CRF/88). Explico.

Como se sabe, quando a causa atinge o grau recursal, a regra é que o órgão judicante responsável pelo pronunciamento judicial seja um colegiado. Isto é, o juiz natural em um tribunal é, necessariamente, o órgão colegiado, um grupo de juízes que pode variar de número a depender da previsão em cada regimento interno.

Nessa linha de raciocínio, a exceção é a lei conferir poderes ao relator para proferir decisão monocrática, apenas em situações excepcionais²³, visando conferir racionalidade ao sistema de justiça. Ainda assim, nesses casos, não se pode ceifar da parte o direito de ver sua causa julgada pelo colegiado que, repise-se, é o juiz natural em sede recursal. Deve haver um meio para se chegar ao colegiado, sempre.

Portanto, o dispositivo que define como irrecorrível decisão monocrática de relator que considerar ausente a transcendência da matéria, ainda que em sede de agravo de instrumento em recurso de revista, é materialmente inconstitucional por violação direta e frontal ao art. 5º, LIII, da CRFB/88.

Vale frisar, ainda nessa crítica que, em muitas oportunidades, os acórdãos proferidos pelo TST em agravo de instrumento em recurso de revista adentram ao mérito da questão jurídica. Assim, não poderia a lei presumir que, por se tratar de agravo de instrumento, não haveria discussão de mérito e, por conseguinte, inviabilizar a parte de levar a discussão da matéria ao colegiado.

Uma sugestão interessante para o TST evitar chicanas processuais que burlassem o procedimento da repercussão geral (evitando, portanto, o desvio de finalidade do instituto) seria adotar o entendimento do STF quanto ao não cabimento de recurso extraordinário para solucionar equívocos na aplicação da repercussão geral²⁴. Em outras palavras, se o tribunal de origem aplicasse

23 Por exemplo, quando a decisão recorrida é manifestamente contrária à jurisprudência consolidada, ou o recurso é manifestamente inadmissível.

24 AI 760.358. Plenário. DJe 19.02.2010.

precedente do TST de ausência de transcendência e inadmitisse o recurso de revista, não caberia agravo de instrumento ao TST, mas tão somente agravo regimental (ou interno) no âmbito do TRT. Isso atenderia ao propósito de limitar o papel do TST tão somente à definição das teses jurídicas universalizáveis, retirando a função de mera reforma de julgados.

Por fim, deve ser feita severa crítica ao posicionamento do legislador que no art. 896-A, § 2º, da CLT²⁵ definiu que um único Ministro, monocraticamente, pode decidir pela existência ou não de transcendência da matéria antes da apreciação pela egrégia SDI-1 do TST. A situação pode levar ao caos no âmbito da Corte Superior Trabalhista. O risco de decisões contraditórias é relevantíssimo, vez que Ministros poderão decidir isoladamente sobre a existência ou não de transcendência de uma mesma matéria.

Não podemos permitir que o jurisdicionado seja jogado à sorte do convencimento de cada Ministro do TST monocraticamente. Um tribunal que se pretende uniformizador de jurisprudência deve agir como um colegiado racional, que permite a aplicação uniforme do direito a casos similares (o princípio do *treat like cases alike*). Por isso entendemos que o procedimento de reconhecimento de transcendência no TST deve ser similar ao que ocorre no âmbito do Supremo Tribunal Federal quanto ao reconhecimento da repercussão geral.

Quando um Ministro se deparar com matéria nova (ainda não apreciada pelo STF em sede de repercussão geral) deve submeter ao Plenário Virtual da Corte para apreciação. Se quatro Ministros votarem pela existência de repercussão geral, a matéria terá sido eleita para ser apreciada no mérito pelo plenário do STF. Isto porque são necessários votos de 2/3 (dois terços) dos Ministros – oito integrantes – para a declaração de *ausência* de repercussão geral. Frise-se, por oportuno, que a presunção relativa (*juris tantum*) é de que todas as matérias possuem repercussão geral, salvo quando a maioria qualificada do colegiado negar.

Somente após a apreciação da matéria pelo plenário virtual é que cada Ministro do STF, monocraticamente, pode aplicar o entendimento sufragado no colegiado aos casos subsequentes, seja no caso de se reconhecer a existência, seja no caso de inexistência da repercussão geral da matéria.

Para “salvar” o dispositivo celetista do vício de inconstitucionalidade (por violação frontal ao princípio da isonomia e da colegialidade, ambos de envergadura constitucional), é possível nos utilizarmos de uma interpretação

25 “§ 2º Poderá o relator, monocraticamente, denegar seguimento ao recurso de revista que não demonstrar transcendência, cabendo agravo desta decisão para o colegiado.”

conforme para aplicar o artigo apenas na hipótese em que o órgão fracionário competente (SDI-1 do TST) já houver decidido previamente acerca da existência ou não de transcendência. Após a decisão da SDI-1 sobre a transcendência é que o Ministro Relator do novo caso sob julgamento na Turma poderá realizar o cotejo entre a matéria trazida no recurso excepcional e a matéria que se alega possuir transcendência julgada anteriormente na Seção Especializada.

Em outras palavras, quando o Recurso de Revista chega ao TST, o debate travado na Turma deve se limitar à aferição de *distinguishing* entre a matéria do caso *sub judice* e a matéria que se alega possuir transcendência já analisada pela SDI-1. Caso o tema seja novo, o Relator não pode apreciar a transcendência; deve remeter os autos à eg. SDI-1 do TST.

6 – Consequências da criação da transcendência do recurso de revista

Não há como negar que a criação da transcendência dará ao TST grande poder de escolha, como se fosse um ato político ou um ato administrativo discricionário, de quais matérias serão apreciadas, tal como já vem ocorrendo com a repercussão geral no recurso extraordinário. Embora o STF apresente fundamentação sucinta quanto à existência ou não de repercussão geral, não há possibilidade de recurso contra essa decisão, o que confere ampla margem de liberdade política ao STF na definição de quais matérias serão submetidas a julgamento.

A meu ver, não há mal nisso. Conforme lembrado por Marinoni e Mitidiero²⁶, o poder que se confere às Supremas Cortes de seleção das causas que serão por elas julgadas é assunto eminentemente político, e assusta mais os países de tradição romano-germânica, como é o caso brasileiro, do que países ligados à família da *common law*, como é o caso dos Estados Unidos da América. A Suprema Corte norte-americana não precisa justificar a escolha das (pouquíssimas, diga-se de passagem, menos de 100) causas que irá julgar durante o ano. Não me consta que haja quem denuncie o suposto autoritarismo da Suprema Corte norte-americana por conta dessa política judiciária.

No atual estágio de asoberbamento processual do Poder Judiciário brasileiro em todas as instâncias, do que não escapa a Justiça do Trabalho, devemos reservar às instâncias superiores o julgamento e apreciação *apenas* de causas realmente relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, e que transcendam os interesses exclusivos das partes, desde que dentro da capacidade humana do tribunal de apreciá-las adequadamente. Tais conceitos

26 MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Repercussão geral no recurso extraordinário*. São Paulo. RT, 2007. p. 30.

jurídicos indeterminados – relevância e transcendência – somente poderão ser concretizados pelo próprio Tribunal Superior, na análise de cada nova matéria que chegar ao Tribunal, a fim de definir quais delas têm a relevância/transcendência necessária para serem apreciadas por um tribunal superior.

É bem verdade que a instituição da transcendência para o recurso de revista encontraria resistências por parte de advogados receosos em relação à qualidade atual da prestação jurisdicional dos tribunais de origem no âmbito da Justiça do Trabalho. Afinal, os acórdãos proferidos pelos tribunais regionais do trabalho passarão a ter caráter definitivo de mérito em grande parte dos casos.

Não é novidade que encontramos inúmeras decisões mal fundamentadas nas instâncias ordinárias trabalhistas, que não analisam pormenorizadamente os fatos e fundamentos trazidos pelas partes, negligenciando a importância de se tratar de uma instância soberana na análise de fatos e provas que proferirá, portanto, a última palavra quanto ao conjunto fático-probatório da demanda. Igualmente numerosas são as decisões judiciais de instância ordinária prolatadas em flagrante confronto com súmulas ou jurisprudência dominante dos tribunais superiores.

Por outro lado, não podemos inverter os papéis constitucionais e legalmente atribuídos a cada instância decisória na estrutura judiciária. Como se sabe, é cada vez maior o movimento doutrinário e legislativo de afastar da instância superior a função de revisora ou de mera correção de decisões judiciais, conferindo-a a função exclusiva de uniformizar o direito, pacificando divergências jurisprudenciais. Há uma mutação em curso, imposta, inicialmente, pela própria realidade que nos assola (assoberbamento do Judiciário, instabilidade jurisprudencial, decisões diferentes para casos iguais).

Caberá, portanto, ao Tribunal Superior se debruçar exclusivamente sobre o debate de teses jurídicas a fim de informar à sociedade qual a interpretação possível de tal ou qual norma jurídica ou acordo/convenção coletiva de trabalho nacional. Para limitarmos nossos exemplos às matérias trabalhistas, o que importa é saber se o empregado pode acumular o adicional de periculosidade e de insalubridade; se cabe o pagamento de indenização por danos morais por revista íntima em bolsas e sacolas dos empregados; se o sábado dos bancários pode ser considerado repouso semanal remunerado e em quais hipóteses, entre tantas outras.

Permitir que um Tribunal Superior despenda sua energia e tempo julgando milhares de recursos sob o fundamento pouco científico de que as instâncias ordinárias não julgam corretamente significa não só, como dito, inverter os papéis institucionais de cada tribunal, como também crer na ilusão de que o TST consegue julgar, com qualidade, todos os milhares de processos que lá chegam

anualmente. O modelo atual está falido, isso é evidente, e é preciso pensar medidas de racionalização do sistema judiciário, como foi o caso da regulamentação da transcendência no recurso de revista. O que tem ocorrido atualmente é que a Corte Superior não consegue dar conta de uniformizar sua jurisprudência, nem exerce eficientemente o papel de revisora das causas ordinárias, dada a quantidade de processos e recursos pendentes. Nem uma coisa nem outra.

Não podemos deixar de avançar rumo a um sistema judicial mais racional, de pacificação de teses jurídicas por parte dos Tribunais Superiores, por conta de uma mera desconfiança nos tribunais locais e regionais. A partir da instituição de repercussão geral/ transcendência nos recursos excepcionais, notadamente no Recurso de Revista, e da pacificação de cada vez mais matérias repetitivas de âmbito nacional, a margem de “erro” (consubstanciado na quebra da isonomia ao dar soluções diferentes a pessoas na mesma situação de fato e de direito) dos Tribunais ordinários diminuirá naquelas matérias já pacificadas, o que também diminui a chance de decisões de má qualidade. A instância ordinária envidará seus esforços na replicação adequada das teses jurídicas firmadas no TST aos casos concretos repetitivos e na resolução dos novos casos concretos que ainda não foram objeto de pacificação de tese jurídica. O TST, por sua vez, envidará seus esforços na escolha e julgamento das matérias mais relevantes para a sociedade, de modo que o resultado (a tese jurídica firmada) seja o mais claro possível para todos os destinatários em tempo razoável.

No entanto, é bom que se diga, não sustento que devemos “apostar todas as fichas” na regulamentação da transcendência no Recurso de Revista como a panaceia de todos os males. Embora seja um eficiente instrumento e mereça ser implementado com alguma urgência, não bastará, por si só, para atingir a finalidade maior de conter a explosão de demandas que afoga o Judiciário nacional e de conferir mais qualidade às decisões proferidas.

Merece menção, nesse sentido, ao lado da transcendência no recurso de revista, outro importante instrumento de racionalização do sistema judiciário trabalhista: o incidente de recurso de revista repetitivo, instaurado quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito. Recentemente editado pela Lei nº 13.015/2014, foi regulamentado pela Instrução Normativa nº 38/2015 do TST. Interessante notar que a decisão no incidente terá eficácia vinculante para todos os juízes e tribunais, desafiando o ajuizamento de reclamação em caso de descumprimento da tese firmada. Representará grande evolução para a funcionalidade do TST e para o seu papel de Corte uniformizadora.

Ressalte-se que não compactuo, todavia, com qualquer medida de restrição do acesso à justiça a fim de conter o aumento da litigiosidade e o aumento de

recursos nos tribunais. Em nosso país, seria medida flagrantemente inconstitucional. Não há como dificultar ou restringir o acesso à justiça do jurisdicionado, uma vez que constituiu decisão política do constituinte franquear ao jurisdicionado a possibilidade de levar a juízo toda e qualquer violação ou ameaça a seu direito (art. 5º, XXXV, da CRFB/88), mesmo sem condições de arcar com os custos para tanto (arts. 5º, LXXIV, e 134, da CRFB/88). Afigura-se, portanto, “impossível instalar um mecanismo controlador de acesso ao Judiciário. (...) O livre acesso ao Judiciário é o objetivo social”²⁷.

Não é defensável, também, a adoção de medidas de “jurisprudência defensiva”²⁸, que, em verdade, retratam uma grave disfunção do Poder Judiciário. Para “consertar” um problema (a explosão de recursos repetitivos), acabam por criar outros (violação da isonomia entre recorrentes, cerceamento de defesa, violação ao acesso à justiça e ao duplo grau de jurisdição, além de perda de credibilidade do Judiciário).

Por tudo isso, a regulamentação da transcendência no Recurso de Revista, na esteira do que reza o princípio da primazia do mérito encampado pelo CPC/2015²⁹ contribuirá para deixar no passado os resquícios de “jurisprudência defensiva” e de formalismo processual excessivo que desvirtua as finalidades da prestação jurisdicional e do devido processo legal, uma vez que poderá o TST até mesmo superar eventuais óbices processuais para analisar o mérito do recurso representativo da controvérsia que será levado a julgamento em transcendência³⁰, o que já representa uma nova concepção do processo.

7 – Conclusão

Sem ignorar que o Tribunal Superior do Trabalho necessita de uma estabilização urgente de sua jurisprudência oscilante³¹ a fim de conferir maior previsibi-

27 GICO Jr., Ivo Teixeira. *A tragédia do Judiciário*: subinvestimento em capital jurídico e sobreutilização do Judiciário. Disponível em: <https://works.bepress.com/ivo_teixeira_gico_junior/53/>. Acesso em: 22 mar. 2017.

28 A expressão é utilizada para denominar um comportamento excessivamente formalista e reiterado dos tribunais consubstanciado na inadmissão ou não conhecimento de recursos sob o pretexto de esbarrarem em óbices processuais com grande margem de subjetividade (p.ex., o prequestionamento, a demonstração de divergência específica entre julgados do mesmo tribunal, eventual confronto do julgado recorrido com súmula de tribunal superior, etc.)

29 Vide arts. 932, parágrafo único, 976, § 3º, e 1.029, § 3º.

30 Mais importante do que o recurso a ser julgado é a tese jurídica que dele será extraída com seus fundamentos determinantes, o que se conhece como *ratio decidendi* ou *holding*.

31 Um bom exemplo, entre outros, da instabilidade jurisprudencial no TST ocorreu no dia 13.10.2016, quando a SDI-1 no E-RR 1072-72.2011.5.02.0384, acolheu a tese da inacumulabilidade dos adicionais de periculosidade e insalubridade: “por unanimidade, conhecer do recurso de embargos, por divergência

lidade aos trabalhadores e empresas sobre como atuar nas relações trabalhistas, a implementação do requisito da transcendência para o recurso de revista é medida que colabora para o aumento da credibilidade da Justiça do Trabalho e vem em consonância com a política judiciária dos demais tribunais superiores. Ela significará reforçar a função primordial do Tribunal Superior do Trabalho de dar uniformidade às matérias que julgar de ampla repercussão jurídica, política, social ou econômica, dotando as decisões de eficácia vinculante, de modo que a Corte Superior Trabalhista possa sair de vez do “imenso varejo de miudezas”³² no qual está mergulhado.

Referências bibliográficas

FONTE, Felipe de Melo. *Jurisdição constitucional e participação popular: o Supremo Tribunal na era da TV Justiça*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

GICO Jr., Ivo Teixeira. *A tragédia do Judiciário: subinvestimento em capital jurídico e sobreutilização do Judiciário*. Disponível em: <https://works.bepress.com/ivo_teixeira_gico_junior/53/>. Acesso em: 22 mar. 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Repercussão geral no recurso extraordinário*. São Paulo. RT, 2007.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Nos bastidores do STF*. Rio de Janeiro: Forense. 2015. Cap. 3, item 3.3.3.1. Versão oficial digital sem numeração.

SCHAUER, Frederick. Precedente. In: DIDIER Jr., Fredie (Org.) et. al. *Precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2016. v. 3.

SOUZA, José Pedro de Camargo Rodrigues de. *Apontamentos sobre a transcendência do recurso de revista*. Dissertação de Mestrado. USP. 2011. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2138/tde-31052012-154840/pt-br.php>>. Acesso em: 14 ago. 2017.

STRECK, Lênio. No naufrágio jurídico, quem os tubarões comerão primeiro? Há critérios? *Conjur*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-jun-08/senso-incomum-naufragio-juridico-quem-tubaroes-comerao-primeiro-criterios>>. Acesso em: 20 ago. 2017.

Recebido em: 16/05/2018

Aprovado em: 14/06/2018

jurisprudencial e, no mérito, por maioria, dar-lhe provimento para excluir da condenação a possibilidade de acúmulo dos dois adicionais”. Ocorre que o mesmo órgão uniformizador (SDI-1) no E-ARR 1081-60.2012.5.03.0064, julgado meses antes, em 28/04/2016, acolheu a tese contrária no sentido da possibilidade de acumulação dos adicionais de periculosidade de insalubridade, *in verbis*: “Uma vez caracterizadas e classificadas as atividades, individualmente consideradas, como insalubre e perigosa, nos termos do art. 195 da CLT, é inarredável a observância das normas que asseguram ao empregado o pagamento cumulativo dos respectivos adicionais – arts. 192 e 193, § 1º, da CLT. Trata-se de entendimento consentâneo com o art. 7º, XXIII, da Constituição Federal de 1988”. A matéria foi submetida posteriormente ao Incidente de Recurso de Revista Repetitivo e aguarda julgamento.

32 A expressão foi utilizada pelo Ministro Luís Roberto Barroso do Supremo Tribunal Federal para caracterizar a realidade atual do seu tribunal, notadamente a seleção equivocada de causas para serem julgadas em repercussão geral. A máxima também vale para o Tribunal Superior do Trabalho.

NEGOCIAÇÃO COLETIVA NO DESPORTO BRASILEIRO

COLLECTIVE NEGOTIATION IN BRAZILIAN SPORTS

Fabício Trindade de Sousa*

RESUMO: O presente estudo se presta a analisar os aspectos gerais da negociação coletiva e sua aplicação aos contratos de trabalho de atletas profissionais. Com a ousadia de fomentar a reflexão sobre a quebra de alguns paradigmas sobre o tema, pretende, ao fim e ao cabo, fortalecer o instrumento da negociação coletiva como ferramenta efetiva de disciplina das relações trabalhistas entre empregados e empregadores.

PALAVRAS-CHAVE: Desporto. Contratos de Trabalho. Negociação Coletiva. Efetividade das Relações Trabalhistas entre Empregados e Empregadores.

ABSTRACT: *The present study lends itself to analyzing the general aspects of collective bargaining and its application to the work contracts of professional athletes. With the daring to encourage reflection on the breakdown of some paradigms on the subject, it aims, after all, to strengthen the instrument of collective bargaining as an effective tool for the discipline of labor relations between employees and employers.*

KEYWORDS: *Brazilian Sports. Collective Negotiation. Employment Contracts.*

1 – Aspectos gerais da negociação coletiva

A negociação coletiva no ordenamento jurídico brasileiro possui amparo constitucional, conforme disciplinam os arts. 7º e 8º e seus respectivos incisos¹, revelando-se como fonte de direito e meio alternativo para a solução de conflitos trabalhistas.

* Advogado, formado em Direito pela Associação de Ensino Unificado do Distrito Federal (UDF); formado em Administração de Empresas pela Universidade de Brasília (UnB); pós-graduado em Processo Civil pelo ICAT-UDF e em Direito e Processo do Trabalho pelo IESB/DF; membro fundador da Academia Nacional de Direito Desportivo (ANDD) – Cadeira nº 09; foi professor voluntário do Departamento de Direito da Universidade de Brasília (Disciplina: Legislação Social); autor do livro: “A evolução do futebol e das normas que o regulamentam: aspectos trabalhistas-desportivos” e de diversos artigos em revistas especializadas; em 2013 foi agraciado com a Ordem do Mérito de Dom Bosco do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região, no Grau Comendador; sócio do escritório Amorim, Trindade e Kanitz Advogados.

1 “Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

(...)

VI – irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo;

(...)

DOCTRINA

A Organização Internacional do Trabalho – OIT consagra e estimula a negociação coletiva como ferramenta de regulação das condições de emprego. Neste particular, a Ministra do TST, Kátia Magalhães Arruda, destaca as seguintes ementas do Comitê de Liberdade Sindical²:

“880. Deveria *ser estimulado e fomentado* entre empregadores e organizações de empregadores, de um lado, e organizações de trabalhadores, de outro, o pleno desenvolvimento *e uso de procedimentos de negociação voluntária, com o objetivo de regulamentar, por meio de contratos coletivos, as condições de emprego.*”

881. O direito de *negociar livremente com os empregadores as condições de trabalho constitui elemento essencial da liberdade sindical*, e os sindicatos deveriam ter o direito, mediante negociações coletivas ou por outros meios lícitos, *de procurar melhorar as condições de vida e de trabalho de seus representados, enquanto as autoridades públicas devem abster-se de intervir, de forma que este direito seja restringido ou seu legítimo exercício impedido.* Essa intervenção violaria o princípio de que as organizações de trabalhadores e empregadores deveriam ter o direito de organizar suas atividades e formular seu programa.” (grifamos)

Denota-se, portanto, que tanto no âmbito interno (Constituição Federal), quanto na esfera internacional, a negociação coletiva é exaltada e celebrada

XIII – duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho;

XIV – jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, salvo negociação coletiva;

(...)

XXVI – reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho;

(...)

Art. 8º É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte:

(...)

III – ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas;

(...)

VI – é obrigatória a participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho;”

- 2 **Trecho extraído do capítulo “A negociação coletiva à luz das diretrizes lançadas nas decisões do Comitê de Liberdade Sindical da OIT”**, do livro *Conciliação Judicial, Individual e Coletiva e Formas Extrajudiciais de Solução dos Conflitos Trabalhistas* – Homenagem ao Ministro Antonio José de Barros Levenhagen – Coordenação de Adriana Campos de Souza Freire Pimenta e Ana Paula Pellegrina Lockmann. São Paulo: LTr, 2014. p. 207 – com referência a “O direito coletivo, a liberdade sindical e as normas internacionais. A liberdade sindical – recopilação de decisões e princípios do comitê de liberdade sindical do Conselho de Administração da OIT. São Paulo: LTr, 2013. v. II. p. 213”.

como ferramenta útil e própria para o regramento das relações de emprego no âmbito das mais diversas categorias profissionais.

José D'Assunção Barros³, em seu livro *A Expansão da História*, entre outros aspectos, pontua o “fenômeno da hiperespecialização”, destacando:

“O primeiro fator que contribuiu para incrementar a multiplicação de campos e subcampos de saber foi certamente o fenômeno da ‘especialização’. Ao antigo modelo do homem de letras ou do filósofo que, à época do Iluminismo, frequentava vários campos de saber com igual desenvoltura, a contemporaneidade parece ter oposto não apenas a figura do intelectual especializado em um único campo da atuação, como também a figura do especialista em uma modalidade específica dentro de cada campo do saber, ou mesmo em uma temática única. A figura do especialista – por oposição às figuras do generalista ou à do pensador polivalente – parece ter se afirmado com especial vigor ao receber um significativo estímulo das instituições e do mercado cultural no mundo contemporâneo.”

A especialização de atividades, profissões e/ou tarefas é notória. Trata-se de fenômeno irreversível e salutar para o convívio social. No campo do Direito, carrega em si a necessidade de uma legislação também especializada, atenta às particularidades e especificidades distintivas de cada profissão, sob pena de ser ignorada pelas relações sociais vigentes, uma vez que uma ordem normativa perde sua validade quando a realidade não mais corresponde a ela⁴.

A constante e exponencialmente crescente especialização das mais diversas atividades laborais é campo fértil para a denominada autonomia privada coletiva, *poder social que fundamenta a liberdade sindical e o processo negocial, cuja dimensão importa no reconhecimento de importante fonte de produção normativa não estatal e cujo valor constitui base da reconstrução democrática das relações de trabalho, em oposição aos modelos corporativistas e socialistas*⁵.

Autonomia que não poder ser restringida, em absoluto, sob pena de vulneração do princípio da liberdade sindical, tal como também defendido

3 BARROS, José D'Assunção. *A expansão da história*. Petrópolis: Vozes, 2013. (Edição Digital)

4 KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 176.

5 GONÇALVES, Lilian. *Ultratividade das cláusulas coletivas*. São Paulo: LTr, 2008. p. 59 – citando: NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Teoria geral do direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1998. p. 124-125.

pelo Comitê de Liberdade Sindical da OIT, destacando-se, no particular, as Ementas 999, 1000 e 1001⁶:

“999. Em qualquer hipótese, *qualquer limitação à negociação coletiva por parte das autoridades deveria ser precedida de consultas com as organizações de trabalhadores e de empregadores, na busca da concordância de ambas as partes.*

1000. Num caso em que o Governo havia recorrido em reiteradas ocasiões, ao longo de uma década, a limitações legais à negociação coletiva, o Comitê observa *que a repetida utilização de restrições legislativas à negociação coletiva só pode ter, em longo prazo, influência prejudicial e desestabilizadores das relações profissionais, uma vez que priva os trabalhadores de um direito fundamental e de um meio para defesa e promoção de seus interesses econômicos e sociais.*

1001. Os órgãos de Estado *não deveriam intervir para modificar o conteúdo das convenções coletivas livremente pactuadas.*” (grifamos)

Daí porque injustas as críticas à alteração do art. 8º e criação do art. 611-A, ambos da CLT, por força da Lei nº 13.467/2017⁷, ao preceituar que no exame de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, a Justiça do Trabalho analisará exclusivamente a conformidade dos elementos essenciais do negócio jurídico, respeitado o disposto no art. 104 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), e balizará sua atuação pelo princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva.

