

AS DECISÕES TRABALHISTAS NO STF: A NOSSA “ERA LOCHNER”

LABOR DECISIONS AT THE SUPREME COURT: OUR “LOCHNER ERA”

Silvia Isabelle Ribeiro Teixeira do Vale*

RESUMO: Este trabalho analisa como a jurisprudência trabalhista constitucional firmada no Supremo Tribunal Federal nos últimos anos se aproxima do viés liberal, muito semelhante ao que se convencionou chamar de *Era Lochner* na Suprema Corte Americana.

PALAVRAS-CHAVE: Ativismo Judicial. Pós-Positivismo. *Era Lochner*. Direito Constitucional do Trabalho.

ABSTRACT: *This paper analyzes how the constitutional labor case law established in Supreme Court in recent years approaches the liberal trend, very similar to what was conventionally called the Lochner Era in the American Supreme Court.*

KEYWORDS: *Judicial Activism. Post-Positivism. Lochner Era. Constitutional Labor Law.*

1 – Considerações iniciais

Há aproximadamente cinco anos, viram-se chegar ao c. Supremo Tribunal Federal, pela via direta ou indireta de controle de constitucionalidade, diversas questões envolvendo Direito do Trabalho. Nada estranhável em tal realidade, já que este ramo especializado do Direito ocupa lugar de destaque na Carta Política, que lhe dedica todo um Capítulo, não sendo exagero dizer que os direitos fundamentais dos trabalhadores, destinados diretamente a regulamentar a relação privada de emprego, mereceram pelo Legislador Constituinte um posto especial, por terem sido tão detalhados.

Tendo-se que todo o rol de direitos presente no art. 7º da Constituição Federal de 1988 constitui-se em cláusula pétrea, protegido pelo art. 60, § 4º, da

* *Graduada em Direito pela Universidade Potiguar (1998), instituição esta onde se pós-graduou e foi professora durante seis anos; professora convidada do curso de pós-graduação lato sensu da Faculdade Baiana de Direito, EMATRA5, CERS, CEJAS, UCSAL e da Escola Judicial do TRT da 5ª Região; juíza do trabalho no TRT da 5ª Região; mestra em Direito pela UFBA; doutora pela PUC/SP; pós-doutorada pela Universidade de Salamanca; membro do Conselho da Escola Judicial do TRT da 5ª Região (2012-2017); coordenadora acadêmica da Escola Associativa da AMATRA 05, biênio 2013/2015; diretora da EMATRA5, biênio 2019/2021; membro do Conselho editorial da Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da Quinta Região e da Revista Vistos; autora de livros e artigos jurídicos; ex-professora substituta da UFRN.*

Lei Maior, seria de se esperar que a interpretação dada aos direitos fundamentais dos trabalhadores fosse a mais avançada possível; todavia, infelizmente, o que se tem visto nos últimos anos no C. Supremo Tribunal Federal, é a elaboração de uma jurisprudência bastante liberal, que eleva o princípio da livre iniciativa e menoscaba não só os princípios do Direito do Trabalho previstos na Constituição, mas até mesmo a literalidade de direitos fundamentais dos trabalhadores.

Intentando estabelecer conexão com o atual momento hermenêutico da Maior Corte brasileira e a assim intitulada “Era Lochner” na Suprema Corte dos Estados Unidos da América, é que o presente artigo foi escrito, detalhando as principais decisões trabalhistas operadas no c. Supremo Tribunal Federal nos últimos cinco anos.

2 – A *Era Lochner* na Suprema Corte estadunidense

Todo o estudo do que se intitulou chamar de “Era Lochner” na jurisprudência da Suprema Corte americana, passa necessariamente pela análise da evolução da inteligência da cláusula do devido processo legal em seu viés substantivo.