6 *Idem* referência de nº 2, p. 211.

7 “Art. 8º (...)

§ 3º No exame de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, a Justiça do Trabalho analisará exclusivamente a conformidade dos elementos essenciais do negócio jurídico, respeitado o disposto no art. 104 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), e balizará sua atuação pelo princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva. (NR)

(...)

Art. 104. A validade do negócio jurídico requer:

I – agente capaz;

II – objeto lícito, possível, determinado ou determinável;

III – forma prescrita ou não defesa em lei.

(...)

Art. 611-A. A convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho têm prevalência sobre a lei quando, entre outros, dispuserem sobre:

(...)

§ 1º No exame da convenção coletiva ou do acordo coletivo de trabalho, a Justiça do Trabalho observará o disposto no § 3o do art. 8o desta Consolidação.

§ 2º A inexistência de expressa indicação de contrapartidas recíprocas em convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho não ensejará sua nulidade por não caracterizar um vício do negócio jurídico.”

DOCTRINA

No mesmo sentido, com todo respeito, não subsiste a restrição defendida por alguns autores no sentido de que “somente pode ser objeto de negociação coletiva no direito desportivo trabalhista a) as normas coletivas que confirmam vantagens superiores ao patamar mínimo de direitos conferidos aos atletas profissionais pela Lei nº 9.615/98; b) as normas coletivas que flexibilizem direitos de indisponibilidade relativa”⁸.

Data máxima vênia, além de tal posicionamento conflitar com a alteração do art. 8º da CLT e com as orientações emanadas da OIT, já destacados, é certo que parte da premissa de que os Sindicatos de Trabalhadores não possuem condições de representar os empregados de sua respectiva categoria. Premissa afastada pelo art. 8º da Constituição Federal e pelo entendimento consagrado pelo Supremo Tribunal Federal.

Quanto ao último, merece análise o entendimento consagrado no exame do RE 590.415/SC. Vale destacar, aqui, importante passagem do voto do relator, Ministro Luís Roberto Barroso, a respeito da valorização das negociações coletivas, *na linha de tendência mundial de autocomposição*:

“Na negociação coletiva, o poder econômico do empregador é contrabalançado pelo poder dos sindicatos, que têm poder social, de barganha, de mobilização, estabilidade sindical e o direito de greve. A autonomia dos trabalhadores não se encontra sujeita ao mesmo grau de proteção.”

Tal entendimento foi ratificado pelo saudoso Ministro Teori Zavascki, em decisão proferida nos autos RE 895.759, validando a negociação coletiva de pagamento ou supressão das horas *in itinere*:

“(…) O acórdão recorrido não se encontra em conformidade com a *ratio* adotada no julgamento do RE 590.415, no qual esta Corte conferiu especial relevância ao princípio da autonomia da vontade no âmbito do direito coletivo do trabalho. Ainda que o acordo coletivo de trabalho tenha afastado direito assegurado aos trabalhadores pela CLT, concedeu-lhe outras vantagens com vistas a compensar essa supressão. Ademais, a validade da votação da Assembleia Geral que deliberou pela celebração do acordo coletivo de trabalho não foi rechaçada nesta demanda, razão pela qual se deve presumir legítima a manifestação de vontade proferida pela entidade sindical.

8 VEIGA, Maurício de Figueiredo Corrêa. *Manual de direito do trabalho desportivo*. São Paulo: LTr, 2016. p. 188 – Citação ao artigo intitulado *A Negociação Coletiva no Contrato Desportivo*, de autoria de Fábio Goulart Villela.

DOCTRINA

Registre-se que a própria Constituição Federal admite que as normas coletivas de trabalho disponham sobre salário (art. 7º, VI) e jornada de trabalho (art. 7º, XIII e XIV), inclusive reduzindo temporariamente remuneração e fixando jornada diversa da constitucionalmente estabelecida. Não se constata, por outro lado, que o acordo coletivo em questão tenha extrapolado os limites da razoabilidade, uma vez que, embora tenha limitado direito legalmente previsto, concedeu outras vantagens em seu lugar, por meio de manifestação de vontade válida da entidade sindical (...)

Portanto, por qualquer ângulo que se examine a controvérsia, outra não pode ser a conclusão senão da consagração da autonomia da vontade coletiva, cabendo ao Poder Judiciário apenas e tão somente intervir quando ausentes os pressupostos de validade do negócio jurídico, mormente no que tange à manifestação de vontade e à observância do Princípio da boa-fé, que deve balizar a negociação coletiva para elaboração formal e a efetivação do instrumento negociado.”⁹

A atividade profissional desportiva possui características próprias, peculiares, inaplicáveis em outras searas profissionais, sendo inclusive objeto de legislação trabalhista específica, mormente no que se refere aos atletas profissionais de futebol. Logo, guarda em si os pressupostos necessários à adoção da negociação coletiva como ferramenta efetiva de solução dos diversos conflitos de natureza trabalhista, sendo lamentável constatar sua quase inaplicabilidade no esporte brasileiro.

Neste particular, omissa a Lei Pelé, que só trata da matéria ao disciplinar a hipótese de arbitragem e da vedação da intervenção de terceiros na relação/contratos entre clubes e atletas profissionais¹⁰.

9 *Idem* referência de nº 2, p. 208.

10 “Art. 27-B. São nulas de pleno direito as cláusulas de contratos firmados entre as entidades de prática desportiva e terceiros, ou entre estes e atletas, que possam intervir ou influenciar nas transferências de atletas ou, ainda, que interfiram no desempenho do atleta ou da entidade de prática desportiva, exceto quando objeto de acordo ou convenção coletiva de trabalho.
(...)”

Art. 90-C. As partes interessadas poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis, vedada a apreciação de matéria referente à disciplina e à competição desportiva. (Incluído pela Lei nº 12.395, de 2011).

Parágrafo único. A arbitragem deverá estar prevista em acordo ou convenção coletiva de trabalho e só poderá ser instituída após a concordância expressa de ambas as partes, mediante cláusula compromissória ou compromisso arbitral. (Incluído pela Lei nº 12.395, de 2011)”

2 – Enquadramento sindical do atleta profissional

Em que pese a Constituição Federal consagrar a liberdade sindical, o fez de forma mitigada, subsistindo os critérios de unicidade e do enquadramento por categoria.

É certo que tal aspecto impacta na legítima representação dos trabalhadores, entretanto, partindo da premissa de que no âmbito desportivo a negociação se dará em sede de acordo coletivo, ou seja, sindicato profissional e empresas/clubes empregadores, é possível mitigar tal limitação de liberdade de representação sindical mediante a participação direta dos empregados nas assembleias para deliberação e votação dos temas objeto de negociação.

Ademais, a Lei nº 13.467/2017 trouxe importante inovação consubstanciada na possibilidade de formalização de comissão de empregados, ainda que o critério de “mais de duzentos empregados” praticamente inviabilize sua aplicação no âmbito desportivo. Entretanto, o conceito é salutar, sendo plenamente viável que os atletas se organizem em comissão e submetam ao sindicato profissional suas demandas.

Daí porque pedimos licença para não nos aprofundar na celeuma inerente aos efeitos da liberdade sindical em face da manutenção do critério da unicidade e do enquadramento por categoria, mormente considerando que não impactará nos benefícios oriundos da negociação coletiva no âmbito do direito desportivo do trabalho.

A CLT, nos §§ 1º e 2º do art. 511¹¹, define o critério de enquadramento sindical com base na mesma categoria, econômica e profissional. Eventuais dúvidas sobre o enquadramento sindical são resolvidas pelos próprios interessados, inclusive mediante judicialização do conflito.

O enquadramento do empregador se dá pela sua atividade preponderante, conforme disciplina dos arts. 570 e 581 da CLT¹². Regra geral, no Brasil, aplica-

11 “§ 1º A solidariedade de interesses econômicos dos que empreendem atividades idênticas, similares ou conexas, constitui o vínculo social básico que se denomina categoria econômica.

§ 2º A similitude de condições de vida oriunda da profissão ou trabalho em comum, em situação de emprego na mesma atividade econômica ou em atividades econômicas similares ou conexas, compõe a expressão social elementar compreendida como categoria profissional.”

12 “Enquadramento sindical. *Telemarketing*. Empresa especializada em recuperação de crédito que, para desenvolver sua atividade, estrutura *call center* próprio, não se converte em empresa de *telemarketing*. O enquadramento sindical respeita a atividade preponderante da empresa. Inteligência dos arts. 570 e 581, § 2º, da CLT.” (TRT da 2ª R., 6ª T., Proc. 20060233642, Rel. Rafael E. Pugliese Ribeiro, Ac. 20060622282, j. 15.08.06)

se o denominado paralelismo sindical, que determina que o enquadramento do empregado acompanhe o enquadramento do empregador. Ilustrativamente:

“O direito positivo pátrio historicamente adota o critério do paralelismo simétrico para a organização sindical, assim, no polo oposto ao sindicato de empregadores identifica-se o sindicato de empregados.” (TRT da 1ª R., 5ª T., Proc. 01420-2003-062-01-00-5, Rel. Alexandre de Souza Agra Belmonte, j. 08.09.04)¹³

“O enquadramento sindical do trabalhador se faz em função da atividade econômica preponderante do empregador, conforme interpretação dos arts. 511, § 2º, 570 e 581 § 2º, da CLT.” (TRT da 2ª R., 2ª T., Proc. 20050173787, Relª Maria Aparecida Pellegrina, Ac. 20060330788, j. 11.05.06)¹⁴

Em rápida pesquisa no sítio do IBGE é possível identificar o CNAE (código de atividades econômicas) 9312-3/00 “Clubes Sociais, Esportivos e Similares”, com a indicação de pelo menos mais 10 (dez) subdivisões, envolvendo as modalidades de basquete, boxe, bridge, futebol (profissional ou não), golfe, regatas, remo, vôlei, voo e esportivo¹⁵.

Exceção à regra do enquadramento sindical em função da atividade preponderante do empregador envolve a categoria diferenciada, objeto do § 3º do art. 511 da CLT, caracterizada por empregados que exerçam profissões ou funções diferenciadas por força de estatuto profissional especial ou em consequência de condições de vida singulares. Segundo Mauricio Godinho Delgado¹⁶, “o enquadramento sindical realizado, administrativamente, pelo Ministério do Trabalho e Emprego foi considerado inconstitucional, desde a Carta de 1988. Portanto, os sindicatos de categorias diferenciadas, hoje, no Brasil, organizam-se a partir, por exemplo, da existência de lei específica regulando o funcionamento da profissão, não prevalecendo, mais, simplesmente, o antigo critério administrativo”.

13 DORJ de 18.10.04, p. III, s. II, Federal. Cf. ainda: “A categoria profissional abrange todos os trabalhadores que trabalhem para um mesmo empregador ou para uma mesma atividade econômica, em face da semelhança de suas condições de vida. De acordo com o paralelismo sindical, para cada sindicato de categoria econômica deverá haver um correspondente sindicato, paralelo, da categoria profissional” (TRT da 1ª R., 2ª T., RO 00005377920135010521/RJ, Relª Vólia Bomfim Cassar, j. 30.04.2014, DJ 12.05.2014)

14 DJ 30.05.06.

15 Disponível em: <<https://cnae.ibge.gov.br/?view=subclasse&tipo=cnae&versao=9&subclasse=9312300>>. Acesso em: 20 set. 2017.

16 DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2008. p. 1.218.

Os atletas profissionais possuem estatuto profissional especial, também conhecida como Lei Pelé, sem prejuízo de legislação esparsa, condição esta que os enquadra na condição de categoria diferenciada.

Portanto, os legitimados para implementação da negociação coletiva no âmbito do direito do trabalho desportivo são os sindicatos dos atletas profissionais (genérico) ou por modalidade de cada Estado ou município, sem prejuízo da atuação da Federação, conforme regras de hierarquia sindical disciplinadas na CLT. Lembrando, por oportuno, que o registro sindical é indispensável para conferir legitimidade ao Sindicato que representa os atletas objeto da negociação.

3 – Negociação coletiva no direito desportivo do trabalho

É possível afirmar, com baixo risco de erro, ser ponto pacífico na doutrina de Direito Material do Trabalho que a finalidade da negociação coletiva é prover os trabalhadores de “melhores condições de trabalho/emprego”, tendo como parâmetro mínimo o texto legal.

Data vênia, o conceito está distorcido. A lei, por definição, é abstrata, genérica, não abrangendo todas as hipóteses passíveis de inserção no âmbito de sua regulação e, não raras vezes, revela-se prejudicial ao trabalhador.

A essência da negociação coletiva é adequar a legislação vigente às particularidades e especificidades de determinada categoria, cabendo aos partícipes da negociação elegerem os pontos de aplicação da legislação e os que devem ser adaptados à realidade em que estão inseridos.

Maurício de Figueiredo Corrêa da Veiga cita em seu livro hipótese de negociação coletiva envolvendo redução do percentual de direito de arena, de “20%” (fixado em lei à época) para “10%”, mediante acordo coletivo firmado entre o Sport Club Ulbra e o Sindicato dos Atletas Profissionais do Rio Grande do Sul¹⁷, com vigência entre 2003 e 2005, que em sua cláusula 4.6.1 registrou “Fica convencionado que o direito de arena previsto no art. 42, § 1º, da Lei nº 9.615/98 relativo à autorização para negociar e autorizar a transmissão ou retransmissão de imagem de espetáculo ou eventos esportivos será pago através do Sindicato, na ordem de 10% (dez por cento). O pagamento efetuado através do sindicato não é integrativo da remuneração salarial para todos os efeitos legais”.

A jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho nos casos análogos, onde houve redução de direito fixado em lei, declarou a nulidade da avença coletiva, tendo como parâmetro que houve *redução ou piora* de direito legalmente previsto em lei.

17 VEIGA, Maurício de Figueiredo Corrêa. *Manual de direito do trabalho desportivo*. São Paulo: LTr, 2016. p. 188.

DOCTRINA

Ressalvando desconhecer os motivos norteadores da negociação coletiva em destaque, válido analisar a hipótese para o exercício de compreensão do conceito de “melhora” ou “piora” na condição de trabalho.

O percentual de direito de arena do atleta incide sobre valores recebidos pelo clube-empregador a título de captação, fixação, emissão, transmissão, retransmissão ou a reprodução de imagens, por qualquer meio ou processo, de espetáculo desportivo de que participe¹⁸.

Conforme matéria veiculada na ESPN¹⁹, os principais clubes do futebol brasileiro dependem da receita/base de cálculo do direito de arena para sua sobrevivência. Mesmo os clubes que possuem outras receitas, tal como o Palmeiras e o Atlético Paranaense, têm nos valores oriundos dos contratos de transmissão dos jogos o equivalente a 27% e 34% de suas receitas anuais. O quadro abaixo ilustra o resultado da pesquisa:

Histórico da participação da TV sobre a receita total – Em %

<i>Clubes</i>	<i>2012</i>	<i>2013</i>	<i>2014</i>	<i>2015</i>	<i>2016</i>
Flamengo	54%	41%	33%	36%	58%
Corinthians	43%	32%	42%	41%	47%
Palmeiras	30%	42%	33%	25%	27%
São Paulo	40%	20%	31%	25%	33%
Grêmio	37%	29%	29%	42%	62%
Atlético-MG	54%	31%	45%	46%	41%
Santos	45%	23%	36%	51%	50%
Fluminense	35%	46%	50%	37%	60%
Internacional	34%	20%	26%	25%	53%
Cruzeiro	43%	32%	30%	37%	55%
Vasco da Gama	40%	42%	56%	55%	77%
Atlético-PR	16%	30%	27%	19%	34%
Botafogo	38%	25%	30%	44%	63%
Bahia	44%	63%	59%	52%	75%
Vitória	65%	54%	60%	66%	81%
Coritiba	32%	33%	40%	44%	52%
Goiás	69%	55%	53%	50%	65%
Chapecoense	—	—	48%	54%	41%
Figueirense	42%	16%	44%	51%	59%

18 “Art. 42. Pertence às entidades de prática desportiva o direito de arena, consistente na prerrogativa exclusiva de negociar, autorizar ou proibir a captação, a fixação, a emissão, a transmissão, a retransmissão ou a reprodução de imagens, por qualquer meio ou processo, de espetáculo desportivo de que participem. (Redação dada pela Lei nº 12.395, de 2011).

§ 1º Salvo convenção coletiva de trabalho em contrário, 5% (cinco por cento) da receita proveniente da exploração de direitos desportivos audiovisuais serão repassados aos sindicatos de atletas profissionais, e estes distribuirão, em partes iguais, aos atletas profissionais participantes do espetáculo, como parcela de natureza civil. (Redação dada pela Lei nº 12.395, de 2011)”

19 Disponível em: <http://espn.uol.com.br/noticia/692698_estudo-palmeiras-e-o-time-da-serie-a-que-menos-depender-de-direitos-de-tv-no-orcamento>. Acesso em: 20 set. 2017.

DOCTRINA

Não é necessário maior esforço para imaginar o impacto da receita oriunda dos direitos de transmissão para o Sport Club Ulbra. Também não seria nenhum exagero imaginar que sem tal receita a participação do clube em competições poderia ser interrompida.

Logo, qual seria a melhor condição de emprego para os atletas empregados do Sport Club Ulbra, não jogar o campeonato ou reduzir o percentual de direito de arena de 20% para 10% e manter ativo seus contratos de trabalho com a participação nas competições?

O conceito de “melhor” e “pior” deve ser examinado à luz da realidade das partes, atletas e clubes-empregadores, que partindo da premissa/presunção de que negociaram de boa-fé, por certo que os ajustes convencionados refletem as melhores condições de trabalho, ainda que não observado o parâmetro fixado em lei.

Não se está aqui defendendo que a Lei não possa servir de parâmetro mínimo para balizar as negociações coletivas, mas apenas que tal parâmetro não pode ser absoluto, sob pena de desvirtuamento do conceito de “melhores condições de emprego”.

Em que pese não tratar especificamente da negociação coletiva, válido citar o acadêmico e Ministro do Tribunal Superior do Trabalho, Guilherme Caputo Bastos, quando exalta as particularidades do contrato de trabalho desportivo, chancelando os ensinamentos de João Leal Amado, para quem a relação de trabalho do praticante desportivo é uma relação eivada de especificidades, dotada de assinaláveis particularidades, é uma relação especial, peculiar, atípica, singular.

O acadêmico Marcos Ulhoa Dani, também se valendo do magistério de João Leal Amado, destaca que o regime jurídico do contrato de trabalho desportivo deve equilibrar a tutela do trabalho e a tutela do jogo, para que haja a promoção dos interesses do trabalhador e a preservação do interesse da competição, sendo esta particularidade a “causa mista” do contrato desportivo.

É sob tal enfoque que a busca por “melhores condições de trabalho” deve ser realizada no âmbito da negociação coletiva.

A Lei Pelé, tal como já destacado anteriormente, só trata da matéria ao disciplinar a hipótese de eleição da arbitragem como meio para solução de eventual conflito trabalhista e da vedação da intervenção de terceiros na relação/contratos entre clubes e atletas profissionais. A última hipótese, considerando as regras impostas pela FIFA, pode ser considerada como de probabilidade nula.

DOCTRINA

A Lei nº 13.467/2017, cuja vigência teve início em 11.11.2017, disciplinou, expressamente, as matérias em que a convenção e o acordo coletivo têm prevalência sobre a lei, bem como as matérias que não podem ser objeto de negociação coletiva.

Assim, houve substancial avanço nas possibilidades de negociação coletiva e, principalmente, na segurança jurídica dos participantes quanto aos efeitos das normas convencionadas.

A alteração legislativa resultou em apresentação de um rol de temas passíveis de negociação e outros temas cuja negociação é proibida. Os temas passíveis de negociação não estão exauridos no texto legal, apenas exemplificados, cabendo vinculação e/observância rígida apenas no que tange aos temas cuja negociação foi expressamente vetada.

Considerando o rol estampado no art. 611-A da CLT, no âmbito do direito desportivo, entendemos que os principais pontos passíveis de negociação coletiva envolvem a jornada de trabalho, a remuneração por produtividade e/ou desempenho individual.

No âmbito da jornada de trabalho, há vários temas que poderiam ser objeto de negociação coletiva, entre eles: a) parâmetros de “concentração”; b) compensação/banco de horas envolvendo uma pré-temporada com maior número de treinos e uma temporada mais dedicada aos jogos e alguns treinos táticos, com diminuição substancial na carga horária; c) períodos de deslocamentos em razão das viagens para partidas fora da sede do clube; d) distribuição de atletas do elenco conforme as competições que o clube disputa e a quantidade de jogos respectiva. Não é possível, por meio de negociação coletiva, alterar o calendário, prerrogativa da entidade de administração do desporto, mas é passível de negociação a estipulação de critérios de participação dos atletas nas referidas competições.

Já no âmbito da remuneração por produtividade e/ou desempenho individual, há negociação poderia abranger critérios de pagamento e a natureza jurídica de parcelas como “luvas”, “bicho” e outras premiações oriundas do desempenho dos atletas nas competições.

Trata-se de avanço a ser comemorado, entretanto, como soe acontecer com a legislação ordinária, ainda registra lacunas que impactam, por exemplo, na prática do futebol.

Neste particular, merece destaque a restrição inserida no art. 611-B da CLT, também oriunda da Lei nº 13.467/2017, no sentido de proibir a negociação coletiva de proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de

DOCTRINA

18 anos e de qualquer trabalho a menores de 16 anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de 14 anos.

No futebol, seja nos campeonatos nacionais (Estaduais, Brasileiro, Copa do Brasil) ou internacionais (Libertadores, Sul-Americana) é habitual realizar jogos com início às 21h45. Considerando o tempo de jogo e procedimentos para deixar o estádio, a atividade se encerra, em média, 0h30.

Trata-se de circunstância específica da atividade, sem a ingerência efetiva de empregadores ou empregados, uma vez que a definição dos jogos é responsabilidade da entidade de administração do desporto, e acarreta a proibição de trabalho de atletas profissionais maiores de 16 anos e menores de 18 anos.

Ilustrativamente, no último dia 07.09.2017, na final da Copa do Brasil, o Flamengo cometeu um ilícito trabalhista ao autorizar que o jogador Vinicius Júnior, de 17 anos, participasse da partida²⁰.

Não são raros, outrossim, jogos de outra modalidade que têm início antes das 22h00 mas adentram tal horário.

Não seria desproporcional, não razoável ou violador dos direitos fundamentais dos atletas profissionais menores de 18 anos e maiores de 16 anos permitir que o sindicato da categoria os representassem em negociação coletiva autorizando a participação nas competições que, no todo ou em parte, ocorrem em período noturno.

Também seria salutar para o direito do trabalho desportivo abranger, em sede de negociação coletiva, a regulação de direitos dos profissionais que atuam no desporto, adequando as prerrogativas de suas respectivas profissões aos parâmetros especiais de cada modalidade desportiva. Estariam abrangidos médicos, fisioterapeutas, nutricionistas, preparadores físicos, técnico e demais integrantes da comissão técnica.

Para tais profissões ocorreria fenômeno inverso, cabendo a iniciativa de negociação por parte dos clubes, perante os respectivos sindicatos laborais ou mediante provocação dos profissionais interessados. Considerando que cada Federação possui ao menos, em média, 10 clubes filiados na divisão principal, me parece haver demanda e/ou interesse que justifique a negociação coletiva.

Há um outro fator que poderia servir de incentivo ou desestímulo à negociação coletiva, conforme o comportamento adotado por eventual atleta profissional envolvido. Trata-se da prerrogativa disciplinada no parágrafo único

20 Disponível em: <<http://globoesporte.globo.com/rj/futebol/copa-do-brasil/jogo/07-09-2017/flamengo-cruzeiro/>>. Acesso em: 20 set. 2017.

do art. 444 da CLT, também pela Lei nº 13.467/2017, que autoriza a livre estipulação entre empregado e empregador, dos temas objeto do art. 611-A da CLT, com a mesma eficácia legal e preponderância sobre os instrumentos coletivos, no caso de empregado portador de diploma de nível superior e que perceba salário mensal igual ou superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social.

No âmbito do Futebol será mais difícil identificar atleta com formação em nível superior²¹, entretanto, nas outras modalidades desportivas, tal característica não é impossível ou de difícil implementação. Válido o registro, outrossim, do impacto que o acesso ao esporte pela educação (atletas oriundos de Universidades) traria na qualificação dos atletas para negociarem suas condições de trabalho de forma mais efetiva.

Em adição, fica a sugestão de que tal prerrogativa fosse objeto de alteração da Lei Pelé, com fixação apenas do critério de remuneração diferenciada, ainda que com parâmetros mais elevados. Assim, os atletas mais bem remunerados poderiam ser vetores de melhores condições de trabalho para os menos abastados, promovendo ajustes no contrato de trabalho no momento da negociação de sua contratação (oportunidade em que o clube possui maior interesse no atleta e está mais suscetível a flexibilizar determinadas exigências). O tratamento dispensado ao referido atleta pode e deve servir como base para eventual negociação coletiva, conferindo segurança jurídica para o clube e empregados.

É certo que uma postura negativa do atleta, cedendo a condições eventualmente mais rígidas em troca de retorno financeiro pode acontecer, entretanto, neste particular, o prejuízo seria exclusivo ao atleta, não podendo ser estendido aos demais integrantes da equipe.

4 – Conclusão

Conforme números do CNJ, a Justiça do Trabalho possui aumento exponencial no número de processos.

A Lei Pelé, Lei nº 9.615/98, inobstante suas diversas alterações até a presente data, não contempla a totalidade dos conflitos existentes entre atletas profissionais e seus clubes empregadores.

21 Segundo matéria do sítio globoesporte.com, de 07.06.2016, apenas 15 atletas da Série A tinham formação em nível superior. Disponível em: <<http://globoesporte.globo.com/futebol/brasileirao-serie-a/noticia/2016/06/graduados-da-bola-apenas-14-atletas-da-serie-alcancam-ensino-superior.html>>. Acesso em: 20 set. 2017.

DOCTRINA

Diante de tal cenário, irrefutável concluir que o desprezo pela negociação coletiva não beneficia clubes ou atletas, mas incentiva o aumento de conflitos baseado nas mais diversas interpretações da legislação vigentes.

O Supremo Tribunal Federal reconheceu a relevância e eficácia da negociação coletiva como instrumento de solução de conflitos trabalhistas e, principalmente, como mecanismo propiciador de melhores e mais adequadas condições de trabalho para as mais diversas categorias profissionais existentes. Trata-se, portanto, de ferramenta eficaz e de segurança jurídica garantida.

A realidade laboral do desporto guarda em si especificidades sanáveis apenas no âmbito das diversas modalidades, exigindo das partes envolvidas a busca por alternativas viáveis, não se podendo cogitar de qualquer restrição ou prejuízo para que se implemente a negociação coletiva no âmbito das relações trabalhistas-desportivas.

Referências bibliográficas

BARROS, José D'Assunção. *A expansão da história*. Petrópolis: Vozes, 2013. (Edição Digital)

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2008.

GONÇALVES, Lilian. *Ultratividade das cláusulas coletivas*. São Paulo: LTr, 2008.

KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LOCKMANN Ana Paula Pellegrina; PIMENTA Adriana Campos de Souza Freire (Coord.). *Conciliação judicial, individual e coletiva e formas extrajudiciais de solução dos conflitos trabalhistas*. Homenagem ao Ministro Antonio José de Barros Levenhagen. São Paulo: LTr, 2014.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Teoria geral do direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1998.

VEIGA, Maurício de Figueiredo Corrêa. *Manual de direito do trabalho desportivo*. São Paulo: LTr, 2016.

Recebido em: 10/06/2018

Aprovado em: 14/06/2018

A TEORIA DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA

THE DYNAMIC THEORY OF PROOF

Ricardo Souza Calcini*

RESUMO: O presente artigo trata do estudo da própria teoria geral da prova. Faz importantes considerações sobre ônus da prova, em especial sobre a regra geral de distribuição do ônus da prova e sua inversão. Discorre acerca do liame existente entre os poderes instrutórios do juiz e o momento da aplicação das regras de distribuição do ônus da prova. Analisa a teoria da carga dinâmica do ônus da prova, partindo-se de sua origem e definição. Aborda o direito fundamental do acesso à justiça. Faz referência à recepção da teoria da carga dinâmica pelo ordenamento jurídico brasileiro. Conclui com a abordagem da Reforma Trabalhista no tocante à carga dinâmica do ônus probatório.

PALAVRAS-CHAVE: Teoria da Carga Dinâmica do Ônus Probatório. Devido Processo Legal. Novo CPC de 2015. Reforma Trabalhista.

ABSTRACT: *The present article deals with the study of the general theory of proof itself. It makes important considerations about the burden of proof, especially on the general rule of distribution of the burden of proof and its inversion. It discusses the link between the investigating powers of the judge and the moment of application of the rules of distribution of the burden of proof. It analyzes the theory of the dynamic load of the burden of proof, starting from its origin and definition. It addresses the fundamental right of access to justice. It refers to the reception of the dynamic load theory by the Brazilian legal system. It concludes with the Labor Reform approach to the dynamic burden of evidentiary burden.*

KEYWORDS: *Theory of the Dynamic Load of the Burden of Proof. Access to Justice. New CPC 2015. Labor Reform.*

1 – Introdução

Do ponto de vista etimológico do termo, “ônus” significa obrigação, dever, encargo de alguém ou de uma das partes. Assim, ônus da prova significa o dever da parte de fazer prova de suas alegações.

A prova consiste em todo meio idôneo e moralmente legítimo de comprovar e demonstrar a existência de um fato¹. Assim, inexistente rol taxativo dos

* *Professor de pós-graduação e de cursos jurídicos; instrutor de treinamentos “In Company”; palestrante em eventos corporativos; mestrando em Direito do Trabalho pela PUC-SP; pós-graduado em Direito Processual Civil pela EPM do TJ/SP; especialista em Direito Social pela Universidade Presbiteriana Mackenzie; assessor de desembargador e professor da Escola Judicial no TRT/SP da 2ª Região; membro do IBDSJC, da ABDPC, do CEAPRO, da ABDPro, da ABDConst, do IDA e do IBDD.*

1 CPC: “Art. 369. As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz”.

meios de prova, a qual visa formar o convencimento do Magistrado, afetando sua forma de julgar. Possui íntimo liame com as garantias constitucionais do acesso à Justiça, do devido processo legal e do contraditório (art. 5º, XXXV, LIV e LV, da CF)².

A doutrina pátria define a prova em dois aspectos, sendo o primeiro de cunho objetivo, e o segundo de caráter subjetivo.

Sobre tal distinção, leciona Humberto Theodoro Júnior:

“Há, por isso, dois sentidos em que se pode conceituar a prova no processo: (a) objetivo, isto é, como instrumento ou meio hábil para demonstrar a existência de um fato (os documentos, as testemunhas, a perícia, etc.); (b) e outro subjetivo, que é a certeza (estado psíquico) originada quanto ao fato em virtude da produção do instrumento probatório. Aparece a prova, assim, como convicção formada no espírito do julgador em torno do fato demonstrado.”³

Quanto ao objetivo da prova, frisa-se que, em regra, essa se refere a fatos pertinentes e controvertidos do processo. Porém, salienta-se que algumas questões fáticas prescindem de prova, tais quais aquelas indicadas no art. 74 do CPC de 2015⁴. Ainda, com fulcro no axioma do *iuri novit curia*, a prova da existência de direito é excepcional, exigindo determinação do Juiz nesse sentido, como ocorre, por força da lei, nos casos de direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário⁵.

Ademais, é possível pontuar a existência de fases na questão probatória. A primeira consiste no pedido para sua produção; a segunda refere-se ao juízo de admissibilidade pelo Magistrado, que avaliará a pertinência desta; a terceira

2 CRFB: “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito; (...) LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

3 THEODORO Jr., Humberto. *Curso de direito processual civil*. 44. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v. 1. p. 456.

4 CPC: “Art. 374. Não dependem de prova os fatos: I – notórios; II – afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária; III – admitidos no processo como incontrovertidos; IV – em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade”.

5 CPC: “Art. 376. A parte que alegar direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário provar-lhe-á o teor e a vigência, se assim o juiz determinar”.

é a colheita da prova, que, em regra, ocorre na audiência (CPC, art. 449⁶ c/c o art. 852-H da CLT⁷); e, a quarta, se traduz na própria valoração probatória pelo Juiz ao decidir.

Fato é que o Julgador não pode se esquivar de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade em lei. Com isso, na falta de normas jurídicas particulares, o Magistrado aplicará as regras da experiência comum e da técnica, recorrendo à analogia, costumes e princípios gerais do direito (CPC, arts. 140⁸ e 375⁹).

Com efeito, é certo que em nosso ordenamento jurídico vigora a teoria do livre convencimento motivado, também denominada de persuasão racional, a qual se encontra prevista no art. 371 do CPC¹⁰. Entende-se ser a melhor teoria que concretiza os valores do devido processo legal e da ampla defesa, uma vez que o jurisdicionado deve conhecer os motivos determinantes da decisão.

Segundo tal sistemática, caberá ao Juiz dizer as razões pelas quais decidiu determinado litígio a ele submetido, em atenção ao comando do art. 93, IX, da CRFB¹¹. Assim, como não há hierarquia entre as provas, pode o Juiz dar preferência a uma prova em detrimento da outra, julgando de acordo com as provas constantes do processo, motivando, para tanto, a sua decisão.

Importante salientar que o CPC de 2015, no § 1º do seu art. 489, traz novas obrigações quanto à fundamentação da sentença, impondo ao Magistrado

6 CPC: “Art. 449. Salvo disposição especial em contrário, as testemunhas devem ser ouvidas na sede do juízo. Parágrafo único. Quando a parte ou a testemunha, por enfermidade ou por outro motivo relevante, estiver impossibilitada de comparecer, mas não de prestar depoimento, o juiz designará, conforme as circunstâncias, dia, hora e lugar para inquiri-la”.

7 CLT: “Art. 852-H. Todas as provas serão produzidas na audiência de instrução e julgamento, ainda que não requeridas previamente”.

8 CPC: “Art. 140. O juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico. Parágrafo único. O juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei”.

9 CPC: “Art. 375. O juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e, ainda, as regras de experiência técnica, ressalvado, quanto a estas, o exame pericial”.

10 CPC: “Art. 371. O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento”.

11 CRFB: “Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: (...) IX – todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação”.

que aprecie – tópico por tópico – todos os argumentos levantados pelas partes, ainda que absolutamente impertinentes, sob pena de nulidade¹².

Bem por isso, para o atingimento da verdade, necessário se faz que o Julgador, dentre outras questões, se atenha aos elementos de prova, a qual é verdadeiro instituto de natureza processual, e que tem por escopo formar a sua própria convicção no ato de julgar.

2 – Ônus da Prova Estático e o Novo CPC de 2015

No Código de Processo Civil de 1973, a incumbência do ônus da prova encontra-se delineada no art. 333, segundo o qual o ônus probatório era do autor em relação aos fatos constitutivos de seu direito; ao passo que o ônus se direcionava ao réu quanto à prova da existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo da pretensão do autor.

Note-se que esse parâmetro do CPC/73, que instituiu o chamado “ônus de prova estático”, foi mantido nos incisos do atual art. 373 do CPC/2015:

“Art. 373. O ônus da prova incumbe:

I – ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;

II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.”

A tal respeito, José Roberto dos Santos Bedaque traz as suas conceituações:

“*Fato constitutivo* é aquele que dá vida a uma vontade concreta da lei, que tem essa função específica e que normalmente produz esse efeito. *Extinto*, porque faz cessar essa vontade. *Impeditivo* é inexistência do fato que deve concorrer com o constitutivo, a fim de que ele produza normalmente seus efeitos; enquanto o fato constitutivo é a causa eficiente, o impeditivo é a ausência de uma causa concorrente.”¹³

12 CPC: “Art. 489. São elementos essenciais da sentença: (...) § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I – se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II – empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III – invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV – não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V – se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI – deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento”.

13 BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 5. ed. São Paulo: RT, 2011. p. 124.

Entretentes, o juiz, de ofício, poderá determinar a realização de provas que julgar necessárias à instrução do processo (CLT, art. 765¹⁴ c/c o art. 370¹⁵ do CPC). Essa permissão legal não deve suprir o ônus da prova das partes, mas, tão-somente, viabilizar a produção de novas provas a fim de auxiliar o Julgador na avaliação das provas que já se encontram nos autos.

E por decorrência direta dos seus poderes instrutórios, o Magistrado há de ter uma atuação intensa na produção das provas, as quais irão embasar, no momento adequado, a formação da sua convicção na prolação da prestação jurisdicional. Para tanto, quando for necessário, pode e deve o Magistrado inverter a sequência originária do encargo probatório, mantendo, assim, a efetiva justiça na distribuição do ônus da prova.

Importante salientar que, na avaliação da prova, o Juiz não deve aplicar o princípio *in dubio pro operario* (desdobramento do princípio protetor)¹⁶. Isso porque o direito processual do trabalho é um dos ramos do Direito Público, onde se tem a extrema aplicação do princípio da legalidade. As regras processuais informadoras do ônus probatório devem ser observadas pelo Juiz, sob pena de violação do devido processo legal. Na dúvida, o Julgador deve decidir de acordo com o ônus probatório e, na avaliação da prova, pelo princípio da persuasão racional.

3 – Teoria Dinâmica do Ônus Probatório

Nada obstante a regra estática do ônus de prova, e sem que haja o comprometimento de sua imparcialidade, o Magistrado, nos dias atuais, não mais deve ser espectador do processo, passando a ter uma conduta mais ativa. Deixa-se de lado a verdade formal dos autos em busca da efetiva verdade substancial, material e real dos fatos. Concretizam-se, assim, os primados da efetiva paci-

14 CLT: “Art. 765. Os Juízos e Tribunais do Trabalho terão ampla liberdade na direção do processo e velarão pelo andamento rápido das causas, podendo determinar qualquer diligência necessária ao esclarecimento delas”.

15 CPC: “Art. 370. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito. Parágrafo único. O juiz indeferirá, em decisão fundamentada, as diligências inúteis ou meramente protelatórias”.

16 A correta compreensão da índole do Direito do Trabalho mostra-nos que não tem a finalidade de realizar uma justiça comutativa, mas sim uma justiça distributiva. Para tanto se impõe o combate à desigualdade real, quer se manifeste no campo político, econômico ou social. (PAULA, Carlos Alberto Reis de. *A especificidade do ônus da prova no processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2001. p. 125)

ficação social e da efetividade processual (CRFB, art. 5º, LXXXVIII¹⁷ c/c o Pacto de São José da Costa Rica/69, art. 8º, item I¹⁸).

Sustentar que, agindo deste modo, o Juiz estaria perdendo sua imparcialidade, configuraria, no mínimo, um despautério. Podem muito bem ocorrer, e, de fato, ocorrem situações fáticas onde aspectos relevantes não são trazidos ao processo em decorrência de uma menor sorte econômica de uma das partes, ou mesmo por astúcia de uma delas, que omite ou mascara os fatos conforme a sua conveniência e a seu bel-prazer. Nesses casos, o cruzar de braços do Juiz é que caracterizaria uma parcialidade.

Poderosas e irrefragáveis são as palavras de Teresa Arruda Alvim Wambier firmando seu entendimento, cujo enxerto abaixo trasladado arremata perfeitamente o posicionamento aqui defendido:

“O juiz, nesse contexto, seria parcial se assistisse inerte, como espectador de um duelo, ao massacre de uma das partes, ou seja, de deixasse de interferir *para tornar iguais partes que são desiguais*. A interferência do juiz na fase probatória, vista sob este ângulo, não o torna parcial. Ao contrário, pois tem ele a função de impedir que uma das partes se torne vencedora na ação, não por causa do direito que assevera ter, mas porque, por exemplo, é economicamente mais favorecida que a outra. A circunstância de uma delas ser hipossuficiente pode fazer com que não consiga demonstrar e provar o direito que efetivamente tem. O processo foi concebido para declarar *lato sensu* o direito da parte que a ela faz jus e não para dela retirá-lo, dando-o a quem não o possuía. Em função desse parâmetro, pois, devem ser concebidas todas as regras do processo, inclusive e principalmente as que dizem respeito ao ônus da prova.”¹⁹

Não por outra razão que se fala hoje na denominada “Teoria da Carga Dinâmica do Ônus da Prova”, cuja ideia síntese – nascida na Argentina, por

17 CRFB: “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) LXXXVIII – a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

18 CADH: “Artigo 8. Garantias judiciais. 1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza”.

19 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. O ônus da prova. *Revista Jurídica Consulex*, Brasília, Consulex, n. 200, p. 40, maio 2005.

Jorge W. Peyrano²⁰ – é pautada na aptidão do ônus de provar. O novo Código de Processo Civil, inclusive, traz em seu corpo referido instituto, fazendo ressalva, apenas, ao dever do Juiz de infirmar às partes que, em determinado caso a ele submetido, inverterá o ônus de prova, forte do princípio do contraditório substancial.

Para tanto, de se citar o novo § 1º acrescido ao art. 373 do CPC:

“Art. 373. O ônus da prova incumbe:

(...)

§ 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do *caput* ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.”

Antonio Janyr Dall’Agnol, em obra específica referente ao assunto à baila, pontifica como premissas decorrentes da “Teoria da Distribuição Dinâmica dos Ônus Probatórios”:

“a) inaceitável o estabelecimento prévio e abstrato do encargo; b) ignorável é a posição da parte no processo; e c) desconsiderável se exhibe a distinção já tradicional entre fatos constitutivos, extintivos, etc. Releva, isto sim: a) a caso em sua concretude e b) a ‘natureza’ do fato a provar – imputando-se o encargo àquela das partes que, pelas circunstâncias reais, se encontra em melhor condição de fazê-lo.”²¹

E, neste cenário, relevante apontar qual deve ser o critério adotado pelo Magistrado para justificar, no caso concreto, a inversão do ônus da prova.

Teoricamente, é possível identificar três correntes no campo doutrinário: (i) a existência de uma presunção em favor de quem, originariamente, teria o encargo; (ii) a aplicação subsidiária do art. 6º, VIII, do CDC²², dada verossimi-

20 “En tren de identificar la categoría de las ‘cargas probatorias dinámicas’, hemos visualizado – entre otras – como formando parte de la misma a aquélla según la cual se incumbe la carga probatoria a quien – por las circunstancias del caso y sin que interese que se desempeñe como actora o demandada – se encuentre en mejores condiciones para producir la probanza respectiva.” (PEYRANO, Jorge W. Aspectos procesales de la responsabilidad profesional. In: *Las responsabilidades profesionales* – Libro al Dr. Luis O. Andorno. Coord. Augusto M. Morello e outros. La Plata: LEP, 1992. p. 263)

21 DALL’AGNOL Jr., Antonio Janyr. Distribuição dinâmica dos ônus probatórios. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, Notadez/Fonte do Direito, n. 280, p. 11, fev. 2001.

22 CDC: “Art. 6º São direitos básicos do consumidor: (...) VIII – a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências”.

lhança da alegação do trabalhador ou a sua hipossuficiência; e (iii) quem seja a parte mais apta, no caso concreto, a se desincumbir do encargo probatório (carga dinâmica quanto ao ônus da prova).

O legislador ordinário, por sua vez, optou pela adoção da distribuição dinâmica do ônus da prova, seja para os casos previstos em lei, seja diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário.

Nos dizeres de Kfoury Neto:

“(...) as regras que determinam a posição da parte litigante – autor ou réu – nos processos, quanto à prova, em geral são imutáveis, ao longo da demanda. No entanto, por decisão do juiz, tais posições podem variar – e o sistema deixa de ser pétreo, para se tornar dinâmico.”²³

Nesse prumo, identificadas uma das hipóteses acima referidas, poderá o Juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso em despacho saneador (CPC, art. 357, III²⁴), desde que o faça por decisão fundamentada²⁵. Em assim procedendo, o Juiz deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído, ressaltando-se que a decisão não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil.

Com isso, a partir do caso concreto, o ônus de provar pode ser atribuído de maneira dinâmica. E, segundo a doutrina, com o objetivo de:

“(...) atender a paridade de armas entre os litigantes e às especificidades do direito material afirmado em juiz (...). À vista de determinados casos concretos, pode-se afigurar insuficiente, para promover o direito fundamental à tutela jurisdicional adequada e efetiva, uma regulação fixa

23 KFOURI NETO, Miguel. *Culpa médica e ônus da prova*. 4. ed. São Paulo: RT, 2002. p. 127.

24 CPC: “Art. 357. Não ocorrendo nenhuma das hipóteses deste Capítulo, deverá o juiz, em decisão de saneamento e de organização do processo: (...) III – definir a distribuição do ônus da prova, observado o art. 373”.

25 **Tanto a publicidade, como a fundamentação das decisões judiciais desempenham papéis que são essenciais à transparência do Poder Judiciário. A fundamentação, para que haja possibilidade de controle e de recurso relativamente à decisão. A publicidade, para que se possa conhecer o debate que levou à decisão, inclusive no que se refere aos seus fundamentos. Portanto, publicidade e fundamentação são as duas faces de uma mesma moeda. Complementam-se na busca de algo indispensável em um regime democrático: dar a devida satisfação acerca das decisões do poder público – inclusive em juízo – aos seus destinatários, os cidadãos.**

DOCTRINA

do ônus da prova, em que se reparte prévia, abstrata e aprioristicamente o encargo de provar.”²⁶

Questão que imediatamente surge diante da possibilidade da atribuição dinâmica do ônus da prova é a relativa à obrigatoriedade do Magistrado de comunicar previamente às partes se o procedimento processual será regido com a atribuição dinâmica do ônus da prova, com relativização da regra geral prevista nos incisos I e II do art. 373 do NCPC.

A posição que parece mais adequada é a de que as partes sejam previamente comunicadas pelo Juiz, em decisão adequadamente motivada, acerca da decretação da atribuição dinâmica do ônus da prova.

E isso porque o ônus da prova é regra de instrução e/ou procedimento, sendo fundamental, até mesmo diante de uma leitura constitucional do processo e de um adequado respeito ao princípio do contraditório – aqui visto como ampla participação e diálogo entre os sujeitos processuais –, que o Magistrado estabeleça com clareza, em momento processual próprio, quais serão as regras do ônus da prova que deverão ser observadas no caso concreto.

Note-se que tal visão de se observar não apenas o dever de fundamentação, e, sobretudo, o contraditório substancial que veda a prolação de decisão surpresa, é enfatizada por relevante parcela da doutrina, aqui representada pelo professor Cássio Scarpinella Bueno, que, antes mesmo do surgimento do Novo CPC de 2015, já defendia a regra de instrução e/ou procedimento ao ônus de prova:

“Toda temática relativa ao ônus da prova, inclusive as hipóteses de sua inversão, deve ser entendida como regra de procedimento e não como regra de julgamento. Como é o magistrado o destinatário da prova, é importante que ele verifique com cada uma das partes as reais possibilidades da produção das provas de suas alegações em casos em que haja possibilidade de variação das regras gerais (...) Mais ainda quando há, nos diversos procedimentos, um específico momento ou, quando menos, um instante procedimental mais oportuno, para que o magistrado se volte precipuamente à análise dos pontos controvertidos e sobre a necessidade da produção de sua prova correlata. Não há como, na atualidade do pensamento do direito processual civil, entender diferentemente. Tratar o ônus da prova como mera regra de julgamento, de juízo, acaba reve-

26 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: RT, 2015. p. 395.

lando uma visão privatista que desloca o magistrado dos fins – que são invariavelmente públicos – do processo.”²⁷

Da mesma opinião também já compartilhava o professor Luiz Guilherme Marinoni:

“Ninguém duvida que o juiz pode julgar favoravelmente à parte que não cumpriu o ônus da prova, uma vez que o julgamento pode se basear em provas produzidas de ofício ou mesmo em provas produzidas pela parte contrária. Mas isso não retira a importância de que as partes saibam, de forma prévia, a quem incumbe o ônus da prova, pois, se esse ônus não precisa ser necessariamente observado para que a parte obtenha um resultado favorável – e nesse sentido seria correto sustentar que o ônus da prova não é um verdadeiro ônus –, não há como negar que a parte deve ter ciência prévia do que deve fazer para ter um julgamento favorável independentemente de outras provas, produzidas de ofício ou pela parte contrária.”²⁸

Logo, claro está que as partes precisam saber qual é a regra do ônus da prova que será considerada no procedimento, notadamente porque elas necessitam ter conhecimento de como podem contribuir, com a devida participação no processo, e com base no direito constitucional à prova, para a obtenção de uma sentença de mérito favorável à sua pretensão.

Parece evidente, pois, que esclarecer previamente quais serão as regras do procedimento que regerão o trâmite processual, dentre elas a do ônus da prova, está dentro das diretrizes do princípio da cooperação²⁹ e do dever de o Magistrado aplicá-lo em sua dinâmica relação com os demais sujeitos processuais. Afinal, o princípio da cooperação este que está hoje previsto no art. 6º do NCPC: “Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”.

27 BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 2. t. 1. p. 290.

28 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*. 2. ed. São Paulo: RT, 2011. p. 177.

29 No processo cooperativo, modelo de processo civil característico do atual Estado Constitucional, não se pode conceber um procedimento que não seja estruturado senão a partir de um diálogo constante entre o juiz e as partes ao longo de todas as fases procedimentais, inclusive a respeito daquelas questões cognoscíveis de ofício. Quanto maior for esse diálogo, com maior facilidade as partes aceitarão o comando contido no elemento imperativo da decisão a elas destinado e mais consistente será a justificativa que o elemento lógico conferirá ao elemento imperativo da decisão. Evitar o processo de surpresas ou o processo de armadilhas deve ser uma premissa a ser respeitada por todos os sujeitos do processo, mais particularmente pelo julgador que, afinal, produz as decisões a repercutir na vida dos sujeitos parciais do processo.

DOCTRINA

E no tocante à conduta do juiz no curso do processo, Miguel Teixeira de Sousa ensina que o magistrado tem os seguintes deveres decorrentes da cooperação: (i) dever de esclarecimento (o juiz deve solicitar às partes explicações sobre o alcance de suas postulações e manifestações); (ii) dever de prevenção (as partes devem ser alertadas do uso inadequado do processo e da inviabilidade do julgamento do mérito); (iii) dever de consulta (o juiz deve colher manifestação das partes, preparatória de sua própria manifestação ou decisão); (iv) dever de auxílio (incentivar as partes no sentido de superar dificuldades relativas ao cumprimento adequado de seus direitos, ônus, faculdades ou deveres processuais)³⁰.

Destarte, do ponto de vista normativo, claro está que o Magistrado, caso venha a alterar a distribuição do ônus da prova, deve alertar as partes, em decisão motivada, e, preferencialmente, em momento prévio ao início da fase de instrução – tudo de modo a permitir que os sujeitos processuais possam estar conscientes da regência probatória que será adotada no trâmite do procedimento.

Não por outra razão que o Novo CPC de 2015, exatamente neste mesmo sentido, chancelando a perspectiva do ônus da prova como regra de instrução, prevê, no inciso III do seu art. 357, que, na decisão de saneamento e de organização do processo, o Julgador deve definir a distribuição dinâmica do ônus da prova, desde que observados os requisitos do art. 373 do NCPC.

Portanto, de acordo com o próprio NCPC, a decisão de saneamento do processo seria o momento adequado para a definição da distribuição do ônus da prova, embora não haja vedação à adoção de tal prática em momento anterior ou posterior ao saneamento, afinal, não há que se falar em preclusão contra o Magistrado.

Assim, caso o juiz, por exemplo, após a leitura da petição inicial e da contestação, já tenha condições de aferir se estão presentes as condições legais para a atribuição dinâmica do ônus da prova, parece plausível que ele deve, desde logo, já decidir se aplicará o § 1º do art. 373 do NCPC, não precisando, pois, aguardar a fase de saneamento do processo.

Lado outro, caso, no decorrer da instrução, pareça mais clara ao Magistrado a presença dos requisitos da atribuição dinâmica do ônus da prova, mostra-se plausível, desde que observadas as normas fundamentais do Novo CPC de 2015, que seja determinada a dinamização do ônus da prova.

O mais importante é que o julgador não venha a permitir que a fase de instrução do processo ocorra e finalize sem que as partes estejam claramente

30 SOUSA, Miguel Teixeira de. Aspectos do novo processo civil português. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, n. 86, p. 174-184, 1997.

conscientes se houve – ou não – a atribuição dinâmica do ônus da prova, de modo a se evitar que apenas sejam comunicadas da dinamização do ônus da prova na sentença, o que, por evidente, é absolutamente vedado pelo devido processo legal e pelo atual Caderno Processual Civil, o qual não permite o modelo das “decisões surpresa”.

De se ver a opinião do professor André Pagani de Souza que, nesse caso específico, é cristalina ao afirmar o seguinte:

“É importante ressaltar que a flexibilização das regras sobre o ônus da prova pode gerar uma decisão surpresa, na hipótese de o magistrado não informar as partes previamente que não observará a distribuição do ônus, tal qual disciplinada pelo art. 333 do Código de Processo Civil. Em outras palavras, o órgão judicial não pode informar as partes que flexibilizou as regras sobre o ônus da prova somente no momento do julgamento. É de rigor que ele, observando o seu dever de prevenção decorrente do princípio do contraditório, advirta as partes sobre o ônus da prova no caso concreto, para que as partes possam atuar de modo a influenciar na preparação do julgamento.”³¹

Na mesma linha, Daniel Penteado de Castro enfatiza que:

“Filiamo-nos ao entendimento de que o magistrado deverá alertar as partes sobre a possibilidade de inversão, o que implica numa dilação probatória mais densa e garantidora da defesa de ambas as partes litigantes na demanda. Aliás, sob esse enfoque, assegurar aos litigantes a produção das provas que se fizerem necessárias (principalmente ao réu, já ciente da possibilidade da inversão), certamente conduzirá a um julgamento mais seguro e equânime, à medida que cada parte produzirá a prova que entender necessária e estará ciente do ônus que lhe compete, deixando, portanto, de se surpreender com a regra da inversão de imediato na sentença.”³²

Destarte, é possível a dinamização do ônus da prova em momento posterior à fase de saneamento, sempre com a ressalva de que tal atribuição dinâmica se deu antes do encerramento da fase de instrução e com observância das normas fundamentais que hoje regem o CPC de 2015. Tudo de modo a se

31 SOUZA, André Pagani. *Vedação das decisões: surpresa no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 178.

32 CASTRO, Daniel Penteado de. *Poderes instrutórios do juiz no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 161.

permitir, de fato, que haja tempo processual hábil para a produção da prova determinada pelo Magistrado.

4 – Prova negativa (“diabólica”)

Do ponto de vista processual, dois elementos são necessários na inversão do ônus da prova, quais sejam, a decisão motivada e a oportunidade de provar, sem que a decisão possa ensejar uma *probatio diabolica reversa*.

Essa diretriz, inclusive, está prevista hoje no § 2º do art. 373 do Novo CPC, que expressamente referenda a proibição da “prova negativa”, a saber:

“Art. 373. O ônus da prova incumbe:

(...)

§ 2º A decisão prevista no § 1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil.”

A partir da leitura de citado preceito legal, infere-se, pois, que o ordenamento jurídico pátrio preconiza, como regra, a distribuição sem dinamismo do *onus probandi*. E isso porque, em grande parte dos casos, tal inversão causaria extrema dificuldade de produção da prova, podendo acarretar a denominada “prova diabólica”.

Essa situação, portanto, representa a prova do fato negativo, que é aquela modalidade de prova impossível, ou excessivamente difícil de ser produzida no processo. É a hipótese de se provar algo que não ocorreu.

Nesse sentido, exemplos práticos da prova do fato negativo são os consubstanciados na prova, pelo réu, de sua inocência; da prova, pelo demandado, de inexistência de sua citação para responder ao processo; da prova de direitos indisponíveis ou intergeracionais; entre outras.

5 – Reforma Trabalhista e a Jurisprudência do TST

Já foi dito aqui neste estudo que a finalidade da prova é formar a convicção do Juiz a respeito dos fatos da causa, sendo o Magistrado o destinatário da prova.

Assim sendo, a regra do ônus de prova não se traduz em instituto peculiar e inerente apenas ao ramo do Direito Processual Civil; ao revés, sua aplicabilidade encontra grande incidência na seara trabalhista, sendo certo que a legislação celetária já previa uma norma específica sobre o assunto, em seu

DOCTRINA

art. 818, que, dada sua incompletude, sempre atraiu a aplicação supletiva das normas do Código de Processo Civil.

Para tanto, de se citar a redação originária do art. 818 da CLT: “A prova das alegações incumbe à parte que as fizer”. E, note-se, que o uso da palavra “originária” foi proposital, na medida em que a Lei nº 13.467/2017, que instituiu a chamada Reforma Trabalhista, passou a regular o instituto do ônus da prova de forma totalmente distinta na legislação celetista e, mais, aproximou o processo do trabalho ao processo civil, ao incorporar, basicamente, as regras do art. 373 do CPC de 2015, a saber:

“Art. 818. O ônus da prova incumbe: (Redação dada pela Lei nº 13.467, de 2017)

I – ao reclamante, quanto ao fato constitutivo de seu direito; (Redação dada pela Lei nº 13.467, de 2017)

II – ao reclamado, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do reclamante. (Redação dada pela Lei nº 13.467, de 2017)

§ 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos deste artigo ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juízo atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído. (Redação dada pela Lei nº 13.467, de 2017)

§ 2º A decisão referida no § 1º deste artigo deverá ser proferida antes da abertura da instrução e, a requerimento da parte, implicará o adiamento da audiência e possibilitará provar os fatos por qualquer meio em direito admitido. (Redação dada pela Lei nº 13.467, de 2017)

§ 3º A decisão referida no § 1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil. (Redação dada pela Lei nº 13.467, de 2017)”

Impende salientar que, antes mesmo da edição da Lei da Reforma Trabalhista, o colendo Tribunal Superior do Trabalho, com fulcro na redação primitiva do art. 818 da CLT, já estabelecia diretrizes de aplicabilidade prática acerca do ônus de prova nos processos trabalhista, em situações pontuais descritas por sua jurisprudência consolidada, sem ter a pretensão, por óbvio, de esgotar a temática.

DOCTRINA

Nesse diapasão, é salutar a transcrição dos verbetes sumulares que, editados antes da Lei nº 13.467/2017, traziam o delineamento do ônus de prova em questões mais recorrentes e discutidas no âmbito dos processos laborais, a saber:

“SÚM-6 EQUIPARAÇÃO SALARIAL. ART. 461 DA CLT (redação do item VI alterada) – Res. 198/2015, republicada em razão de erro material – DEJT divulgado em 12, 15 e 16/06/2015. (...) VIII – É do empregador o ônus da prova do fato impeditivo, modificativo ou extintivo da equiparação salarial.”

“SÚM-16 NOTIFICAÇÃO (nova redação) – Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21/11/2003. Presume-se recebida a notificação 48 (quarenta e oito) horas depois de sua postagem. O seu não recebimento ou a entrega após o decurso desse prazo constitui ônus de prova do destinatário.”

“SÚM-212 DESPEDIMENTO. ÔNUS DA PROVA (mantida) – Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21/11/2003. O ônus de provar o término do contrato de trabalho, quando negados a prestação de serviço e o despedimento, é do empregador, pois o princípio da continuidade da relação de emprego constitui presunção favorável ao empregado.”

“SÚM-338 JORNADA DE TRABALHO. REGISTRO. ÔNUS DA PROVA (incorporadas as Orientações Jurisprudenciais nºs 234 e 306 da SBDI-I) – 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. II – A presunção de veracidade da jornada de trabalho, ainda que prevista em instrumento normativo, pode ser elidida por prova em contrário. 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.”

“SÚM-460 VALE-TRANSPORTE. ÔNUS DA PROVA – Res. 209/2016, DEJT divulgado em 01, 02 e 03/06/2016. É do empregador o ônus de comprovar que o empregado não satisfaz os requisitos indispensáveis para a concessão do vale-transporte ou não pretenda fazer uso do benefício.”

“SÚM-461 FGTS. DIFERENÇAS. RECOLHIMENTO. ÔNUS DA PROVA – Res. 209/2016, DEJT divulgado em 01, 02 e 03/06/2016. É

do empregador o ônus da prova em relação à regularidade dos depósitos do FGTS, pois o pagamento é fato extintivo do direito do autor (art. 373, II, do CPC de 2015).”

Assim sendo, o atual art. 818 da CLT, como dito alhures, incorporou os regramentos do citado art. 373 do CPC, notadamente porque foram repetidas, basicamente, as redações dos incisos I e II, além dos §§ 1º e 2º, do art. 373 do CPC, para os incisos I e II, além dos §§ 1º e 3º, do art. 818 da CLT.

Bem por isso, reiterem-se aqui os comentários já feitos aos dispositivos do Código de Processo Civil, e que foram discorridos alhures neste presente estudo, até porque a lógica constante do CPC é exatamente idêntica àquela adotada na CLT. Afinal, o legislador reformista se limitou a transcrever, para o interior da Consolidação das Leis do Trabalho, as normas basilares do CPC de 2015, colocando-se um ponto final na incompletude da legislação celetista acerca da adoção da “teoria dinâmica do ônus probatório”.

Acontece, porém, que duas foram as novidades que chamaram a atenção quando do advento da Lei nº 13.467/2017, sendo a primeira aquela relativa à atual previsão da regra do § 2º do art. 818, e, a segunda, quanto à não incorporação dos §§ 3º e 4º do art. 373 do CPC.

No tocante à regra do § 2º do art. 818 da CLT, note-se que essa não estava contida no Caderno Processual Civil. E isso se deu porque no processo do trabalho não há a figura do chamado “despacho saneador”, delineado no art. 357, III, do CPC, de modo que primeiro contato do Magistrado Trabalhista com a ação ocorre, via de regra, em audiência, na qual se concentra a prática de todos os atos processuais.

Essa é a razão pela qual, se houver a prolação de decisão que aplicar a “Teoria da Carga Dinâmica do Ônus da Prova”, esse comando judicial deverá ser feito antes mesmo da abertura da instrução processual. A lógica, neste caso, é para justamente evitar a prolação de decisão “surpresa”³³, prestigiando-se o devido processo legal constitucional, que prioriza o contraditório substancial e a ampla defesa³⁴.

Interessante pontuar que a inversão do ônus de prova pelo Julgador não acarretará, automaticamente, o adiamento da audiência trabalhista. Isso por-

33 CPC: “Art. 9º Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida”.

34 CPC: “Art. 7º É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório”.

que, segundo o art. 849 da CLT, a audiência na Justiça do Trabalho é UNA³⁵, o que representa dizer que nela são realizadas as tentativas de conciliação, a apresentação de defesa e o oferecimento de réplica, a colheita dos depoimentos das partes e testemunhas, e, mais, nela são ofertadas eventuais razões finais, com a consequente prolação da sentença judicial.

Deste modo, quando a lei menciona “a requerimento da parte”, em realidade, a intenção do legislador foi permitir que a parte prejudicada, caso seja proferida decisão com a inversão do ônus probatório, se manifeste na primeira vez em que tiver de falar nos autos³⁶.

Bem por isso, o adiamento da audiência não será ato automático a ser proferido pelo Juiz Trabalhista, pois, como dito, dependerá de prévio requerimento da parte. E para que isso aconteça, o correto é que os pontos controvertidos do processo sejam delimitados na própria audiência, após a reclamada oferecer sua contestação aos termos da petição inicial.

Com o oferecimento da peça defensiva, o Magistrado passa a ter plenas condições, em conjunto com as partes e seus advogados, de fixar as matérias efetivamente controversas, e que exijam a produção de outras provas que não aquelas já constantes dos autos – em regra, de natureza documental.

E justamente no ambiente de audiência é que reside a principal discussão em torno do adiamento da instrução para a oitiva de testemunhas. E isso ocorre porque, como é cediço, as partes devem trazer suas respectivas testemunhas, com vistas a produzir as provas dos fatos por elas alegados em petição inicial e contestação³⁷.

Dessarte, se as partes litigantes, que estão presentes em audiência, já estão acompanhadas de suas testemunhas, parece não existir prejuízo de ordem processual quando o Magistrado Trabalhista decide por inverter o ônus probatório, notadamente porque o alcance da prova está circunscrito às matérias expostas nas peças inicial e de defesa.

35 CLT: “Art. 849. A audiência de julgamento será contínua; mas, se não for possível, por motivo de força maior, concluí-la no mesmo dia, o juiz ou presidente marcará a sua continuação para a primeira desimpedida, independentemente de nova notificação”.

36 CLT: “Art. 795. As nulidades não serão declaradas senão mediante provocação das partes, as quais deverão argui-las à primeira vez em que tiverem de falar em audiência ou nos autos”.

37 CLT: “**Art. 845. O reclamante e o reclamado comparecerão à audiência acompanhados das suas testemunhas, apresentando, nessa ocasião, as demais provas**”.

Neste ponto, acertado o artigo celetista ao prever que o adiamento da audiência se dará, apenas e tão-somente, a requerimento da parte prejudicada³⁸. E isso, claro, após terem sido fixados os pontos controvertidos pelo Julgador, com a prolação de decisão que acolhe a sistemática do ônus dinâmico da prova, antes mesmo que seja iniciada a abertura da instrução processual.

E aqui, exatamente no momento em que há o pedido de adiamento da audiência, competirá à parte demonstrar, cabalmente, o prejuízo suportado com a inversão do ônus de prova³⁹. Deverá, pois, esclarecer as razões pelas quais há efetiva impossibilidade de continuidade da audiência, uma vez que, por força do § 1º do art. 818 da CLT, tem ela a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído pelo Magistrado.

Assim sendo, caso sejam insuficientes os documentos colecionados com sua peça defensiva e, mais, se as testemunhas eventualmente presentes igualmente não tiverem reais condições de testemunhar sobre os fatos controvertidos – que, por decisão judicial, inverteu do ônus de prova –, a reclamada ostentará o direito de requerer o adiamento da audiência. Note-se que idêntico procedimento poderá ser aplicado à pessoa do reclamante.

A redesignação, em tal hipótese, deve ser obrigatoriamente acolhida e deferida pelo Julgador, como medida a evitar futura nulidade do julgado, por cerceamento de defesa, afinal, se o juízo atribuiu o ônus de prova de modo diverso, a concessão de oportunidade à parte de desincumbir de tal ônus que foi imposto pelo Julgador é medida que se impõe!

De resto, o legislador reformador não encampou as regras do Novo CPC que possibilitam a distribuição diversa do ônus da parte por convenção entre as partes. Tal hipótese, consoante os §§ 3º e 4º do art. 373 do CPC, poderá ser celebrada antes ou durante o processo, não podendo ser aplicada, contudo, quando recair sobre direito indisponível da parte ou tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

Essas são as exatas dicções dos §§ 3º e 4º do art. 373 do CPC:

“Art. 373. O ônus da prova incumbe:

(...)

38 CLT: “Art. 794. Nos processos sujeitos à apreciação da Justiça do Trabalho só haverá nulidade quando resultar dos atos inquinados manifesto prejuízo às partes litigantes”.

39 Segundo o princípio da Transcendência ou prejuízo (*pas de nullite sans grief*), só haverá nulidade dos atos se houver manifesto prejuízo à parte que o argui, salvo nas nulidades absolutas.

DOCTRINA

§ 3º A distribuição diversa do ônus da prova também pode ocorrer por convenção das partes, salvo quando:

I – recair sobre direito indisponível da parte;

II – tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

§ 4º A convenção de que trata o § 3º pode ser celebrada antes ou durante o processo.”

Entretanto, a não recepção de aludidos dispositivos processuais ao texto celetista, à época da vigência do Novo CPC de 2015, já encontrava óbice na Instrução Normativa nº 39/2016, editada pelo Tribunal Superior do Trabalho, a qual teve por finalidade regulamentar as normas do NCCP aplicáveis, não aplicáveis, e com aplicabilidade em termos ao Processo do Trabalho.

Para tanto, de se citar o art. 2º, VII, da IN nº 39/2016 do c. TST:

“Art. 2º Sem prejuízo de outros, não se aplicam ao Processo do Trabalho, em razão de inexistência de omissão ou por incompatibilidade, os seguintes preceitos do Código de Processo Civil:

(...)

VII – art. 373, §§ 3º e 4º (distribuição diversa do ônus da prova por convenção das partes).”

6 – Conclusão

A garantia de acesso à Justiça (CF/88, art. 5º, XXXV), modernamente interpretada como acesso à ordem jurídica justa⁴⁰, é princípio constitucional que reflete sobre o processo como um todo, inclusive com relação ao instituto da prova, e, em especial, sobre a questão do ônus da prova.

É certo que a CLT, em seu art. 818, após a Lei da Reforma Trabalhista, adotou, a um só tempo, a teoria estática do ônus da prova, ao fazer a diferenciação entre os fatos constitutivos – de prova do reclamante; e os fatos obstativo em geral – de prova do reclamado; como também encampou a teoria da carga dinâmica do ônus probatório, com limite aos casos em que é vedada a prolação de prova negativa (“diabólica”).

40 Expressão utilizada pelos autores Cappelletti e Garth, para designar essa atual fase do direito processual civil, comprometida com o oferecimento de resultados práticos para o jurisdicionado, por intermédio da jurisdição pública (CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1988. p. 8).

DOCTRINA

Assim, como medida a relativizar o então sistema estratificado, previsto que era no art. 333 do CPC/73 e na redação original do art. 818 da CLT, é que o legislador reformista abarcou a moderna teoria da “carga dinâmica do ônus da prova”, cuja ideia síntese – nascida na Argentina, por Jorge W. Peyrano – é pautada na aptidão do ônus de provar. Trata-se, em realidade, do desdobramento do devido processo legal⁴¹, da garantia da ação e da ampla defesa, além da efetiva concretização do direito material a partir da garantia de igualdade substancial das partes no processo.

Nesse viés, o legislador, ao conferir livre efeito ao poder instrutório ao Magistrado, trouxe evidente compatibilização com o instituto da prova, a qual, inclusive, pode ter sua realização determinada de ofício, por aplicação do princípio da verdade real.

Sobreleva anotar, ainda, que, conquanto haja certa discussão doutrinária, atualmente o ônus de prova é regra de procedimento, e não mais de julgamento. Isso porque, consoante previsões dos art. 373, § 1º, do CPC c/c o art. 818, § 2º, da CLT, é necessário que o Magistrado, antes de iniciar a fase instrutória, cientifique às partes sobre o ônus processual de cada uma delas, em respeito ao princípio da segurança jurídica.

Deste modo, em homenagem ao contraditório substancial, deve o Magistrado fixar o ônus da prova ao delimitar os objetos controvertidos da demanda, para se evitar a prolação das chamadas “decisões surpresas”.

Neste viés, com o crescente ativismo judicial dos Tribunais – o qual, segundo o Ministro Luis Roberto Barroso, não é um fato, mas sim uma atitude – o Magistrado não se limita mais e, unicamente, à vontade da lei. Possui, em realidade, certo poder criativo que decorre da própria Lei Maior, e não de suas vontades políticas.

Em conclusão, o Juiz deixa de ser mera “boca da lei”, e passa a ser “boca da justiça” (Montesquieu). E, para cumprir tal propósito, o processo deve servir ao direito material, ao mesmo tempo em que aquele é servido por este. Esta relação simbiótica, de complementariedade cíclica, foi denominada de “teoria circular dos planos do direito material e do direito processual” (Carnelutti).

Referências bibliográficas

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 5. ed. São Paulo: RT, 2011.

41 Nesse sentido: CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 19. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. v. 1. p. 40.

DOCTRINA

BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 2. t. I.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 19. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. v. 1.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1988.

CASTRO, Daniel Penteado de. *Poderes instrutórios do juiz no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2013.

DALL'AGNOL Jr., Antonio Janyr. *Distribuição dinâmica dos ônus probatórios*. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, Notadez/Fonte do Direito, n. 280, fev. 2001. KFOURI NETO, Miguel. *Culpa médica e ônus da prova*. 4. ed. São Paulo: RT, 2002.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*. 2. ed. São Paulo: RT, 2011.

_____; _____. MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: RT, 2015.

PAULA, Carlos Alberto Reis de. *A especificidade do ônus da prova no processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2001.

PEYRANO, Jorge W. *Aspectos procesales de la responsabilidad profesional*. Las responsabilidades profesionales – libro al Dr. Luis O. Andorno. Coord. Augusto M. Morello e outros. La Plata: LEP, 1992.

SOUSA, Miguel Teixeira de. Aspectos do novo processo civil português. *Revista de Processo*, n. 86. São Paulo, RT, 1997.

THEODORO Jr., Humberto. *Curso de direito processual civil*. 44. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v. 1.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *O ônus da prova*. *Revista Jurídica Consulex*, Brasília, Consulex, n. 200, maio 2005.

Recebido em: 16/05/2018

Aprovado em: 14/06/2018

ANÁLISE TRIBUTÁRIA DA EXTINÇÃO DA COMPULSORIEDADE DA CONTRIBUIÇÃO SINDICAL PELA REFORMA TRABALHISTA

WORKERS ARE NO LONGER REQUIRED TO PAY “FAIR-SHARE” FEES WHEN THEY DECLINE TO JOIN THE UNION ACCORDING TO LABOR LAW REFORM IN BRAZIL

Roberta de Oliveira Souza*

RESUMO: Considerando que a relação que liga o trabalhador ao seu empregador é, antes de tudo, uma relação de poder, o presente artigo explicita e analisa a constitucionalidade do fim da contribuição sindical compulsória sob um viés tributário e constitucionalizado, tendo em vista a imprescindibilidade de um sistema sindical coeso para a garantia da progressividade dos direitos sócio-laborais. A investigação adotou como objeto de controle os arts. 578, 579, 582, 583, 602 e 611-B da CLT, com redação dada pelo art. 1º da Lei nº 13.467/2017, e se baseou em coletâneas sobre a reforma trabalhista e em revistas especializadas, bem como na melhor doutrina tributária com o intuito de expor com clareza os argumentos defendidos tanto pelos que arguem a sua inconstitucionalidade, seja formal, seja material, quanto por aqueles que demonstram que, ao menos sob o aspecto formal, não subsiste nenhuma inconstitucionalidade. Nesse contexto, será realizada uma abordagem crítica e jurídica sobre tais argumentos, a fim de se demonstrar se poderá ou não haver flexibilização dos direitos sociais trabalhistas e a consagração de conduta legislativa antissindical e discriminatória, principalmente, mas não exclusivamente, no tocante à subtração da principal fonte de custeio sindical, que se tornou facultativa com a Reforma Trabalhista.

PALAVRAS-CHAVE: Contribuição Sindical. Reforma Trabalhista. Direito Tributário.

ABSTRACT: This article explores and analyzes the constitutionality of the end of the compulsory union contribution based on the arguments defended by those who argue there is unconstitutionality, whether formal or material, as by those who, with a focus on good tax doctrine, claim there is no unconstitutionality. In this context, a critical

* Advogada graduada pela UERJ; especialista em Direito Público, Processo e Direito do Trabalho; autora do capítulo “Orçamento Público na Itália” da obra “Orçamento Público no Direito Comparado”; autora do capítulo “Análise do negociado versus o legislado: perspectivas doutrinária, jurisprudencial e orçamentária da Reforma Trabalhista considerando os argumentos favoráveis e contrários à constitucionalidade da Lei 13.467 de 2017” que compõe a obra “Desafios da Reforma Trabalhista”, bem como integra a Revista dos Tribunais nº 985 e a seção “Tema do Mês” do c. TST de março de 2018; autora do capítulo “Reforma Trabalhista e Trabalho Intermitente: Limites conforme o Direito Comparado (Brasil & Itália)” da coletânea “Reforma Trabalhista: o Impacto nas Relações de Trabalho”; autora do capítulo “As modificações promovidas na jornada pela Reforma Trabalhista (regime de compensação, banco de horas semestral, horas in itinere, intervalo intrajornada, jornada 12x36) da coletânea “A Reforma Trabalhista na Visão da Advocacia”; autora de artigos sobre a Reforma Trabalhista publicados na Folha de S.Paulo e no Valor Econômico.

and reasoned analysis will be carried out in the face of such arguments, in order to demonstrate whether or not there may be flexibilization of labour social rights and the consecration of anti-union legislative conduct, mainly but not exclusively with regard to the subtraction of the principal source of union funding, which became optional with the Labour Reform.

KEYWORDS: Labour Reform. Labour Union Contribution. Tax Law.

1 – Introdução

Dizia Rui Barbosa que a liberdade não é um luxo dos tempos de bonança; é, sobretudo, o maior elemento de estabilidade das instituições.

E é por isso que, em contexto marcado pela amplificação dos poderes sindicais face à prevalência do negociado sobre o legislado, e, simultaneamente, definido pela depredação de sua principal fonte de custeio, questiona-se se a liberdade que supostamente se propaga na Reforma Trabalhista é aquela pautada na plenitude das instituições e no diálogo verdadeiramente isento da intervenção estatal em nome da autonomia coletiva ou, se ao contrário, é o discurso travestido de liberdade que, por trás da máscara da autodeterminação, revela a ruína e o aprisionamento dos direitos sócio-laborais.

Sendo assim, é diante dessa conjuntura que serão problematizados, em caráter técnico, com especial realce aos fundamentos constitucionais tributários, os argumentos dos que defendem a constitucionalidade ou não da extinção da compulsoriedade da contribuição sindical.

Dentre eles, destacar-se-ão as premissas emanadas da Nota Técnica nº 1, de 27 de abril de 2018, exarada pela Coordenadoria Nacional de Promoção da Liberdade Sindical (“CONALIS”) que objeta a facultatividade da contribuição sindical, sustentando, com fulcro nos arts. 146 e 149 da Constituição, que sua alteração somente poderia ocorrer via lei complementar após ter sido acompanhada do estudo de seu impacto orçamentário e financeiro (em virtude do financiamento do Fundo de Amparo ao Trabalhador), conforme disposto no art. 113 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Isso apenas em relação à inconstitucionalidade formal, alegação que é contraditada pelo Parecer da Advocacia Geral da União na ADI 5.887, de relatoria do Ministro Edson Fachin, que aduz que a imposição dessa cobrança constitui uma das alternativas para o custeio sindical, cuja conformação se sujeita ao crivo do legislador, sendo inaplicável o art. 146, III, *a*, da Constituição à hipótese pelo fato desta contribuição não se submeter ao regime geral dos tributos.

Nada obstante, no decorrer do texto, discordar-se-á em parte de ambos os fundamentos, em prol do disposto nos arts. 3º e 97 do Código Tributário Nacional, que estabelecem que o tributo é criado e extinto por lei (ordinária). Ou seja, em não se tratando de regra geral (como o próprio CTN, decreto-lei de 1966, recepcionado pela Constituição com o status de lei complementar), e, tampouco, de regra que verse sobre conflito de competência ou sobre limitações constitucionais ao poder de tributar, não subsiste a exigência de extinção de contribuição parafiscal via lei complementar.

Impende registrar, porém, que, em sede de compatibilização material da lei à Constituição, as discussões se tornam mais profundas em virtude da possibilidade de desmantelamento das entidades sindicais, especialmente das pouco representativas, que sempre contaram com a obrigatoriedade do recolhimento da contribuição sindical e não com o pleno exercício de sua função precípua consistente na luta pela melhoria das condições de trabalho de sua categoria.

Por fim, será apresentado o posicionamento definitivo do Supremo Tribunal Federal sobre o tema, considerando que, no dia 29 de junho de 2018, por 6 votos a 3, o Pretório declarou constitucional o ponto da Reforma Trabalhista que extinguiu a obrigatoriedade da contribuição sindical nos termos do voto do Ministro Luiz Fux.

2 – Análise tributária da controvérsia

Antes de serem enfrentados os argumentos defendidos pelos que reconhecem a constitucionalidade ou não da extinção da contribuição sindical compulsória é fundamental compreender as balizas conceituais do tributo e suas espécies, além de quando estará presente a reserva de lei complementar em matéria tributária.

Nesse universo, pontifica Marcus Abraham que o tributo, como modalidade fundamental de receita financeira, está contido na Constituição, que estabelece como suas espécies, no art. 145, os impostos, as taxas e as contribuições de melhoria, e, mais adiante, nos arts. 148 e 149, a figura do empréstimo compulsório e das contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas e, ainda, no art. 149-A, a contribuição para o custeio de iluminação pública.

E, para efeitos conceituais, o tributarista espanhol José Juan Ferreiro Lapatza define tributo como “una obligación de dar una suma de dinero establecida por ley, conforme al principio de capacidad, en favor de un ente publico

DOCTRINA

para sustener sus gastos”¹, definição adotada pelo art. 3º do Código Tributário Nacional que vaticina que:

“Art. 3º Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, *instituída em lei* e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.”

Especialmente em relação à questão formal, que é que mais gerou divergências nesta Especializada, é preciso destacar que, quando o art. 3º do CTN prevê que o tributo é instituído por lei, isso significa que a norma instituidora do tributo decorre do Poder Legislativo, devendo, no caso de instituição de tributo, prever sua hipótese de incidência, a alíquota e suas modificações, além da base de cálculo, as infrações, e, por fim, as hipóteses de exclusão, suspensão ou extinção, nos termos do art. 97 do CTN, que dispõe que somente a lei (ordinária) poderá instituir ou extinguir tributos, sendo esta, portanto, a regra geral tributária.

In verbis, a redação do art. 97, I, do CTN: “Art. 97. Somente a lei pode estabelecer: I – a instituição de tributos, ou a sua extinção”.

Ora, se a regra geral estabelece que o tributo poderá ser extinto por lei ordinária, apenas excepcionalmente, nas hipóteses constitucionalmente previstas, será admissível a extinção via lei complementar.

Afinal, a reserva de lei complementar em matéria tributária tem por finalidade a complementação das normas constitucionais, a partir da exigência expressa de quórum qualificado para deliberação de matérias específicas a ela reservadas, dentre as quais as normas gerais em matéria financeiro-tributária e a relativa ao conflito de competência entre os entes da Federação, bem como no que tange ao estabelecimento de limites ao poder de tributar.

O escopo da reserva de lei complementar em matéria tributária justifica-se, segundo o escólio de Luciano Amaro, pelo fato de essas leis não possuírem a rigidez das normas constitucionais, nem a flexibilidade das leis ordinárias, o que lhes proporciona maior estabilidade que as leis comuns, evitando que se sujeitem a modificações do sabor de maiorias ocasionais no Congresso Nacional².

O que se nota, portanto, é a configuração de “uma pirâmide normativa”³ que deve ser respeitada, sob pena de se incorrer em vício de inconstitucionalidade.

1 LAPATZA, José Juan Ferreiro. *Curso de derecho financiero español*: instituciones. 25. ed. Madrid: Marcial Pons, 2006, p. 323. In: ABRAHAM, Marcus. *Curso de direito tributário*. Rio de Janeiro: Forense: 2018. p. 44.

2 ABRAHAM, Marcus. *Curso de direito tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 71.

3 ABRAHAM, Marcus. *Curso de direito tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 71.

dade (formal) embora inexista hierarquia entre lei ordinária e lei complementar, mas sim, apenas e tão somente, reserva de matéria.

Nessa conjuntura, as disposições elencadas nos arts. 146 e 146-A da Constituição são taxativas ao preverem a reserva de matéria tributária à lei complementar.

Logo, cabe à lei complementar dispor sobre conflitos de competência, em matéria tributária, entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; regular as limitações constitucionais ao poder de tributar; estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre: a) definição de tributos e de suas espécies, bem como, em relação aos impostos discriminados na Constituição, a dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes; b) obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributários; c) adequado tratamento tributário ao ato cooperativo praticado pelas sociedades cooperativas; d) definição de tratamento diferenciado e favorecido para as microempresas e para as empresas de pequeno porte, inclusive regimes especiais ou simplificados no caso do imposto previsto no art. 155, II, das contribuições previstas no art. 195, I e §§ 12 e 13, e da contribuição a que se refere o art. 239; além da lei complementar de que trata o inciso III, *d*, do art. 146, que cuida da possibilidade de instituição de um regime único de arrecadação dos impostos e contribuições da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, observado que: será opcional para o contribuinte; poderão ser estabelecidas condições de enquadramento diferenciadas por Estado; o recolhimento será unificado e centralizado e a distribuição da parcela de recursos pertencentes aos respectivos entes federados será imediata, vedada qualquer retenção ou condicionamento; a arrecadação, a fiscalização e a cobrança poderão ser compartilhadas pelos entes federados, adotado cadastro nacional único de contribuintes.

Caberá, ainda, à lei complementar, estabelecer critérios especiais de tributação, com o objetivo de prevenir desequilíbrios na concorrência, sem prejuízo da competência de a União, por lei, estabelecer normas de igual objetivo.

Desse modo, fora das hipóteses expressas, específicas e taxativas reservadas à lei complementar, vigorará, como regra geral, a exigência de lei ordinária para fins de extinção do tributo, *in casu*, da contribuição sindical compulsória, sem que exista vício defensável no processo legislativo.

Adentrando no conceito de contribuições de interesse de categorias profissionais e econômicas, observa-se que elas se destinam a proporcionar uma estrutura para fins de defesa dos interesses de uma profissão, especialmente seu livre exercício. São de competência exclusiva da União, porém, os recursos

DOCTRINA

obtidos destinam-se às respectivas autarquias federais daquelas categorias, tais como o CREA, o Creci e o CRM. Já nas categorias econômicas destacam-se as contribuições para o sistema S (Sesc, Senac, Sesi, dentre outros). Nenhuma dessas é, portanto, a que interessa nesse embate.

Impende registrar, porém, que há uma outra espécie de contribuição, considerada como um terceiro tipo de contribuição de interesse de categoria profissional e econômica, que deixou de existir de forma compulsória a partir de 11 novembro de 2017. Tal contribuição intitulava-se contribuição sindical obrigatória e estava prevista originariamente nos arts. 578 e 579 da CLT⁴, tendo, com a Reforma, se tornado facultativa.

Nessa diretriz, pondera Marcus Abraham que, com a Reforma, as contribuições devidas pelos participantes das categorias econômicas ou profissionais representadas pelos sindicatos poderão ser descontadas desde que prévia, voluntária e expressamente autorizadas pelos participantes daquelas.

A questão, todavia, mesmo no plano formal, vem suscitando questionamentos, os quais, como já identificado, não subsistem quanto a esse fundamento, porquanto, em termos formais, tributo é espécie normativa criada e extinta por lei ordinária, não sendo a matéria “contribuição sindical” ou “parafiscal” reservada à lei complementar, sendo este, inclusive, o entendimento já registrado pelo Supremo Tribunal Federal no Tema nº 227, mencionado no parecer da AGU ofertado na ADI 5.887.

De par com isso, impende registrar que o Pretório, no dia 29 de junho de 2018, reputou constitucional a extinção da obrigatoriedade da contribuição sindical, tendo como norte a ADI 5.794, de Relatoria do Ministro Edson Fachin, que acabou sendo voto vencido no respectivo julgamento.

A ADI 5.794 foi movida pela Confederação Nacional dos Trabalhadores em Transporte Aquaviário e Aéreo, na Pesca e nos Portos (CONTTMAF) tendo como objeto de controle os arts. 545, 578, 579, 582, 583 e 602 da CLT, com redação dada pelo art. 1º da Lei nº 13.467/2017.

O cerne dos debates, no tocante à compatibilidade material da mudança com a Constituição, vinculou-se ao princípio da liberdade sindical em seu viés individual, consistente, por sua vez, na facultatividade de o trabalhador filiar-se ou não ao respectivo sindicato, optando de forma voluntária por contribuir ou não.

Assim, entendeu a Corte, por maioria, inexistir violação material à Constituição e, muito menos, formal, já que cabe ao Supremo respeitar as escolhas

4 ABRAHAM, Marcus. *Curso de direito tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 413-414.

políticas do legislativo em uma posição autocontida em deferência à separação dos Poderes, consoante assinalado pelo Ministro Luís Roberto Barroso.

3 – Os argumentos sustentados pelos defensores da constitucionalidade do fim da compulsoriedade da contribuição sindical

Inicialmente cabe ressaltar que, em linhas gerais, os principais argumentos deduzidos pelos defensores da constitucionalidade da Reforma Trabalhista consistem na inexistência de inconstitucionalidade decorrente de mero inconformismo com as opções políticas adotadas por um legislador eleito democraticamente e no fato de que lei posterior pode revogar a anterior e não será por isso inconstitucional.

Nesse enquadramento, apregoam que só se pode alegar o princípio da vedação ao retrocesso ou o “efeito cliquet” dos direitos fundamentais se concretamente considerado. Isto é, se, por um lado, a contribuição sindical deixou de ser compulsória, por outro, foram criados mecanismos compensatórios como os honorários sucumbenciais que serão, igualmente, devidos aos entes sindicais (embora exista divergência doutrinária sobre a possibilidade de cumulação dos honorários assistenciais com os sucumbenciais pelos sindicatos, tema que será oportunamente abordado adiante).

Além disso, insta ressaltar que a lei pode alterar a dinâmica dos direitos criando mecanismos de eficiência na gestão dos recursos públicos e incentivando uma atuação sindical legítima e digna de filiação e/ou de contribuição voluntária.

De par com isso, o Pretório já reconheceu, com repercussão geral, no RE 635.682, que, das contribuições de intervenção no domínio econômico não se exige veiculação por lei complementar, consoante ementa a seguir transcrita:

“Repercussão geral reconhecida com mérito julgado

O Plenário do STF, ao julgar o RE 396.266, de relatoria do min. Carlos Velloso, reconheceu a constitucionalidade da contribuição para o Sebrae. (...) O tributo em questão destina-se a viabilizar a promoção do desenvolvimento das micro e pequenas empresas e deve, portanto, ser enquadrado na classe das contribuições de intervenção no domínio econômico, e não nas das contribuições sociais. Essa constatação afasta a incidência do disposto no art. 240 e também a do art. 195, § 4º, ambos da CF. *Conforme reiteradamente decidiu o STF, o fato de a contribuição de intervenção no domínio econômico sujeitar-se ao art. 146, III, a, não leva à conclusão de que o tributo deva ser instituído mediante lei complementar. Vale dizer, tais contribuições sujeitam-se, sim, às normas gerais*

estabelecidas pela legislação complementar em matéria tributária, mas não é de se exigir que elas próprias sejam veiculadas apenas por meio de lei complementar.” (RE 635.682, voto do Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 25.04.2013, P, DJE 24.05.2013, Tema nº 227)⁵

Observado o paralelismo quanto às formas jurídicas, fica evidente que a extinção de sua natureza tributária pode ser operacionalizada pelo mesmo instrumento legislativo responsável por sua instituição, conforme defendido pela AGU no parecer apostado na ADI 5.887.

Na mesma diretriz, ao julgar o Recurso Extraordinário 396.266, relatado pelo Ministro Carlos Velloso, o Plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu pela constitucionalidade da contribuição destinada ao Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas, reconhecendo que as contribuições do art. 149 da Constituição não necessitam ser instituídas por lei complementar.

Confira-se, a propósito:

“CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO. SEBRAE. CONTRIBUIÇÃO DE INTERVENÇÃO NO DOMÍNIO ECONÔMICO. Lei nº 8.029, de 12.04.90, art. 8º, § 3º. Lei nº 8.154, de 28.12.90. Lei nº 10.668, de 14.05.03. CF, art. 146, III; art. 149; art. 154, I; art. 195, § 4º, I. As contribuições do art. 149 da CF – contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse de categorias profissionais ou econômicas – posto estarem sujeitas à lei complementar do art. 146, III, da CF, isto não quer dizer que deverão ser instituídas por lei complementar. A contribuição social do art. 195, § 4º, da CF, decorrente de ‘outras fontes’, é que, para a sua instituição, será observada a técnica da competência residual da União: CF, art. 154, I, *ex vi* do disposto no art. 195, § 4º. A contribuição não é imposto. Por isso, não se exige que a lei complementar defina a sua hipótese de incidência, a base impositiva e contribuintes: CF, art. 146, III, *a*. Precedentes: RE 138.284/CE, Min. Carlos Velloso, RTJ 143/313; RE 146.733/SP, Min. Moreira Alves, RTJ 143/684. II – A contribuição do Sebrae – Lei nº 8.029/90, art. 8º, § 3º, redação das Leis ns. 8.154/90 e 10.668/03 – é contribuição de intervenção no domínio econômico, não obstante a lei a ela se referir como adicional às alíquotas das contribuições sociais gerais relativas às entidades de que trata o art. 1º do DL nº 2.318/86, Sesi, Senai, Sesc, Senac. Não se inclui, portanto, a contribuição do Sebrae, no rol do art. 240 da CF. III. – Constitucionalidade da contribuição do Sebrae. Constitucionalidade,

5 A Constituição e o Supremo.

DOCTRINA

portanto, do § 3º, do art. 8º, da Lei nº 8.029/90, com a redação das Leis ns. 8.154/90 e 10.668/03. IV. RE conhecido, mas improvido.” (DJ 27.02.04)

E, mais adiante, prossegue a AGU, de forma categórica, para combater o argumento da inconstitucionalidade material ponderando que:

“Sob o viés material, a autora assevera que a facultatividade do pagamento da contribuição sindical provocaria o exaurimento financeiro dos sindicatos nacionais, impedindo que essas entidades exerçam adequadamente o múnus estabelecido no art. 8º, inciso III, do Texto Constitucional, que exige a representação de toda a categoria de trabalhadores, ainda quando não sejam eles filiados.

Há, no entanto, diversas inconsistências no raciocínio apresentado pela requerente. É importante observar, a propósito, que, embora a contribuição sindical tenha sido originalmente recepcionada pela Constituição Federal de 1988 como uma obrigação de natureza tributária, isso decorreu da previsão contida no § 5º do art. 34 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e não do conteúdo de qualquer cláusula do art. 8º da Constituição.

Na verdade, o modelo de contribuições sindicais obrigatórias, além de não ser constitucionalmente impositivo, por muito tempo foi tido pela doutrina especializada como anacrônico e destoante de uma leitura sistemática do Texto Constitucional, diante da consideração de que seu art. 8º, inciso V, garante o princípio da liberdade sindical.

As alterações promovidas pela Lei nº 13.467/2017 em relação ao financiamento dos sindicatos, embora tenham suprimido, por um lado, a exigibilidade compulsória das contribuições sindicais, de outro, expandiram a regulamentação da percepção de honorários nas causas trabalhistas, fixando o direito de recebimento dessa parcela ‘*entre o mínimo de 5% (cinco por cento) e o máximo de 15% (quinze por cento) sobre o valor que resultar da liquidação da sentença, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa*’, a ser devido nas causas em que o sindicato atue como assistente ou substituto processual (art. 791-A, *caput* e § 1º, da Consolidação das Leis do Trabalho).

O incremento no volume de recursos a serem recebidos a título de honorários já pode representar, em alguma medida, um mecanismo de compensação das receitas perdidas com a modificação legislativa impugnada. Certo também é que a contribuição sindical não representa a única fonte de custeio juridicamente prevista em favor dos sindicatos. A própria Constituição Federal prevê a contribuição confederativa (art.

8º, inciso IV) e a Consolidação das Leis do Trabalho contempla, ainda, as mensalidades e taxas assistenciais (arts. 548, alínea *b*; e 513, alínea *e*), que podem ser reajustadas para fazer frente ao decréscimo de receitas.

Fato é que a instituição da facultatividade na cobrança das contribuições sindicais não é medida que possa ser tida como violadora, por si só, dos dispositivos constitucionais que garantem a assistência judiciária aos necessitados ou dos demais direitos sociais protegidos por meio dos sindicatos. A alteração do modelo de custeio não inviabiliza o funcionamento dessas entidades, as quais dispõem de outros instrumentos legais para sua manutenção adequada.”

Por todo o exposto, defende a AGU a inexistência de qualquer vício no processo legislativo da Lei nº 13.467/2017, bem como de qualquer incompatibilidade material com a Constituição, argumento com o qual se concorda, em certa medida, porquanto a adesão e o pagamento dessa contribuição merecem ser voluntários e fruto da crença real no potencial transformador de tais entidades e não na obrigação de contribuir para um sistema sindical desacreditado.

Nada obstante, existem outros cenários a serem considerados antes que se chegue a uma conclusão mais definida, embora a decisão definitiva do STF, em sede de controle concentrado e abstrato (tendo como norte a ADI 5.794), tenha sido no sentido da constitucionalidade da extinção da compulsoriedade da contribuição sindical, na mesma diretriz, inclusive, do que decidido pela Suprema Corte Norte Americana no caso “Janus, Mark v. American Federation”⁶, julgado em 2018 nos EUA, o qual resultou na declaração de inconstitucionalidade da cobrança compulsória de contribuição sindical (tendo com objeto de controle lei do Estado de Illinois) por violação à liberdade sindical e de expressão.

4 – Possibilidade de cumulação de honorários assistenciais e sucumbenciais como mecanismo compensatório à facultatividade da contribuição sindical

Os honorários assistenciais são devidos como remuneração ao advogado nomeado pelo Juízo como dativo para defender os interesses da parte necessitada e independem do resultado da demanda, ao contrário do que ocorre com os honorários sucumbenciais.

Na Justiça do Trabalho, manifestava-se o TST pelo cabimento da condenação em honorários assistenciais apenas quando a parte fosse hipossuficiente e estivesse assistida por seu sindicato.

6 Disponível em: <<https://www.law.cornell.edu/supct/cert/16-1466>>.

Os requisitos seriam, portanto, cumulativos e estariam previstos nas Súmulas ns. 219 e 329 do TST, cuja redação provavelmente será alterada face às sugestões da Comissão de Jurisprudência e Precedentes Normativos do TST, que teriam sido debatidas na sessão plenária do dia 6 de fevereiro⁷, não fosse a sua suspensão motivada pela análise de questão prejudicial pertinente ao procedimento de alteração jurisprudencial do TST previsto no art. 702, I, f, da CLT (com redação dada pelo art. 1º da Lei nº 13.467/2017).

Todavia, a Súmula nº 219 do colendo TST parece denominar de honorários sucumbenciais os honorários assistenciais, gerando confusão hermenêutica entre institutos diversos.

O problema é que, para se rechaçar o cabimento dos honorários sucumbenciais nesta Especializada, o TST sempre se utilizou da Lei nº 5.584/70, que trata de assistência judiciária gratuita na Justiça do Trabalho.

7 “A Comissão de Jurisprudência e de Precedentes Normativos do TST, com fulcro nos arts. 54, III e 158 do Regime Interno do Tribunal submeteu à apreciação plenária projetos pertinentes à adaptação da jurisprudência da Corte que seriam, a princípio, discutidos na sessão plenária realizada no dia 6 de fevereiro de 2018 no TST.

Dentre os temas ganhariam destaque a aplicação intertemporal dos honorários sucumbenciais (Súmulas ns. 219 e 329), as horas itinerárias (Súmulas ns. 90 e 320), as diárias para viagem (Súmulas ns. 101 e 318), a prescrição intercorrente (Súmula nº 114), o quadro de carreira (Súmula nº 127), a gratificação de função (Súmula nº 372), a qualidade de empregado do preposto (Súmula 377), o intervalo para repouso e alimentação (Súmula nº 437), a ultratividade dos acordos e convenções coletivos (Súmula nº 277) dentre diversos outros assuntos de grande repercussão juslaboral.

Todavia, a análise dos 34 temas sujeitos à adaptação jurisprudencial conforme a reforma foi suspensa para a apreciação, como questão prejudicial, da constitucionalidade ou não do procedimento previsto no art. 702, I, f, da CLT, com redação dada pelo art. 1º da Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017 no Processo E-RR 696-25.2012.5.05.0463.

De acordo com o art. 702, I, f, da CLT competiria ao Tribunal Pleno “estabelecer ou alterar súmulas e outros enunciados de jurisprudência uniforme, pelo voto de pelo menos dois terços de seus membros, caso a mesma matéria já tenha sido decidida de forma idêntica por unanimidade em, no mínimo, dois terços das turmas em pelo menos dez sessões diferentes em cada uma delas, podendo, ainda, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de sua publicação no Diário Oficial”.

Nada obstante, restrição análoga não é imposta a nenhum outro tribunal (como o STF, o STJ, o TSE ou o STM e, tampouco, os TRFs, TJs e TREs), o que, por via transversa, demonstraria flagrante violação à isonomia da Magistratura, prevista no art. 93 da Constituição. Isso sem contar com a questão relacionada ao acesso à justiça e à separação dos poderes, que são outros argumentos sustentados pela doutrina e por parcela da magistratura trabalhista. Isso sem contar com o argumento da revogação tácita do *caput* do art. 702 da CLT pela Lei nº 7.701 e com o fato de o ordenamento nacional inadmitir a repristinação tácita. Ora, é evidente que essa burocratização desnecessária só levará à perda de tempo e de dinheiro público dificultando, ainda mais, a uniformização da jurisprudência e favorecendo a criação de ilhas interpretativas nos Regionais. Nesse sentido, inclusive, manifestou-se a Comissão de Jurisprudência e Precedentes Normativos do TST.

Ainda nessa sessão o insigne Presidente à época Ministro Ives Gandra sugeriu a edição de Instrução Normativa para fixar parâmetros de interpretação intertemporal da Reforma, sem, contudo, possuir caráter vinculante.” (SOUZA, Roberta de Oliveira. Publicado eletronicamente na íntegra na 9ª edição da *Revista Metta*. Disponível em: <<https://www.mettacursos.com.br/revista09>>).

Nessa seara, confundir os institutos é um equívoco, razão pela qual é plenamente admissível a cumulação dos honorários assistenciais com os sucumbenciais, porquanto um decorre do trabalho realizado, fruto de um contrato ou de uma assistência, e o outro, por sua vez, decorre da sucumbência.

De outro giro, importa notar que, em relação aos honorários de sucumbência, haverá sucumbência recíproca apenas em caso de indeferimento total do pedido específico. O acolhimento do pedido, com quantificação inferior ao postulado, não deve caracterizar sucumbência parcial, pois a verba postulada restou acolhida, ainda que não integralmente. Assim, quando o legislador mencionou “sucumbência parcial”, referiu-se ao acolhimento de parte dos pedidos formulados na petição inicial, sendo este o entendimento (conquanto não vinculante) aprovado na 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho.

Por fim, insta ressaltar que os honorários advocatícios sucumbenciais, periciais e as custas processuais, como previstos na Lei nº 13.467/2017, não se aplicam às ações regidas por leis especiais, tais como a Lei da Ação Civil Pública (arts. 17 e 18 da Lei nº 7.347/85) e o Código de Defesa do Consumidor (art. 87 da Lei nº 8.078/90) pelo princípio da especialidade.

5 – Os argumentos sustentados pelos defensores da inconstitucionalidade do fim da compulsoriedade da contribuição sindical

O Ministério Público do Trabalho, por intermédio de uma de suas coordenadorias (a CONALIS), emitiu nota técnica pugnando o reconhecimento da inconstitucionalidade formal e material da Reforma nesse aspecto.

A primeira, pela inobservância da extinção da compulsoriedade via lei complementar (arts. 146 e 149 da CF/88) e, ainda, por não ter sido acompanhada por *parecer de impacto orçamentário e financeiro*, já que a facultatividade da contribuição traria impactos ao Fundo de Amparo ao Trabalhador (o que resultaria em violação ao art. 113 do ADCT).

Aduz, em termos materiais, haver ofensa à unicidade sindical e à representação compulsória da categoria.

Defende que a interpretação da autorização prévia e expressa deva ser feita no âmbito da assembleia, e não individualmente, e afirma que os arts. 578⁸, 579,

8 “Art. 578. As contribuições devidas aos sindicatos pelos participantes das categorias econômicas ou profissionais ou das profissões liberais representadas pelas referidas entidades serão, sob a denominação de contribuição sindical, pagas, recolhidas e aplicadas na forma estabelecida neste Capítulo, desde que prévia e expressamente autorizadas. (Redação dada pela Lei nº 13.467, de 2017)”

582⁹, 583¹⁰, 602 e 611-B¹¹ da CLT não fazem menção à expressão individual,

- 9 “Art. 582. Os empregadores são obrigados a descontar da folha de pagamento de seus empregados relativa ao mês de março de cada ano a contribuição sindical dos empregados que autorizaram prévia e expressamente o seu recolhimento aos respectivos sindicatos. (Redação dada pela Lei nº 13.467, de 2017)
 § 1º Considera-se um dia de trabalho, para efeito de determinação da importância a que alude o item I do Art. 580, o equivalente: (Redação dada pela Lei nº 6.386, de 09/12/1976)
 a) a uma jornada normal de trabalho, se o pagamento ao empregado for feito por unidade de tempo; (Redação dada pela Lei nº 6.386, de 09/12/1976)
 b) a 1/30 (um trinta avos) da quantia percebida no mês anterior, se a remuneração for paga por tarefa, empreitada ou comissão. (Redação dada pela Lei nº 6.386, de 09/12/1976)
 § 2º Quando o salário for pago em utilidades, ou nos casos em que o empregado receba, habitualmente, gorjetas, a contribuição sindical corresponderá a 1/30 (um trinta avos) da importância que tiver servido de base, no mês de janeiro, para a contribuição do empregado à Previdência Social. (Redação dada pela Lei nº 6.386, de 09/12/1976)”
- 10 “Art. 583. O recolhimento da contribuição sindical referente aos empregados e trabalhadores avulsos será efetuado no mês de abril de cada ano, e o relativo aos agentes ou trabalhadores autônomos e profissionais liberais realizar-se-á no mês de fevereiro, observada a exigência de autorização prévia e expressa prevista no art. 579 desta Consolidação. (Redação dada pela Lei nº 13.467, de 2017)
 § 1º O recolhimento obedecerá ao sistema de guias, de acordo com as instruções expedidas pelo Ministro do Trabalho. (Incluído pela Lei nº 6.386, de 09/12/1976)
 § 2º O comprovante de depósito da contribuição sindical será remetido ao respectivo Sindicato; na falta deste, à correspondente entidade sindical de grau superior, e, se for o caso, ao Ministério do Trabalho. (Incluído pela Lei nº 6.386, de 09/12/1976)”
- 11 “Art. 611-B. Constituem objeto ilícito de convenção coletiva ou de acordo coletivo de trabalho, exclusivamente, a supressão ou a redução dos seguintes direitos: (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)
 I – normas de identificação profissional, inclusive as anotações na Carteira de Trabalho e Previdência Social; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)
 II – seguro-desemprego, em caso de desemprego involuntário; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)
 III – valor dos depósitos mensais e da indenização rescisória do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS); (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)
 IV – salário mínimo; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)
 V – valor nominal do décimo terceiro salário; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)
 VI – remuneração do trabalho noturno superior à do diurno; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)
 VII – proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)
 VIII – salário-família; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)
 IX – repouso semanal remunerado; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)
 X – remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em 50% (cinquenta por cento) à do normal; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)
 XI – número de dias de férias devidas ao empregado; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)
 XII – gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)
 XIII – licença-maternidade com a duração mínima de cento e vinte dias; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)
 XIV – licença-paternidade nos termos fixados em lei; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)
 XV – proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)
 XVI – aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)
 XVII – normas de saúde, higiene e segurança do trabalho previstas em lei ou em normas regulamentadoras do Ministério do Trabalho; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)
 XVIII – adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

posicionamento do qual se discorda, tendo em vista a dicção, por exemplo, dos arts. 579 e 602 da CLT (com redação dada pelo art. 1º da Lei nº 13.467/2017) que expressamente se referem “aos que participarem de uma determinada categoria” ou, ainda, “os empregados (...) que venham a autorizar prévia e expressamente o recolhimento” conforme se observa *in verbis*:

“Art. 579. O desconto da contribuição sindical está condicionado à autorização prévia e expressa *dos que participarem* de uma determinada categoria econômica ou profissional, *ou de uma profissão liberal*, em favor do sindicato representativo da mesma categoria ou profissão ou, inexistindo este, na conformidade do disposto no art. 591 desta Consolidação. (Redação dada pela Lei nº 13.467, de 2017)

(...)

Art. 602. *Os empregados que não estiverem trabalhando* no mês destinado ao desconto da contribuição sindical *e que venham a autorizar prévia e expressamente* o recolhimento serão descontados no primeiro mês subsequente ao do reinício do trabalho. (Redação dada pela Lei nº 13.467, de 2017)

XIX – aposentadoria; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

XX – seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

XXI – ação, quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

XXII – proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador com deficiência; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

XXIII – proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito anos e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

XXIV – medidas de proteção legal de crianças e adolescentes; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

XXV – igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

XXVI – liberdade de associação profissional ou sindical do trabalhador, inclusive o direito de não sofrer, sem sua expressa e prévia anuência, qualquer cobrança ou desconto salarial estabelecidos em convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

XXVII – direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

XXVIII – definição legal sobre os serviços ou atividades essenciais e disposições legais sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade em caso de greve; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

XXIX – tributos e outros créditos de terceiros; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

XXX – as disposições previstas nos arts. 373-A, 390, 392, 392-A, 394, 394-A, 395, 396 e 400 desta Consolidação. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

Parágrafo único. Regras sobre duração do trabalho e intervalos não são consideradas como normas de saúde, higiene e segurança do trabalho para os fins do disposto neste artigo. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)”

Parágrafo único. De igual forma se procederá com os empregados que forem admitidos depois daquela data e que não tenham trabalhado anteriormente nem apresentado a respectiva quitação.”

Sustentam, mais adiante, que essa alteração implicará na fragilização dos direitos sociais dos trabalhadores, não sendo justo que o sindicato deva, pela Magna Carta, defender toda a categoria sem nenhuma contrapartida.

Nessa perspectiva, surge mais um questionamento inevitável, qual seja: considerando ter sido declarada a constitucionalidade da facultatividade do recolhimento da contribuição sindical, toda a categoria continuará sendo beneficiada pelas conquistas sindicais ou apenas os integrantes da categoria que optarem por contribuir voluntariamente?

E, se o entendimento que prevalecer for o calcado na isonomia tributária e na vedação ao enriquecimento ilícito, ou seja, e se prevalecer o posicionamento que, em nome de outros princípios, admite-se a segregação das benesses aos empregados integrantes da mesma categoria?

Será que o trabalhador que optar por contribuir voluntariamente acabará sendo discriminado por ter mais direitos que os demais que não fomentam a sustentabilidade sindical? Ou será que ele terá receio de contribuir?

6 – Defesa de toda a categoria ou apenas dos que optaram por contribuir voluntariamente? É possível que a autorização prévia seja assegurada em sede de assembleia geral especificamente convocada para esse fim?

Algumas decisões judiciais¹², influenciadas por princípios como o da vedação ao enriquecimento sem causa (art. 884¹³ do CC/02) e o da isonomia

12 Uma das primeiras decisões paradigmáticas sobre o tema foi prolatada pelo juízo da 30ª Vara do Trabalho de São Paulo, na Ação 01619-2009-030-02-00-9, na qual o magistrado Eduardo Rockenbach Pires declarou inaplicável a convenção coletiva ao trabalhador que sustentou não ser sindicalizado, motivo pelo qual se negou a contribuir para a entidade sindical dos trabalhadores, mas afirmou, a despeito disso, pretender ver aplicadas a seu contrato de trabalho as cláusulas da convenção coletiva que estipulem direitos dos empregados da categoria. Para o magistrado Eduardo Rockenbach, tal comportamento viola a cláusula objetiva de boa-fé (art. 422 do CC/02). Além disso, se é certo que a sindicalização é uma faculdade do cidadão, não é menos certo que as entidades sindicais devem ser valorizadas e precisam da participação dos trabalhadores, inclusive financeira, a fim de se manterem fortes e aptas a defenderem os interesses comuns. Alias, como qualquer associação de particulares. Assim, como o autor não concorda em contribuir com o sindicato, é justo que não aprofite as vantagens negociadas por este em favor da categoria profissional.

13 “Art. 884. Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários.
Parágrafo único. Se o enriquecimento tiver por objeto coisa determinada, quem a recebeu é obrigado a restituí-la, e, se a coisa não mais subsistir, a restituição se fará pelo valor do bem na época em que foi exigido.”

tributaria (art. 150, II¹⁴, da CF), vem defendendo a aplicação das vantagens obtidas via negociação coletiva somente aos integrantes da categoria que optarem por contribuir voluntariamente. Todavia, apesar de fundamentadas (art. 93, IX, da CF), tais decisões mitigam a *ratio* do art. 8º, III, da Constituição que trata da defesa sindical de toda a categoria.

De outro giro, para a 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho, é lícita a autorização coletiva prévia e expressa para o desconto das contribuições sindical e assistencial, obtida mediante convocação de toda a categoria representada especificamente para esse fim, independentemente de associação e sindicalização.

Assim, segundo o Enunciado nº 38, a decisão da assembleia geral será obrigatória para toda a categoria, no caso das convenções coletivas, ou para todos os empregados das empresas signatárias do acordo coletivo de trabalho.

Ainda no mesmo verbete se afirma que o poder de controle do empregador sobre o desconto da contribuição sindical é incompatível com o *caput* do art. 8º da Constituição e com o art. 1º da Convenção nº 98 da OIT, por violar os princípios da liberdade e da autonomia sindical e da coibição aos atos antissindicais.

Esse é um posicionamento constitucionalizado, na linha do que preconiza o *Parquet* do trabalho e, em se tratando de autorização prévia negociada, embora não se entenda que essa tenha sido a *mens legislatoris*, fato é que culmina na interpretação mais adequada para fins de combate à discriminação dos empregados que por ventura queiram contribuir e se tornem mais caros para o empregador, sendo, pois, alvo de retaliações.

Ao mesmo tempo, respeita-se a separação dos poderes, escapando-se à declaração de inconstitucionalidade e encontrando um caminho interpretativo conforme a Constituição, a partir de sua compreensão sistemática da Carta, sem que haja violação ao art. 22 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e ao art. 8º do Pacto de San Salvador, que tratam de liberdade sindical individual para fins de filiação, conceito que não se confunde com a noção de custeio da atividade sindical, conforme fls. 2/3 da Nota Técnica nº 1, de 27 de abril de 2018, da CONALIS.

14 “Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:
(...)

II – instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos;”

7 – Conclusão

Diante do exposto, evidencia-se que o escopo deste artigo foi o de abordar os pontos favoráveis e contrários à constitucionalidade da facultatividade da contribuição sindical consagrada pela Reforma Trabalhista em um viés genuinamente tributário.

Em termos formais restou demonstrada a inexistência de inconstitucionalidade, face ao disposto nos arts. 3º e 97 do Código Tributário Nacional, que dispõe que o tributo é instituído e extinto por lei ordinária, sendo a reserva de lei complementar em matéria tributária hipótese excepcionalíssima, taxativa e expressa, não abrangendo a extinção da compulsoriedade da contribuição sindical, consoante Tema nº 227, já julgado com repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal, e recente decisão do Pretório, proferida em sede de controle abstrato, tendo como norte a ADI 5.784, julgada no dia 29 de junho de 2018, considerando constitucional a referida extinção na linha, inclusive, de recente decisão proferida pela Suprema Corte Norte Americana em 2018 no caso “Janus, Mark v. American Federation”¹⁵, sobre a mesma temática.

Contudo, a alegação pertinente à violação direta ao art. 113 do ADCT, relativa à ausência de parecer sobre o impacto orçamentário e financeiro da renúncia de receita destinada ao Fundo de Amparo ao Trabalhador, ainda gera controvérsias (ao menos do ponto de vista doutrinário), já que parte da contribuição sindical compulsória era destinada à Conta Especial de Emprego e Salário e ainda que tal argumento tenha sido rechaçado pelo STF no julgamento da ADI 5.497.

Mais adiante, no que tange à inconstitucionalidade material, a questão se torna mais controvertida quando se digladiam os argumentos da AGU (sobre a existência de outras fontes de custeio sindical, como, por exemplo, os honorários sucumbenciais) e o desmantelamento sindical envolvendo a pulverização e o fracionamento da defesa da categoria face aos princípios da vedação ao enriquecimento ilícito e à isonomia tributária, que conflitam com o Enunciado nº 38 da 2ª Jornada, o qual propõe solução alinhada à Nota Técnica nº 1, de 27 de abril de 2018 (exarada pela CONALIS), que admite que a autorização prévia e expressa seja fornecida por meio de assembleia sindical, o que constitucionaliza a querela, respeitando-se a separação de poderes e o art. 8º, III, da Constituição.

Nota-se, por conseguinte, que a interpretação sistemática e conforme é fundamental nesse momento histórico e paradigmático de mudança da normativa

15 Disponível em: <<https://www.law.cornell.edu/supct/cert/16-1466>>.

laboral, porquanto “a relação que liga o trabalhador ao seu empregador não é somente uma relação obrigacional. É, antes de tudo, uma relação de poder”¹⁶, motivo pelo qual interpretações que favoreçam o fortalecimento sindical merecem ser estimuladas sob pena de o potente braço coletivo ser extirpado do corpo e mutilado junto aos direitos sociolaborais.

Contudo, apesar do norte desejado, decidiu o Supremo¹⁷, por maioria, em uma postura autocontida, respeitar a opção legislativa realizada pelo Congresso Nacional, por entender que a extinção da obrigatoriedade da contribuição sindi-

16 Clássica lição, ainda atual, do alemão Hugo Sinzheimer.

17 Consoante Informativo 908 do STF:

“DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

Reforma trabalhista e contribuição sindical

São compatíveis com a Constituição Federal (CF) os dispositivos da Lei nº 13.467/2017 (Reforma Trabalhista) que extinguiram a obrigatoriedade da contribuição sindical e condicionaram o seu pagamento à prévia e expressa autorização dos filiados.

Com base nesse entendimento, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF), por maioria, julgou improcedentes os pedidos formulados em ações diretas de inconstitucionalidade, e procedente o pedido apresentado em ação declaratória de constitucionalidade, para reconhecer a constitucionalidade do art. 1º da Lei nº 13.467/2017, que alterou a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT).

No âmbito formal, o STF entendeu que a Lei nº 13.467/2017 não contempla normas gerais de direito tributário [CF, art. 146, III, a (1)], dispensada a edição de lei complementar para tratar sobre matéria relativa a contribuições.

Também não se aplica ao caso a exigência de lei específica prevista no art. 150, § 6º (2), da CF, pois a norma impugnada não disciplinou nenhum dos benefícios fiscais nele mencionados, quais sejam, subsídio ou isenção, redução de base de cálculo, concessão de crédito presumido, anistia ou remissão.

Sob o ângulo material, o Tribunal asseverou que a Constituição assegura a livre associação profissional ou sindical, de modo que ninguém é obrigado a filiar-se ou a manter-se filiado a sindicato [CF, art. 8º, V (3)]. O princípio constitucional da liberdade sindical garante tanto ao trabalhador quanto ao empregador a liberdade de se associar a uma organização sindical, passando a contribuir voluntariamente com essa representação.

Ressaltou que a contribuição sindical não foi constitucionalizada no texto magno. Ao contrário, não há qualquer comando ao legislador infraconstitucional que determine a sua compulsoriedade. A Constituição não criou, vetou ou obrigou a sua instituição legal.

Compete à União, por meio de lei ordinária, instituir, extinguir ou modificar a natureza de contribuições [CF, art. 149 (4)]. Por sua vez, a CF previu que a assembleia geral fixará a contribuição que, em se tratando de categoria profissional, será descontada em folha, para custeio do sistema confederativo da representação sindical respectiva, independentemente da contribuição prevista em lei [CF, art. 8º, IV (5)]. A parte final do dispositivo deixa claro que a contribuição sindical, na forma da lei, é subsidiária como fonte de custeio em relação à contribuição confederativa, instituída em assembleia geral.

Não se pode admitir que o texto constitucional, de um lado, consagre a liberdade de associação, sindicalização e expressão [CF, arts. 5º, IV e XVII, e 8º, *caput* (6)] e, de outro, imponha uma contribuição compulsória a todos os integrantes das categorias econômicas e profissionais.

Desse modo, a discussão a respeito do modelo de gestão sindical a ser adotado no Brasil é eminentemente política, cujo protagonista é o Congresso Nacional. O STF deve ser autocontido, de forma a respeitar as escolhas políticas do Legislativo.

Ademais, a reforma trabalhista busca a evolução de um sistema sindical centralizador, arcaico e paternalista para um modelo mais moderno, baseado na liberdade. O modelo de contribuição compulsória

cal encontra-se na diretriz da busca por um sistema sindical menos centralizador e paternalista e verdadeiramente representativo.

não estimulava a competitividade e a representatividade, levando a um verdadeiro negócio privado, bom apenas para sindicalistas.

A sistemática anterior criou um associativismo com enorme distorção representativa. No Brasil, são quase 17 mil sindicatos, enquanto em outros países apenas algumas centenas. A contribuição compulsória vinha gerando oferta excessiva e artificial de associações sindicais, o que configura perda social em detrimento dos trabalhadores. Esse número estratosférico de sindicatos não se revertia em aumento do bem-estar de nenhuma categoria.

Nesse contexto, as entidades sindicais frequentemente se engajam em atividades políticas, lançando e apoiando candidatos, clamando protestos e mantendo estreitos laços com partidos políticos. Ocorre que o discurso político é o núcleo por excelência da liberdade de expressão. Ao exigir que indivíduos financiem atividades políticas com as quais não concordam, por meio de contribuições compulsórias a sindicatos, o regime anterior certamente vulnerava a garantia fundamental da liberdade de expressão, protegida pelo art. 5º, IV (6), da Constituição.

Por sua vez, a nova sistemática leva a um novo pensar da sociedade sobre como lidar com as categorias econômicas e trabalhistas e com as formas de atuação na sociedade, sem depender necessariamente do Estado. Os sindicatos passarão a ser sustentados por contribuições voluntárias, do mesmo modo que as demais associações.

O STF já reconheceu, inclusive, a constitucionalidade de normas que afastam o pagamento compulsório de contribuição sindical, por não configurar interferência indevida na autonomia nem no sistema dos sindicatos (ADI 2.522).

Por fim, a despeito de considerar conveniente a adoção de normas de transição entre o regime compulsório e o facultativo, entendeu que sua ausência não é suficiente para tornar a legislação incompatível com o texto constitucional.

Vencidos os Ministros Edson Fachin (Relator), Rosa Weber e Dias Toffoli, para quem as alterações legislativas são inconstitucionais formal e materialmente.

Sob o aspecto formal, entenderam que parte da contribuição sindical obrigatória (10%) é destinada à Conta Especial Emprego e Salário (FAT), nos termos do art. 589 (7) da CLT. Nessa parte, a arrecadação da contribuição é receita pública que somente poderia ter sido alterada mediante a indicação da estimativa do seu impacto orçamentário e financeiro [ADCT, art. 113 (8)], o que não foi demonstrado nos autos.

Com relação ao material, a inexistência de uma fonte de custeio obrigatória inviabiliza o direito constitucionalmente reconhecido a um regime sindical, que é sustentado no tripé da unicidade sindical, representatividade obrigatória e custeio das entidades sindicais por meio de um tributo, a contribuição sindical, expressamente autorizada pelo art. 149 (4) da CF. Ainda que fosse possível a mudança de regime, deveria ter sido observado um período de transição para a implantação de novas regras relativas ao custeio das entidades sindicais.

(1) CF: ‘Art. 146. Cabe à lei complementar: (...) III – estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre: a) definição de tributos e de suas espécies, bem como, em relação aos impostos discriminados nesta Constituição, a dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes’.

(2) CF: ‘Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: (...) § 6º Qualquer subsídio ou isenção, redução de base de cálculo, concessão de crédito presumido, anistia ou remissão, relativos a impostos, taxas ou contribuições, só poderá ser concedido mediante lei específica, federal, estadual ou municipal, que regule exclusivamente as matérias acima enumeradas ou o correspondente tributo ou contribuição, sem prejuízo do disposto no art. 155, § 2º, XII, g’.

(3) CF: ‘Art. 8º É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte: (...) V – ninguém será obrigado a filiar-se ou a manter-se filiado a sindicato’.

(4) CF: ‘Art. 149. Compete exclusivamente à União instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de

Referências bibliográficas

ABRAHAM, Marcus. *Curso de direito tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

ALTSCHULER, Daniel. *Participatory budgeting in the United States: what is its role?* Disponível em: <<https://nonprofitquarterly.org/policysocial-context/22157-participatory-budgeting-in-the-united-states-what-is-its-role.html>>.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais da construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. *Interpretação e aplicação da Constituição*. Fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CATARINO, João Ricardo. *Princípios de finanças públicas*. Coimbra: Almedina, 2011.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 16. ed. São Paulo: LTr, 2017.

_____; DELGADO, Gabriela Neves. *A reforma trabalhista no Brasil com os comentários à Lei nº 13.467/2017*. São Paulo: LTr, 2017.

DOMINGUES, José Marcos. O desvio de finalidade das contribuições e o seu controle tributário e orçamentário no direito brasileiro. In: DOMINGUES, José Marcos (Coord.). *Direito tributário e políticas públicas*. São Paulo: MP, 2008.

DUARTE, Tiago. *A lei por detrás do orçamento: a questão constitucional da Lei do Orçamento*. Coimbra: Almedina, 2007.

DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Massachusetts: Harvard University, 1978.

sua atuação nas respectivas áreas, observado o disposto nos arts. 146, III, e 150, I e III, e sem prejuízo do previsto no art. 195, § 6º, relativamente às contribuições a que alude o dispositivo’.

(5) CF: ‘Art. 8º É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte: (...) IV – a assembleia geral fixará a contribuição que, em se tratando de categoria profissional, será descontada em folha, para custeio do sistema confederativo da representação sindical respectiva, independentemente da contribuição prevista em lei’.

(6) CF: ‘Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) IV – é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato; (...) XVII – é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar; (...) Art. 8º É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte: (...)’.

(7) CLT: ‘Art. 589. Da importância da arrecadação da contribuição sindical serão feitos os seguintes créditos pela Caixa Econômica Federal, na forma das instruções que forem expedidas pelo Ministro do Trabalho: (...) II – para os trabalhadores: (...) e) 10% (dez por cento) para a ‘Conta Especial Emprego e Salário’.

(8) ADCT: ‘Art. 113. A proposição legislativa que crie ou altere despesa obrigatória ou renúncia de receita deverá ser acompanhada da estimativa do seu impacto orçamentário e financeiro’.” (ADI 5.794/DF, Rel. Min. Edson Fachin, Red. p/ o ac. Min. Luiz Fux, j. 29.06.2018)

DOCTRINA

- FARRIER, Jasmine. *Passing the buck: Congress, the budget and deficits*. Lexington: University Press of Kentucky, 2004.
- FONROUGE, Carlos Maria Giuliani. *Derecho financiero*. 3. ed. Buenos Aires: Depalma, 1976.
- FRANCO, António L. Sousa. Dez anos de evolução do direito financeiro português – 1974/1984. *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, ano 45, n. 3, 1985.
- GUIMARÃES, Ricardo Pereira de Freitas; MARTINEZ, Luciano. *Desafios da reforma trabalhista de acordo com a MP 808/2017 e com a Lei 13.509/2017*. São Paulo: RT, 2017.
- HARADA, Kiyoshi. *Direito financeiro e tributário*. São Paulo: Atlas, 2002.
- INFORMATIVO 908 DO STF (sessões de 28 de maio a 29 de junho). Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoInformativoTema/anexo/Informativomensaljunho2018.pdf>>.
- JANUS, MARK V. AMERICAN FEDERATION. Disponível em: <<https://www.law.cornell.edu/supct/cert/16-1466>>.
- KEITH, Robert; SCHICK, Allen. *Manual on the Federal Budget Process*. Washington, D.C.: Congressional Research Service, 1998.
- LAPATZA, José Juan Ferreiro. *Curso de derecho financiero español: instituciones*. 25. ed. Madrid: Marcial Pons, 2006, p. 323. In: ABRAHAM, Marcus. *Curso de direito tributário*. Rio de Janeiro: Forense: 2018.
- MAIOR, Jorge Luiz Souto; SEVERO, Valdere Souto. *Resistência*. Aportes teóricos contra o retrocesso trabalhista. São Paulo: Expressão Popular, 2017.
- MELO, Raimundo Simão de; ROCHA, Cláudio Jannoti. Constitucionalismo, trabalho, seguridade social e as reformas trabalhista e previdenciária. *I Congresso Internacional de Direito do Trabalho e da Seguridade Social*. São Paulo: LTr, 2017.
- MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1990. t. 1.
- NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011.
- OLIVEIRA, Regis Fernandes. *Curso de direito financeiro*. São Paulo: RT, 2006.
- PINHEIRO, Bruno. *Controle de constitucionalidade: doutrina, jurisprudência e questões*. São Paulo: Método, 2010.
- POIRIER, Donald; DEBRUCHE, Anne-Françoise. *Introduction générale à la Common Law*. Québec: Yvon Blais, 2005.
- POUND, Roscoe. Common law and legislation. *Harvard Law Review*, vol. XXI, apr. 1908.
- RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 1997.
- REVISTA DOS TRIBUNAIS. São Paulo, RT, vol. 985, p. 23-243, nov. 2017.
- ROSSANO, Claudio. *Manuale di diritto pubblico*. 2. ed. Napoli: Jovene, 2007.

DOCTRINA

SANNINO, Gabriele. *I segreti del debito pubblico: i veri motivi della crisi economica*. Roma: Fuoco, 2012.

SATURNO, James V. *The congressional budget process: a brief overview*. Washington, D.C.: Congressional Research Service, 2011.

STAPENHURST, Rick *et alii* (Ed.). *Legislative oversight and budgeting: a world perspective*. Washington, DC: The World Bank, 2008.

TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de direito financeiro*. 19. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2013.

_____. *Curso de direito financeiro e tributário*. 13. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

TUPINAMBÁ, Carolina; GOMES, Fábio Rodrigues. *A reforma trabalhista. O impacto nas relações de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

VEGAS, Giuseppe. *Il bilancio pubblico*. Bologna: Il Mulino, 2014.

VILLEGAS, Héctor B. *Curso de finanzas, derecho financiero y tributario*. Buenos Aires: Depalma, 1975.

Recebido em: 06/05/2018

Aprovado em: 14/06/2018

CONTRIBUIÇÃO SINDICAL PÓS-REFORMA E A CONTRIBUIÇÃO NEGOCIAL

UNION TRADE CONTRIBUTION AFTER LABOR REFORM LAW AND THE BARGAINING CONTRIBUTION

Marcelo Carlos Ferreira*

Saulo Martins de Melo**

RESUMO: O presente artigo propõe a análise da contribuição sindical, a partir de sua evolução histórica no ordenamento jurídico brasileiro e os impactos causados pela Lei nº 13.467/2017, alcinhada de Lei da Reforma Trabalhista, sobretudo quanto à constitucionalidade e convencionalidade do instituto, sua natureza jurídica e confronto com institutos congêneres no Direito Comparado, além da nova visão e posição que se deve passar a adotar quanto à contribuição negocial ou de solidariedade, em confronto com o quadro legislativo atualmente estabelecido pelas mudanças no estuário normativo trabalhista.

PALAVRAS-CHAVE: Contribuição Sindical. Reforma Trabalhista.

ABSTRACT: The present article proposes analysing the union trade contribution, based on its historical evolution in the Brazilian legal system and the impacts caused by Law no. 13.467/2017, which is known as the Labor Reform Law, especially regarding the constitutionality and convention of the institute, its legal nature and confrontation with similar institutes in Comparative Law, besides the new vision and position to be adopted with respect to the bargaining or solidarity contribution, in comparison with the legislative framework currently established by the changes in the labor normative estuary.

KEYWORDS: Union Contribution. Labor Reform Law.

1 – Previsão legal. Natureza jurídica

A contribuição sindical é atual denominação, algo eufemística, de instituto presente no estuário normativo trabalhista desde a construção do sistema sindical corporativista positivado pela Consolidação das Leis do Trabalho, ainda na década de 1940, que, em seus arts. 578 a 610, tratava do, até então, imposto sindical.

* Juiz do trabalho do TRT da 15ª Região – Campinas-SP; graduado em Direito; Bacharelado em Ciências Jurídicas e Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas – PUC Campinas; pós-graduação lato sensu; especialização em Direito Processual Civil pela Escola Paulista da Magistratura – EPM.

** Assessor de juiz do TRT da 15ª Região – Campinas-SP; graduado, com menção honrosa, em Direito, pela Faculdade de Direito de Sorocaba.

DOCTRINA

De início, cumpre informar a topologia constitucional objeto de sua recepção pelo ordenamento jurídico vigente, uma vez que a Constituição de 1988 estabeleceu, em capítulo que trata dos direitos sociais, artigo que cuida especialmente do tema sindical, assim dispendo: “A assembleia geral fixará a contribuição que, em se tratando de categoria profissional, será descontada em folha, para custeio do sistema confederativo da representação sindical respectiva, independentemente da contribuição prevista em lei” (art. 8º, IV, da CF/88). Assim, o trecho final de tal previsão constitucional, traduzida na expressão “independentemente da contribuição prevista em lei”, seria o responsável por manter íntegras as disposições celetistas quanto ao tema.

A seu turno, a contribuição sindical deteria *natureza jurídica* eminentemente *tributária*, subsumindo-se à própria definição impressa pelo art. 3º do CTN, na medida em que se revelava como prestação pecuniária compulsória, em moeda, não constituinte de sanção por prática de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.

Neste sentido andou o CTN ao destacar de maneira expressa que a taxatividade dos impostos componentes do sistema tributário nacional não excluía a incidência e exigibilidade do então imposto sindical que, à evidência, restou intacta, conforme inteligência de seus arts. 7º e 217, I. De se notar sua pertença à espécie tributária denominada “contribuições especiais”, permeada de patente matiz *parafiscal*, cuja receita arrecadatória, portanto, tem efeito apenas oblíquo diante do principal objeto da exação: o fomento a determinada atividade reputada essencial pela sociedade.

Em casos tais, poderia ocorrer, como ainda se dá, a delegação das funções de arrecadar, fiscalizar e executar os tributos, entendendo-se, portanto, que a capacidade tributária ativa pode ser exercida por pessoa diversa do ente político.

Neste sentido, são as lições de Carrazza:

“Conforme já afirmamos os tributos quase sempre são arrecadados pela pessoa política que os instituiu. Como, porém, a *capacidade tributária ativa* é delegável por lei, nada obsta a que uma pessoa diversa daquela que criou a exação venha, afinal, a arrecadá-la. Para tanto, basta, fundamentalmente, que a pessoa beneficiada persiga finalidades públicas ou, pelo menos, de interesse público, isto por exigência do princípio da destinação pública do dinheiro arrecadado mediante o exercício da tributação. Ora bem, quando uma pessoa que não aquela que criou o tributo vem a arrecadá-lo para si própria, dizemos que está presente o fenômeno da parafiscalidade. E, de modo mais ou menos invariável, o tributo assim

cobrado ganha o nome de contribuição parafiscal.” (CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 647-648)

2 – A recente reforma trabalhista e a facultatividade do recolhimento. Necessidade de lei complementar

Com o advento da Lei nº 13.467/2017, a chamada Reforma Trabalhista, se alterou a redação dos artigos da CLT responsáveis pela regulamentação do instituto, introduzindo-se, reiteradamente, que a contribuição sindical somente poderia ser cobrada desde que *prévia e expressamente autorizada* pelo empregado, avulso, empregador e mesmo dos profissionais liberais, sem trazer qualquer medida compensatória ou período de transição.

Por um lado, tocar no custeio sindical para afastar sua arrecadação cogente e, destarte, atrelada ao Estado, e que significava suporte financeiro certo e desvinculado de efetiva atuação da agremiação, tem sido causa de manifestação positiva sobre a referida reforma legal, mesmo por parte de muitos dos seus mais ferozes críticos, que sustentam a carência da devida maturação legislativa e até de conteúdo oportuno e efetivamente em sintonia com os melhores propósitos do direito laboral.

Mas surge, de todo modo, a primeira discussão voltada à inconstitucionalidade nomodinâmica da Lei da Reforma que, sendo *ordinária*, não poderia ter inovado e tratado de matéria pertencente à seara tributária, uma vez que esta teria reserva especial da Carta Política à *lei complementar*, de quórum qualificado e destinada a matérias mais sensíveis, conforme inteligência dos arts. 146 e 149 da CF/88.

Em verdade, não se permite perder de vista a inserção da temática em um *sistema* mais amplo e abrangente, composto pela reunião dos textos do direito positivo em vigor, sendo que cada componente ou unidade jurídica se interliga mediante vínculos horizontais (relações de coordenação) e verticais (relações de subordinação-hierarquia), dispostos em uma estrutura hierarquizada, que se opera tanto no aspecto material quanto no processual, e lhe imprime dinâmica para regulação de criação e transformação.

E é dentro deste sistema que, em nosso sentir, se deve bem abordar a regra constitucional disposta no art. 149 da Carta Cidadã, já que diz respeito à *instituição* de contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, e não ao posterior tratamento da matéria, quando *não derivar efetiva nova materialidade econômica*.

DOCTRINA

Em outras palavras, de se compreender que a gênese da contribuição, seu fato gerador, base de cálculo e respectivo contribuinte deve advir de lei complementar, quando a própria Constituição não se encarregar de tal mister, *não* havendo, contudo, censura a que o *legislador ordinário* trate da matéria, quando não adotar posição que negue tais elementos anteriormente definidos.

Assim, a capacidade de *innovar* o ordenamento jurídico, trazendo à vida, certos e determinados tipos tributários, com estabelecimento de seus contornos, inegavelmente pertence ao quórum qualificado das leis complementares e mesmo das emendas constitucionais, o que não ocorre com a discricionariedade própria do legislador ordinário, adstrito por aqueles périplos.

Colhe-se farta sustentação doutrinária nesta linha de argumentação.

Assim, o art. 146 da CF/88, seria, na terminologia consagrada de José Afonso da Silva, uma norma de eficácia contida, conforme destacado magistério:

“Normas de eficácia contida são “um grupo de normas constitucionais diferentes das de eficácia plena e das de eficácia limitada, exigindo tratamento à parte, porque, conquanto se pareçam com aquelas (são de aplicabilidade imediata) sob o aspecto da aplicabilidade, delas se distanciam pela possibilidade de contenção de sua eficácia, mediante legislação futura ou outros meios; e, se se assemelham à eficácia limitada pela possibilidade de regulamentação legislativa, desta se afastam sob o ponto de vista da aplicabilidade e porque a intervenção do legislador tem sentido exatamente contrário: restringe o âmbito de sua eficácia e aplicabilidade, em vez de ampliá-lo como se dá com as de eficácia limitada.” (*Aplicabilidade das normas constitucionais*. 2. ed. São Paulo: RT, 1982. p. 92)

Seriam as normas com eficácia relativa restringível a que alude Maria Helena Diniz, seguindo terminologia de Michel Temer, ou seja “normas constitucionais de eficácia redutível ou restringível, por serem de aplicabilidade imediata ou plena, embora sua eficácia possa ser reduzida, restringida nos casos e na forma que a lei estabelecer; têm, portanto, seu alcance reduzido pela atividade legislativa” (*Norma constitucional e seus efeitos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva 1992. p. 101).

Também Eduardo P. Arruda Alvim, “(...) a lei complementar, prevista no art. 146 da CF/88, pode, apenas, dispor sobre conflitos de competência e

regular as limitações constitucionais ao poder de tributar, para tanto podendo dispor acerca das normas gerais em matéria de legislação tributária”¹.

E não se trata de ponto de vista isolado. A contribuição social sobre o lucro foi criada por lei ordinária e, à luz da interpretação de que “sua definição” deveria estar em lei complementar, foi contestada perante o Judiciário, tendo o Supremo Tribunal Federal declarado que lei complementar não seria necessária e que lei ordinária, na competência própria do ente tributante outorgada pela lei suprema, poderia substituí-la, sendo, pois, constitucional a cobrança daquele tributo.

Explicita o Min. Ives Gandra da Silva Martins:

“O mesmo ocorreu em relação ao IVV, praticamente afastado pela EC nº 3/91, ou com o IPVA, que foi criado pela EC nº 27/95 e não teve seu perfil definido por lei complementar, apesar de todos os outros impostos terem sido conformados por veículo de tal hierarquia, lembrando-se que as normas gerais eram de elaboração necessária por lei complementar, desde a Constituição de 1967.

A própria LC nº 70/91, que instituiu a Cofins, foi alterada por lei ordinária, por entender, o legislador federal, que tratando-se de contribuição social, a definição em lei complementar, a que se referiu o constituinte, seria apenas para definir o limite da competência e não seu exercício. A lei ordinária (Lei nº 9.718/98) alterou, pois, a ‘definição’ do tributo, em consonância com o julgado da Máxima Corte, não tendo até agora sido derrubada tal modificação da forma de veiculação das normas – apesar de entender eu que a ‘liturgia das formas’, neste caso, deveria ser respeitada.

Em outras palavras: a ‘definição’ a que faz menção o constituinte, não é a assunção de poderes próprios da competência impositiva de cada entidade federativa, no que concerne às cinco espécies tributárias, mas apenas o delineamento de seus limites em relação às demais competências, daí por que os próprios conflitos devem ser dirimidos pela lei complementar.

No que concerne à ação interna da competência delimitada, isto é, à definição de técnica de arrecadação, a lei complementar não será jamais exaustiva, podendo admitir técnicas alternativas, desde que exclusivamente no campo de atuação do ente federativo, pois, para tais

1 Lei complementar tributária. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 6, p. 47-70, jan./mar. 1994 | DTR\1994\501.

efeitos, a lei complementar não é necessária, como se demonstrou quanto às contribuições sociais, IPVA, IVV e mesmo quanto ao imposto sobre a renda, com a Lei nº 8.541/92, que admitiu incidência, em regimes jurídicos distintos, do imposto sobre a renda para empresas, independente de efetiva aquisição de disponibilidade econômica, no concernente às aplicações financeiras.”²

Prosseguindo-se na busca pela jurisprudência que se vem consolidando sobre o mesmo tema central, identifica-se posicionamento alinhado com o que se pontuou.

Assim foram estabelecidas, em verdade, as contribuições previdenciárias trazidas pela Lei de Custeio da Seguridade Social (Lei nº 8.212/91) e é o que corresponde a destacados entendimentos do colendo *Supremo Tribunal Federal* ao enfrentar matérias correlatas (RE 150.755, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, 20.08.93; AI 739.715 AgR, Rel. Min. Eros Grau, Segunda Turma, DJE-113 de 19.06.09; RE 413.413, Rel. Min. Marco Aurélio, 12.06.2013; RE 718.874, Rel. Min. Alexandre de Moraes, 30.03.2017, Informativo 859, Tema nº 669), cujas ementas merecem reprodução para melhor compreensão do tema em foco:

“TRIBUTÁRIO. FINSOCIAL. EMPRESA DEDICADA À PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. CONSTITUCIONALIDADE. PRECEDENTES DO PLENO. A decisão recorrida aplicou ao quadro fático-jurídico projetado pelas instâncias de origem a orientação firmada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal quanto à constitucionalidade do art. 28 da Lei nº 7.738/89, bem como das posteriores majorações de alíquota do Finsocial levadas a efeito pelo art. 7º da Lei nº 7.787/89, pelo art. 1º da Lei nº 7.894/89 e pelo art. 1º da Lei nº 8.147/90, em relação às empresas exclusivamente prestadoras de serviço.” (Cf. a Súmula nº 658/STF, o RE 150.764, Rel. p/ o Acórdão Min. Marco Aurélio, RTJ 147/1024; o RE 150.755, Rel. p/ o Acórdão Min. Sepúlveda Pertence, RTJ 149/259, e o RE 187.436-ED, Rel. p/ o Acórdão Min. Moreira Alves, DJ 23.03.01)

“AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONTRIBUIÇÕES DE INTERVENÇÃO NO DOMÍNIO ECONÔMICO E DE INTERESSE DAS CATEGORIAS PROFISSIONAIS. CRIAÇÃO. DISPENSABILIDADE DE LEI COMPLEMENTAR. O Supremo Tribunal Federal fixou entendimento no sentido da dispensabilidade de lei complementar para a criação das contribuições de intervenção no do-

2 MARTINS, Ives Gandra da Silva. A função da lei complementar tributária – legalidade do Dec. 3.070/99 e da IN SRF 060/99 – Possibilidade de adoção de imposto fixo no direito tributário brasileiro. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, v. 37, p. 167-191, mar./abr. 2001.

DOCTRINA

mínio econômico e de interesse das categorias profissionais. Precedente. Agravo regimental a que se nega provimento.” (AI 739.715 AgR, Rel. Min. Eros Grau, Segunda Turma, j. 26.05.09, DJe-113 divulg. 18.06.09, public. 19.06.09, ement. vol-02365-13, p. 2.745)

“SEBRAE. CONTRIBUIÇÃO. LEI COMPLEMENTAR. DESNECESSIDADE. Não ofende a Constituição a contribuição devida ao Sebrae, sendo inexigível lei complementar.” (Rel. Min. Marco Aurélio, 12.06.2013)

“Tema nº 669. Validade da contribuição a ser recolhida pelo empregador rural pessoa física sobre a receita bruta proveniente da comercialização de sua produção, nos termos do art. 1º da Lei nº 10.256/01. Rel. Min. Edson Fachin. Recurso extraordinário interposto com fundamento no art. 102, III, *b*, da Constituição Federal, em que se discute a constitucionalidade do art. 25 da Lei nº 8.212/91, com a redação dada pelo art. 1º da Lei nº 10.256/01, que reintroduziu, após a Emenda Constitucional nº 20/98, a contribuição a ser recolhida pelo empregador rural pessoa física sobre a receita bruta proveniente da comercialização de sua produção, mantendo a alíquota e a base de cálculo instituídas por leis ordinárias declaradas inconstitucionais em controle difuso pelo Supremo Tribunal Federal. É constitucional formal e materialmente a contribuição social do empregador rural pessoa física, instituída pela Lei nº 10.256/01, incidente sobre a receita bruta obtida com a comercialização de sua produção.”

Frente a tais posicionamentos, permite-se deduzir que o art. 146 da CF/88 revela-se como verdadeira garantia ao contribuinte, voltando-se ao legislador responsável pelo parto do tributo, e não àquele responsável por sua adequação ao plano existencial em momento posterior a sua criação e quando já dado à luz.

Na mesma senda, se observa recente decisão exarada pela SDC do TRT 15ª Região, em consonância com o voto do Exmo. Des. Renan Ravel Rodrigues Fagundes, nos autos do Mandado de Segurança impetrado pelo Sindicato dos Empregados de Agentes Autônomos do Comércio e em Empresas de Assessoramento, perícias, informações e Pesquisas e de Empresas de Serviços Contábeis de Campinas e Região em face de decisão proferida pelo Juízo da 11ª Vara do Trabalho de Campinas/SP (MS 0005678-27.2018.5.15.0000).

Neste sentido, colaciona-se trecho do voto em consonância com a posição que vem sendo destacada quanto ao mote:

“Segundo o art. 545 da CLT, a contribuição sindical tem natureza jurídica de tributo e assento constitucional nos arts. 8º e 149 da CF. No

entanto, ainda que a qualificação tributária da contribuição sindical seja amplamente defendida pela doutrina e jurisprudência, a exigibilidade de lei complementar para alterar uma contribuição especial já contemplada na Constituição, como é o caso, não reflete o entendimento prevalecente no âmbito do STF. O art. 146, III, da Constituição Federal estabelece que cabe à lei complementar estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre definição de tributos e de suas espécies, bem como, em relação aos impostos discriminados nesta Constituição, a dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes; obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributários.”

Ao negar a pretensão, dentre tantos outros fundamentos, o relator também se referenciou na jurisprudência de nossa Corte Suprema sobre o tema, mormente no precedente firmado através do RE 396.266, de relatoria do então Min. Carlos Velloso.

Diante da didática verificada na redação da ementa deste recurso extraordinário, oportuna sua reprodução:

“CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO: SEBRAE: CONTRIBUIÇÃO DE INTERVENÇÃO NO DOMÍNIO ECONÔMICO. Lei nº 8.029, de 12.04.90, art. 8º, § 3º. Lei nº 8.154, de 28.12.90. Lei nº 10.668, de 14.05.03. CF, art. 146, III; art. 149; art. 154, I; art. 195, § 4º. I – As contribuições do art. 149 da CF – contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse de categorias profissionais ou econômicas – posto estarem sujeitas à lei complementar do art. 146, III, da CF, isto não quer dizer que deverão ser instituídas por lei complementar. A contribuição social do art. 195, § 4º, da CF, decorrente de ‘outras fontes’, é que, para a sua instituição, será observada a técnica da competência residual da União: CF, art. 154, I, *ex vi* do disposto no art. 195, § 4º. A contribuição não é imposto. Por isso, não se exige que a lei complementar defina a sua hipótese de incidência, a base impositiva e contribuintes: CF, art. 146, III, *a*. Precedentes: RE 138.284/CE, Min. Carlos Velloso, RTJ 143/313; RE 146.733/SP, Min. Moreira Alves, RTJ 143/684. II – A contribuição do Sebrae – Lei nº 8.029/90, art. 8º, § 3º, redação das Leis ns. 8.154/90 e 10.668/03 – é contribuição de intervenção no domínio econômico, não obstante a lei a ela se referir como adicional às alíquotas das contribuições sociais gerais relativas às entidades de que trata o art. 1º do DL nº 2.318/86, Sesi, Senai, Sesc, Senac. Não se inclui, portanto, a contribuição do Sebrae, no rol do art. 240 da CF. III – Constitucionalidade da contribuição do Sebrae. Constitucionalidade,

portanto, do § 3º do art. 8º da Lei nº 8.029/90, com a redação das Leis ns. 8.154/90 e 10.668/03. IV – RE conhecido, mas improvido.” (STF, RE 396.266/SC, Rel. Carlos Velloso, j. 26.11.03, Tribunal Pleno, DJ 27.02.04. PP-00022. Ement. vol-02141-07, p. 1.422)

Aquela mencionada decisão oriunda do referido Regional trabalhista, ainda fez expressa citação à adoção da mesma *ratio decidendi* no RE 635.682, de relatoria do Min. Gilmar Mendes, que teria inclusive sido o *leading case* para o Tema nº 277 em Repercussão Geral.

Não diversas as lições de Ricardo Alexandre, ao tratar do art. 150, I, da CF, dispositivo que proíbe os entes federados de “exigir ou aumentar tributo, sem lei que o estabeleça, esclarecendo que:

“A palavra ‘exigir’, constante do transcrito art. 150, I, da CF, possui o sentido de cobrar o tributo. Como a cobrança depende, por óbvio, da prévia instituição da exação, o dispositivo acaba por impor que o tributo só pode ser criado por lei, seja ordinária, casos em que pode haver a utilização de Medida Provisória, ou complementar (somente nos casos de Empréstimos Compulsórios, do Imposto sobre Grandes Fortunas – IGF, e dos Impostos ou Contribuições Residuais – conforme os arts. 148; 153, VII; 154, I e 195, § 4º, todos da CF.”³

Ao final portanto, nota-se convergência de forte doutrina e posição jurisprudencial de que a contribuição sindical, em razão de sua topologia tributária, pode ser objeto de disposição pelo legislador ordinário, sem vinculação ao quórum qualificado das leis complementares, e sem que haja vício nomodinâmico alegável.

3 – A facultatividade e a mitigação do enquadramento tributário. Instituição por preceito convencional

Ainda quanto às novas disposições trazidas pela Reforma Trabalhista, verificou-se a *transmutação da natureza compulsória em facultativa* no que toca ao pagamento da contribuição sindical que, em um primeiro momento, poderia indicar ausência superveniente de subsunção ao conceito de tributo, compulsório por excelência e, assim, desrespeito ao art. 3º do CTN, recepcionado como lei complementar.

Mas não parece ser o caso.

3 ALEXANDRE, Ricardo. *Direito tributário*. 12. ed. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 132.

DOCTRINA

Com efeito, estabelecidas as balizas pela lei complementar, o legislador poderia, inclusive, editar norma que estabelecesse casos de isenção tributária, *i.e.*, ocasiões em que haveria de regular exclusão do crédito tributário, sem que a lei fiscal, entretanto, restasse atingida. Nesse sentido, *mutatis mutandi*, é o entendimento da Súmula nº 615 do c. STF⁴.

Se assim poderia proceder, parece mais razoável de entender que seria possível instituir a modalidade facultativa de recolhimento que, de mais a mais, poderia mesmo ser enfrentada como especial modalidade de isenção, em que, neste caso, tem seus termos definidos pelo próprio contribuinte (*in eo quod plus est semper inest et minus*).

Diante do bom magistério com que traz seus motivos, transcreva-se trecho de manifestação do Min. Celso de Melo:

“nada impede o Poder Público de reconhecer, em texto formal de lei, a ocorrência de situações lesivas à esfera jurídica dos contribuintes e adotar, no plano do direito positivo, as providências necessárias à cessação dos efeitos onerosos que, derivados, exemplificativamente, da manipulação, da substituição ou da alteração de índices, hajam tornado mais grave a exação tributária imposta pelo Estado. Nesse contexto, a competência tributária da pessoa estatal investida do poder de instituir espécies de natureza fiscal abrange, na latitude dessa prerrogativa jurídica, a possibilidade de fazer editar normas legais que, beneficiando o contribuinte, disponham sobre a suspensão ou, até mesmo, sobre a própria exclusão do crédito tributário.” (Celso de Melo, ADI-MC 712)

De se ponderar, ainda, a moderna posição adotada pelo c. STF ao analisar o art. 149-A da Constituição Federal de 1988, incluído pela EC nº 39, de 2002, responsável pela instituição da COSIP – Contribuição de Iluminação Pública, abaixo reproduzido, *ipsis litteris*: “Art. 149-A. Os Municípios e o Distrito Federal poderão instituir contribuição, na forma das respectivas leis, para o custeio do serviço de iluminação pública, observado o disposto no art. 150, I e III. Parágrafo único. É facultada a cobrança da contribuição a que se refere o caput, na fatura de consumo de energia elétrica”.

Ao se observarem as características constituintes da COSIP, nota-se algum distanciamento da rígida previsão de tributo informada pelo já citado art. 3º do CTN, porquanto é valor que se cobra para o custeio de serviço de

4 O princípio constitucional da anualidade (§ 29 do art. 153 da Constituição Federal) não se aplica à revogação de isenção do ICM.

DOCTRINA

iluminação pública, *i.e.*, com arrecadação notadamente vinculada e sem possibilidade de aferição do consumo efetivo ou potencial de cada contribuinte.

Elucide-se: o tributo não poderia ser cobrado através de taxa, cujo fato gerador é uma atividade estatal específica, decorrente do exercício do poder de polícia ou – o que seria aplicável ao caso, disponibilização de um serviço público, já que este deve ser específico e divisível e seu beneficiário deve utilizá-lo efetiva ou, ao menos, potencialmente.

Semelhantemente, a COSIP afasta-se da definição de imposto, cuja arrecadação desconhece vinculação, salvo exceções pontualmente estabelecidas pela Carta Magna, é de se dizer: se há comando para que o produto de sua arrecadação seja empregado para específico custeio, não é imposto.

Assim, em primeiro momento, a tendência de fuga da perfeita subsunção à definição legal de tributo delimitada pelo art. 3º do CTN, poderia levar à conclusão de que o instituto estaria proscrito dos limites da matéria tributária, o que, entretanto, não foi o que prevaleceu para o STF.

Ao enfrentar a matéria, nos autos do RE 573.675/SC, com julgamento em 25.03.09 e publicação em 22.05.09, a Suprema Corte, em sua formação plena, no voto prevalente do Min. Ricardo Lewandowsky, assim dispôs, como se percebe da ementa:

“CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. RE INTERPOSTO CONTRA DECISÃO PROFERIDA EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE ESTADUAL. CONTRIBUIÇÃO PARA O CUSTEIO DO SERVIÇO DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA – COSIP. ART. 149-A DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. LEI COMPLEMENTAR Nº 7/02, DO MUNICÍPIO DE SÃO JOSÉ, SANTA CATARINA. COBRANÇA REALIZADA NA FATURA DE ENERGIA ELÉTRICA. UNIVERSO DE CONTRIBUINTES QUE NÃO COINCIDE COM O DE BENEFICIÁRIOS DO SERVIÇO. BASE DE CÁLCULO QUE LEVA EM CONSIDERAÇÃO O CUSTO DA ILUMINAÇÃO PÚBLICA E O CONSUMO DE ENERGIA. PROGRESSIVIDADE DA ALÍQUOTA QUE EXPRESSA O RATEIO DAS DESPESAS INCORRIDAS PELO MUNICÍPIO. OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA E DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA. INOCORRÊNCIA. EXAÇÃO QUE RESPEITA OS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. RECURSO EXTRAORDINÁRIO IMPROVIDO. I – Lei que restringe os contribuintes da COSIP aos consumidores de energia elétrica do município não ofende o princípio da isonomia, ante a impos-

sibilidade de se identificar e tributar todos os beneficiários do serviço de iluminação pública. II – A progressividade da alíquota, que resulta do rateio do custo da iluminação pública entre os consumidores de energia elétrica, não afronta o princípio da capacidade contributiva. III – Tributo de caráter *sui generis*, que não se confunde com um imposto, porque sua receita se destina a finalidade específica, nem com uma taxa, por não exigir a contraprestação individualizada de um serviço ao contribuinte. IV – Exação que, ademais, se amolda aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. V – Recurso extraordinário conhecido e improvido.”

Compreende-se, portanto, que a facultatividade ora revelada pela Lei da Reforma em apreço (no recolhimento da contribuição sindical), entendida como caso especial de modalidade de isenção, cujas bases acabam por ser definidas pelo próprio contribuinte, não descaracteriza, por si só, a natureza tributária do instituto.

Mantida a topologia nos limites tributários, deve respeito às disposições próprias a este ramo jurídico, inclusive da *reserva legal*, não podendo ser, por exemplo, instituída ou ressuscitada mediante *previsão em norma coletiva*.

De se ressaltar que, com a reforma legal (Lei nº 13.467/2017), não apenas o art. 545 do nosso diploma celetista, como os demais que na sequência tratam da matéria (arts. 578, 579, 582 e 583), passaram a prever a necessidade da devida autorização dos empregados envolvidos para o respectivo desconto. O regramento agora se traduz na facultatividade do pagamento, reforçando o genérico caráter espontâneo das receitas sindicais.

Neste trilhar, destacados autores já tendem a ponderar não caber “autorização tácita, sob pena de se jogar por terra a mudança ocorrida que passa a exigir manifestação consciente e voluntária para a cobrança das contribuições. Neste cenário, fica mais evidente a impertinência jurídica das corriqueiras cláusulas convencionais assecuratórias do direito de oposição aos descontos salariais (...)”⁵.

Insta-nos pontuar que a própria Constituição Federal de 1988, tratou da liberdade associativa de maneira bifronte, ora destacando-a como direito individual, o que faz no art. 5º, XX, ora como direito de cunho social, como se nota no art. 8º, V, não podendo se entender que a reiteração de preceitos é despropositada.

5 SOUZA Jr., Antonio Umberto de et al. *Reforma trabalhista: análise comparativa e crítica da Lei nº 13.467/2017*. São Paulo: Rideel, 2017. p. 262.

É que a liberdade associativa revela-se, antes de tudo, direito subjetivo a compor o patrimônio ideal individual de cada cidadão para, apenas como decorrência desta premissa, encontrar-se como direito social, a ser exercitado mediante convergência de vontades de cada um.

Assim deve ser compreendida a alteração proposta pela lei da Reforma Trabalhista, que procurou demonstrar a preponderância daquele primeiro núcleo de direito sobre o segundo, repetindo, exaustivamente, que apenas a livre e consciente manifestação da vontade individual é capaz de permitir a dívida pela contribuição sindical, subtraindo espaço, portanto, para sua substituição pela vontade coletiva.

Outrossim, o norte reformista foi atrelar o fortalecimento associativo a partir dos interesses comuns à categoria e não a partir de manifestação contrária a descontos salariais como fonte de custeio da entidade.

Ou seja, estabeleceu-se o regramento da não realização do desconto, minando a fonte de recursos certa, para que, a partir da união de classes por objetivos relevantes, se viesse a reconhecer a possível integração associativa e, a partir dela, estabelecerem-se criativas fontes de receita⁶.

Até porque, já muito anteriormente à comentada reforma legal, se permitia pontuar dever ser observado como um “princípio da nossa legislação a facultatividade das contribuições, a menos que o desconto venha, expressamente, imposto por lei”⁷.

Ademais, como já indicado, ao tratar da natureza tributária do instituto, restou destacado que sua veiculação e disposição necessariamente deveriam decorrer de previsão legal, em sentido estrito, *i.e.*, de gênese normativa heterônoma primária, não podendo ser manipulada por particulares, ainda que coletivamente representados.

De sorte a não nos restar caminho diverso ao de refutar a possibilidade de solução da questão por meio de manifestação de assembleia.

4 – A não obrigatoriedade na ordem interna e internacional

Entre nós, muitos já sustentavam a impropriedade da sistemática adotada pela legislação sindical pátria.

6 Em nosso sentir, não diverge, em essência, abalizada doutrina, cabendo citar, dentre outros, os ensinamentos dos já mencionados professores Antonio Umberto, Fabiano Coelho, Ney Maranhão e Platon Azevedo (*Reforma trabalhista: análise comparativa e crítica da Lei nº 13.467/2017*. Rideel, 2017. p. 264-265).

7 NASCIMENTO, Amauri Mascaro (*in memoriam*); NASCIMENTO, Sônia Mascaro; NASCIMENTO, Marcelo Mascaro. *Compêndio de direito sindical*. 8. ed. São Paulo: LTr, 2015. p. 328.

Confirmam-se as considerações do festejado Min. Godinho Delgado:

“No Brasil vigora, desde a década de 1930, inclusive após a Constituição de 1988, o sistema de unicidade sindical – sindicato único por força de norma jurídica imperativa – respeitado o critério organizativo da categoria, como visto (profissional ou diferenciada).

O sistema da liberdade sindical, com pluralismo ou unidade prática de sindicatos, prepondera na maioria dos países ocidentais desenvolvidos (França, Inglaterra, Alemanha, EUA, etc.). Nos países em que há efetiva unidade de sindicatos (caso da Alemanha), ela resulta da prática histórica do sindicalismo e não de determinação legal. Esse sistema de liberdade sindical plena encontra-se propugnado pela Convenção nº 87 da OIT, de 1948, ainda não ratificada pelo Brasil.

Por isso, parece inevitável o caminho para a reforma do sistema sindical brasileiro, de modo a adequá-lo à plena liberdade de associação e à plena autonomia sindical.”⁸

Também o saudoso Mascaro Nascimento:

“Cresce, no entanto, a ideia da sua prescindibilidade (da contribuição sindical). É compulsória sobre todos os que integram uma categoria, sócios ou não do sindicato, com o que tem um caráter autoritário que nem por todos é aceito.”⁹

De plano – logo após a atual Reforma, comentou o respeitado Homero Batista:

“(…) houve deturpação ao longo dos anos, com o crescimento alarmante de entidades sindicais de fachada, criadas prioritariamente para a arrecadação da contribuição, sem que houvesse nem ao menos a necessidade de prestação de contas.”¹⁰

Por essas e tantas que nosso próprio ordenamento doméstico apresenta antiga evolução legislativa a sugerir a *mitigação* da compulsoriedade na cobrança do antigo imposto sindical, quando não sua própria supressão do universo jurídico pátrio.

8 DELGADO, Mauricio Godinho. *Direito coletivo do trabalho*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2015. p. 86-88.

9 NASCIMENTO, Amauri Mascaro (*in memoriam*); NASCIMENTO, Sônia Mascaro; NASCIMENTO, Marcelo Mascaro. *Compêndio de direito sindical*. 8. ed. São Paulo: LTr, 2015. p. 326.

10 SILVA, Homero Batista Mateus da. *Comentários à reforma trabalhista*: análise da Lei nº 13.467/2017 – artigo por artigo. São Paulo: RT, 2017. p. 108.

DOCTRINA

Como bem recordado pelo Exmo. Des. Gerson Lacerda Pistori, também do e. TRT da 15ª Região, ao apreciar Mandado de Segurança impetrado pelo Sindicato dos Empregados no Comércio de Araras, em face de decisão em sede de tutela de urgência proferida pelo Juízo da Vara do Trabalho de Araras, esta situação é evidenciada já nos anos de 1964 (MS 0005593-41.2018.5.15.0000).

Com efeito, Pistori destaca a parte final do já tratado, art. 217, I, do CTN, ao ressaltar que a vigência da contribuição sindical não prejudicaria o disposto no art. 16 da Lei nº 4.589, de 11 de dezembro de 1964, que, assim dispunha:

“Art. 16. O Poder Executivo, através do ministro do Trabalho e previdência Social designará uma comissão composta de representantes do Governo e de todas as entidades sindicais de grau superior para realizar os necessários estudos e apresentar relatório circunstanciado ao titular da Pasta do Trabalho, propondo a extinção ou não do Imposto Sindical, para efeito no primeiro caso, de envio de mensagem ao Congresso Nacional.”

Neste rumo, a recente Lei das Centrais Sindicais (Lei nº 11.648/08), estabelecendo repasse, na alíquota de 10%, dos valores resultantes da contribuição sindical compulsória, em favor do custeio destas entidades, conforme indicação da agremiação sindical, ao Ministério do Trabalho, sobre a central a que estaria filiado, trouxe, ao mesmo tempo, previsão programática e prodrômica sobre a extinção do instituto.

Confira-se o elucidativo excerto de seu art. 7º, *in verbis*:

“Art. 7º Os arts. 578 a 610 da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, vigorarão até que a lei venha a disciplinar a contribuição negocial, vinculada ao exercício efetivo da negociação coletiva e à aprovação em assembleia geral da categoria.”

A abordagem do tema no âmbito do *Direito Internacional* e do *Direito Comparado* parece caminhar neste mesmo sentido, adotando parâmetros que conduzem para o entendimento da juridicidade quanto à facultatividade no recolhimento de contribuição destinada ao sindicato da categoria, profissional ou econômica, representada.

Assim se observam os ordenamentos italiano, português e espanhol, atribuindo especial valor à contribuição de solidariedade, negocial, ou, independentemente da alcunha, de parcela que pressuponha a livre disposição de vontade das partes envolvidas em sua fixação, à exação decorrente de imposição heterônoma.

DOCTRINA

O *Statuto dei Lavoratori* italiano (Lei nº 300/70), em seu art. 26, informa o direito, tanto do trabalhador quanto da entidade sindical, em recolher e receber as contribuições sindicais que aquele pretenda pagar, conforme procedimento estabelecido em contrato coletivo de trabalho, garantindo a possibilidade de atividade de convencimento de filiação sindical, de sigilo do pagamento e, ainda, de indicação do trabalhador da entidade beneficiada quando não houver regência de sua relação por norma coletiva.

Em Portugal, outrossim, a autonomia da vontade do contribuinte é observada ao se tratar do tema, o que pode ser compreendido a partir da análise do art. 457º e seguintes do Código de Trabalho Português, em que vedada a cobrança obrigatória das quotas sociais, cujo pagamento depende, a um só tempo, de regulamentação coletiva de trabalho e autorização do trabalhador, restando garantida, de igual modo, o desenvolvimento de atividade sindical na empresa, além de vedação à discriminação em razão da filiação sindical.

A *Ley Orgánica de Libertad Sindical* espanhola (Ley nº 11/1985), por seu turno e nos mesmos moldes já vazados, estabelece, em seu art. 11, a figura do “cânon econômico”, algo como a contribuição negocial citada por nossa lei das Centrais Sindicais, pelo qual restariam vinculados os empregados incluídos no âmbito de aplicação do contrato coletivo respeitada, entretanto, a vontade do trabalhador, como se nota em: “(...) se respetará la voluntad individual del trabajador, que deberá expresarse por escrito en la forma y plazos que se determinen en la negociación colectiva”.

Assim, a facultatividade atribuída à contribuição sindical pela Lei nº 13.467/2017, *acompanha a tendência mundial* de prestigiar a autonomia da vontade do trabalhador, sujeito passivo de sua cobrança, coadunando-se, ainda, às previsões contidas nas principais Convenções da Organização Internacional do Trabalho (OIT).

Com efeito, no campo da *soft law*, as principais Convenções da OIT, ratificadas pelo Brasil quanto ao mote sindical, quais sejam, ns. 98 e 154 e mesmo a 87, não ratificada, mas cujos princípios devem permear a interpretação e espírito do hermeneuta trabalhista, por força das *core obligations*, trazidas pela Declaração da OIT sobre Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho de 1998, enfatizam o princípio da liberdade sindical e o reconhecimento efetivo do direito de negociação coletiva.

De se pontuar, que já na XV edição do Congresso Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho – CONAMAT, houve aprovação da Tese nº 11, a tratar sobre a contribuição sindical à luz do Protocolo de *San Salvador*,

incorporado ao ordenamento doméstico pelo Decreto nº 3.321/99, de aplicação aos Estados Partes na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, “Pacto de San José da Costa Rica”, reproduzida, *in litteris*:

“LIBERDADE SINDICAL. CONTRIBUIÇÃO SINDICAL. PROTOCOLO DE SAN SALVADOR. INCONVENCIONALIDADE. A liberdade sindical deve ser compreendida com lentes que maximizam a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF/88) e focalizam a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I, da CF/88), dando-se cor, brilho e nitidez ao valor social do trabalho (art. 1º, IV, da CF/88). Nessa perspectiva, o art. 8º do Protocolo de San Salvador, incorporado ao patrimônio jurídico pátrio pelo Decreto nº 3.321/99, afastou a eficácia de todas as regras celetistas que disciplinam o recolhimento da contribuição sindical, ao fundamento de que a liberdade sindical consagrada no referido tratado internacional é incompatível com a instituição por lei da obrigatoriedade do custeio do sistema sindical.”

Assim, a vetusta regra doméstica de obrigatoriedade no recolhimento da contribuição sindical que remonta, em verdade, e como dito no início, a período de franca limitação das liberdades sindicais, imbuído de alto grau corporativista em sua positivação, cede lugar a normas que, concomitantemente, respeitem a vontade do trabalhador e fomentem o livre exercício das atividades sindicais.

E, ao contrário do que respeitável posição dissonante queira demonstrar, a ausência da obrigatoriedade discutida, terá o condão de dissolver, por inanição, apenas as agremiações sindicais mais letárgicas e que se lembram da categoria representada apenas no período de janeiro a abril do ano civil, a depender da espécie de representação.

Atrelando a base de financiamento dos entes sindicais à efetiva atividade destes, a lei prestigia o mérito daqueles responsáveis pela conquista de novos degraus na pactuação das condições de trabalho e, em verdade, acaba por fomentar a liberdade sindical, internacionalmente aclamada.

5 – A chamada contribuição negocial ou de solidariedade

Pois bem, argumentando com a rejeição da declaração de inconstitucionalidade da lei reformista, bem como com o reconhecimento da legalidade da facultatividade criada, e ainda, pelo não acolhimento da cobrança generalizada por força de assembleia, o que restaria às entidades sindicais como caminho a ser trilhado para se buscar a conjugação do fortalecimento do associativismo, com as necessárias fontes de custeio que, inclusive, façam frente aos benefícios

angariados em prol de toda coletividade representada pelos integrantes da categoria, alcançados pelo proveito dos frutos dos instrumentos coletivos negociais?

Longe de nos resignar apenas em apontar dificuldades da atual conjuntura legal, à luz de entendimentos firmados diante de contexto flagrantemente diverso, alardeando que o único caminho viável seria de ampla inovação legislativa, tendemos a apoiar uma releitura dos fundamentos normativos diante do quadro ora concebido.

Nesta dinâmica, compreendemos que se exige abonar a inserção de preceito em instrumento coletivo, das supramencionadas contribuições negociais ou de solidariedade, comprometendo toda a categoria.

E nem se trata de solução nova.

Sobre o tema, colhe-se vez mais, o ensinamento do Min. Godinho Delgado:

“A diretriz dessa jurisprudência trabalhista dominante, entretanto, ao reverso do que sustenta, não prestigia os princípios da liberdade sindical e da autonomia dos sindicatos. Ao contrário, aponta restrição incomum no contexto do sindicalismo dos países ocidentais com experiência democrática mais consolidada, não sendo também harmônica à compreensão jurídica da OIT acerca do financiamento autonômico das entidades sindicais por suas próprias bases representadas. Além disso, não se ajusta à lógica do sistema constitucional trabalhista brasileiro e a melhor interpretação dos princípios da liberdade e autonomia sindicais na estrutura da Constituição da República.

É que, pelo sistema constitucional trabalhista do Brasil, a negociação coletiva sindical favorece todos os trabalhadores integrantes da correspondente base sindical, independentemente de serem (ou não) filiados ao respectivo sindicato profissional. Dessa maneira, torna-se proporcional, equânime e justo (além de manifestamente legal: texto expresso do art. 513, *e*, da CLT) que esses trabalhadores também contribuam para a dinâmica da negociação coletiva trabalhista, mediante a cota de solidariedade estabelecida no instrumento coletivo negociado.

Naturalmente que, sendo abusivo o montante fixado, pode ser judicialmente corrigido quanto ao excesso, uma vez que a ordem jurídica não autoriza, em qualquer situação, o abuso do direito. É claro que se mostraria também abusivo desconto diferenciado e mais elevado com relação aos não associados – abusivo e discriminatório. Verificando-se,

evidentemente, abuso de direito e discriminação no conteúdo da regra coletiva negociada, deve tal dimensão irregular ser invalidada.”¹¹

Em ampla abordagem do tema, o saudoso professor Mascaro Nascimento em obra sempre atual, lecionou:

“O projeto de reforma sindical de 2004 aprovado pelo Fórum Nacional do Trabalho prevê, no lugar dessas quatro contribuições, as seguintes: 1) contribuição de negociação coletiva devida por sócios e não sócios; 2) contribuição associativa devida por sócios das entidades sindicais.”¹²

E na mesma toada, este último explicita que:

“A contribuição de negociação coletiva é o valor devido em favor das entidades sindicais, com periodicidade anual, pela participação da negociação coletiva ou no efeito geral do seu resultado, ainda que por meio de sentença arbitral. O desconto ou pagamento será realizado mediante a celebração do contrato coletivo ou da comprovação da frustração da negociação coletiva, de acordo com os respectivos valores ou percentuais das contribuições determinadas pelas respectivas assembleias de sindicatos envolvidos nas negociações.

A proposta do valor da contribuição será submetida, anualmente, à apreciação e deliberação de assembleia geral dos destinatários da negociação coletiva, filiados ou não à entidade sindical. Desaparece o direito de oposição, antes possível em relação às contribuições facultativas – taxa assistencial, contribuição confederativa ou qualquer outro tipo de contribuição não previsto em lei –, em relação à contribuição de negociação coletiva aprovada em assembleia geral.”¹³

Outrossim, o que se permite sopesar é que a atual conjuntura pátria aponta para a oportunidade de uma reflexão livre de preconceitos e afinada à necessidade de um salto qualitativo em nossas relações sindicais, com possível conciliação desta recobrada orientação doutrinária em face deste cenário que ora se nos apresenta (pós-reforma trabalhista).

11 DELGADO, Mauricio Godinho. *Direito coletivo do trabalho*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2015. p. 115.

12 NASCIMENTO, Amauri Mascaro (*in memoriam*); NASCIMENTO, Sônia Mascaro; NASCIMENTO, Marcelo Mascaro. *Compêndio de direito sindical*. 8. ed. São Paulo: LTr, 2015. p. 329.

13 *Ibidem, Idem*, p. 596.

DOCTRINA

Pensamos que o inciso XXVI, do atual art. 611-B da CLT, e mesmo os precedentes firmados (v.g. OJ nº 17 e PN nº 119, da SDC do TST) haverão de ser compreendidos em razão da necessária interpretação sistemática.

Nesse sentido e por tudo aqui ponderado, considera-se essencial o associativismo e seu gradual fortalecimento para participação como um dos agentes protagonistas do necessário aperfeiçoamento das relações de trabalho.

Assim, não obstante o atual quadro de abatimento sentido por muitos, seja pela acomodação derivada do regime anterior – lastreado em receita sindical certa e garantida por arrecadação cogente, seja pela brusca alteração do regramento legal concernente ao regime de atuação, alcance e eficiência de seus atos, até mesmo em face da ausência de majoritário envolvimento com a classe a ponto de garantir a inserção na vida sindical, há de se conceber a necessária fonte de custeio apta a suportar todo custo de atuação que se fará necessária, como derivada do extenso proveito dos frutos alcançados através das negociações coletivas.

Nesta senda, ainda mais defendendo, como visto, a dispensa de lei complementar, bem como a necessária manifestação expressa e individual para o desconto da contribuição sindical (estrita – tributária), não se permite o extremo de se inviabilizar a atuação sindical.

E neste trilhar, compreende-se que a contribuição de solidariedade ou negocial, escapa das restrições contidas em razão do novel preceito celetista, na medida em que não se trata de proveito sem causa, ou atrelado àquela condição que se buscou evitar, lastreada em garantia cogente.

A natureza jurídica da receita é completamente distinta.

Note-se que o prestígio emprestado ao atual contexto normativo (v.g. o art. 611-B, XXVI, da CLT), corresponde, justamente, à discussão quanto à autonomia da vontade individual prevalecer sobre a autonomia da vontade coletiva, restando rechaçada a hipótese de substituição daquela por esta, o que não ocorre com a contribuição negocial e congêneres, independentemente da nomenclatura que se empregue.

Em que pese o ideal representado pela esperada ratificação da Convenção nº 87 da OIT (com potencial de representar verdadeira revolução na seara aqui objetivada; vide a experiência chilena neste sentido, com o atual maior índice de sindicalização observado na América do Sul), como pela propagada ampla reforma sindical, entendemos que o atual contexto positivado autoriza exegese alinhada com a orientação doutrinária (parcialmente aqui já referida)

apta a significar expressivo avanço, já ao alcance dos que se compreendem como corresponsáveis pela efetivação do direito aplicável.

De se recobrar que a contribuição negocial bebe da água da fonte da boa-fé objetiva e presta homenagens ao princípio imemorial que veda o enriquecimento sem causa, a partir dos efeitos benéficos que a atividade alheia, institucionalmente incentivada, pode gerar.

Com efeito, a partir de 11 de janeiro de 2003 (data de vigência do CC/02) a tábua de valores a guiar o hermenêuta jurídico muda de qualidade e, incorporando uma visão ética kantiana, passa a tratar o homem como alguém digno de confiança em que a nota ordinária de comportamento estaria mais balizada com a solidariedade e respeito ao próximo que com o egocentrismo do diploma anterior, consagrando o princípio da eticidade do novo diploma.

Vale trazer as palavras do Min. José Delgado, do Superior Tribunal de Justiça, sobre o tema:

“o tipo de Ética buscado pelo novo Código Civil é o defendido pela corrente kantiana: é o comportamento que confia no homem como um ser composto por valores que o elevam ao patamar de respeito pelo semelhante e de reflexo de um estado de confiança nas relações desenvolvidas quer negociais, quer não negociais. É, na expressão kantiana, a certeza do dever cumprido, a tranquilidade da boa consciência.”¹⁴

Com substrato valorativo nesta nova maneira de enxergar o homem, a boa-fé objetiva, isto é, aquela conduta que se espera do sujeito de direitos no que toca a suas relações intersubjetivas, passa a ser vastamente utilizada, para interpretação dos negócios (CC/02, art. 113), confecção e execução dos contratos (CC/02, art. 422) e digna de penalização para aquele que se aparte deste ideal (CC/02, art. 187).

Mais recentemente, o novo CPC, adotando técnica moderna de redação, cuidou de positivar, em várias oportunidades, a boa-fé como elemento a moldar o comportamento das partes processuais, do começo ao fim de sua atuação, como se nota em seus arts. 5º, 322, § 2º e 489, § 3º.

Entendimento diverso compreenderia verdadeiro abuso de direito, na esteira de reconhecer-se o trabalhador necessariamente beneficiado pelo instrumento derivado da negociação coletiva e, destarte, da atuação sindical, sem que esteja vinculado a qualquer contribuição derivada, situação diametralmente

14 DELGADO, José. A ética e a boa-fé no novo Código Civil. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueiredo. *Questões controvertidas do novo código civil*. São Paulo: Método, 2003. p. 177.

diversa da quadra anterior (pré-reforma trabalhista), em que se garantia recolhimento sindical compulsório.

Ainda, implicaria verdadeira conduta antissindical, contrária a orientação internacional correlata.

Mesmo porque, o que causou repúdio às cobranças generalizadas e cogentes, sempre foi a sua vinculação aos chamados sindicatos meramente de fachada, ou que não se envolviam com as verdadeiras mazelas da categoria.

Agora não, esta arrecadação estaria necessariamente vinculada aos possíveis bons frutos da negociação.

6 – Considerações finais

Buscamos contribuir para com a interpretação desta intrigante novidade legal, observando abalizadas considerações doutrinárias correlatas e indicações jurisprudenciais sobre a matéria, conjugadas ao entendimento pessoal, fruto de um bom tempo de maturação no estudo e prática do direito laboral.

Compreendemos que a debatida Reforma Trabalhista (Lei nº 13.467/2017), tanto amada quanto odiada, a depender da orientação de seu crítico, buscou ser e, em boa medida, de fato representa uma proposta de mudança de paradigmas em expressiva parcela do direcionamento até então empreendido na aplicação do direito laboral que, de toda sorte, não se permite abdicar do respeito à dignidade humana, aos valores sociais do trabalho e da propriedade.

De modo que, surpreendendo a muitos, se poderão extrair bons frutos do atual contexto normativo, inclusive com avanços há muito esperados.

Não obstante, diante das condições postas, cumpre ressaltar que não se autoriza aplicação que abdique de interpretação sistemática, de sorte que quer nos parecer equivocado, extrair-se este ou aquele preceito, longe de uma visão mais abrangente e que ampare a evolução possível à vista desta quadra que se instalou.

Referências bibliográficas

ALEXANDRE, Ricardo. *Direito tributário*. 12. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

ARRUDA ALVIM, Eduardo P. Lei complementar tributária. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 6, DTR, p. 501, 1994.

CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

DOCTRINA

DELGADO, José. A ética e a boa-fé no novo Código Civil. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueiredo. *Questões controvertidas do novo código civil*. São Paulo: Método, 2003.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Direito coletivo do trabalho*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2015.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. A função da lei complementar tributária – Legalidade do Dec. 3.070/99 e da IN SRF 060/99 – Possibilidade de adoção de imposto fixo no direito tributário brasileiro. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, v. 37, mar./abr. 2001.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro (*in memoriam*); NASCIMENTO, Sônia Mascaro; NASCIMENTO, Marcelo Mascaro. *Compêndio de direito sindical*. 8. ed. São Paulo: LTr, 2015.

SILVA, Homero Batista Mateus da. *Comentários à reforma trabalhista: análise da Lei nº 13.467/2017 – artigo por artigo*. São Paulo: RT, 2017.

SILVA, José Afonso da. *Norma constitucional e seus efeitos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

SOUZA Jr., Antonio Umberto de *et al.* *Reforma trabalhista: análise comparativa e crítica da Lei nº 13.467/2017*. São Paulo: Rideel, 2017.

Recebido em: 16/05/2018

Aprovado em: 14/06/2018