A Constituição norte-americana não previu originalmente a garantia do devido processo legal em seu texto, somente tendo-o realizado no bojo do pacote de dez emendas constitucionais de 1791, conhecido como “Bill of Rights”. Na Emenda V lê-se que “nenhuma pessoa será (...) privada da vida, da liberdade ou da privacidade, sem o devido processo legal”¹. Já a Emenda XIV, Seção 1, prevê que: “nenhum Estado privará qualquer pessoa da vida, da liberdade ou da propriedade, sem o devido processo legal”². A Emenda V somente se destina ao governo federal, mas a Emenda XIV vincula também os governos estaduais, sendo o significado do *due process of law* idêntico em ambas.

Desde o momento em que a cláusula do devido processo legal foi formalizada, conforme visto anteriormente, não houve dúvida acerca do seu alcance processual ou procedimental. A grande contribuição do Direito estadunidense foi pensar a garantia sob a ótica substancial.

Já em 1855, a Suprema Corte norte-americana, julgando o *leading case Murray’s Lessee v. Hoboken Land & Improvement Co.*, afirmou que o devido processo “é uma limitação tanto ao poder legislativo quanto aos poderes executivo

1 Tradução livre. No original: “Amendment V. No person shall be (...) deprived of life, liberty, or propriety, without due process of law”.

2 Tradução livre. No original: “Amendment XI V. Section I. Nor shall any State deprive any person of life, liberty, or propriety, without due process of law”.

e judiciário, e, assim, não pode ser construído de modo a deixar o Congresso livre para criar qualquer *due process of law*, a seu bel prazer”³.

Ruitemberg Nunes Pereira afiança que pouco antes da edição da Emenda Constitucional nº XIV, ratificada em 9 de julho de 1868, foram julgados dois casos pela Suprema Corte Americana que “inauguram o desenvolvimento da doutrina do devido processo legal substantivo (*substantive due process of law*)”⁴. Toda a discussão da Corte a partir de então, acerca da natureza substancial do devido processo legal, passava necessariamente sobre o alcance da Emenda Constitucional nº V, já que formalmente o texto somente vinculava o governo federal, não valendo para os Estados federados. A jurisprudência de então dividiu-se em originalistas e não originalistas, tendo-se que aqueles intérpretes buscavam elucidar o alcance da aludida cláusula com olhos no passado, tentando estabelecer a ligação entre os casos submetidos a julgamento e a vontade do legislador constituinte de 1787⁵.

Barroso resume essa fase de extremo conservadorismo da Suprema Corte estadunidense, explicando que o originalismo é fundado “na tese de que o papel do intérprete da Constituição é buscar a intenção original dos elaboradores da Carta, abstendo-se de impor suas próprias crenças ou preferências”⁶. E complementa o mesmo autor, esclarecendo que, para os originalistas, o ativismo judicial, que se constitui nas construções jurídicas desenvolvidas pelo Judiciário “para acudir as situações não contempladas na letra expressa da Constituição, são antidemocráticas”, pois segundo tal inteligência, em um governo representativo, no qual deve prevalecer a vontade da maioria, o controle exercido pelo Judiciário sobre os atos dos Poderes Legislativo e Executivo apresenta uma dificuldade contramajoritária⁷.

Após a ratificação da Emenda nº XIV, em 1868, o debate ao redor do devido processo legal substantivo se intensificou. Em 1870, os proprietários de frigoríficos moveram uma ação contra o Estado da Louisiana, argumentando que a Lei estadual que proibia a existência de tais estabelecimentos e criatórios de animais dentro do território do Estado era inconstitucional, pois

3 MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. *Devido processo legal e proteção a direitos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 30.

4 PEREIRA, Ruitemberg Nunes. *O princípio do devido processo legal substantivo*. São Paulo: Renovar, 2005. p. 133.

5 SOUTO, João Carlos. *Suprema Corte dos Estados Unidos: principais decisões*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 89.

6 BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 114.

7 *Ibid.*, p. 114-115.

o monopólio permaneceria, dessa forma, nas mãos da empresa *Crescent City Company*, violando, assim, o devido processo legal, presente na referida Emenda. A Suprema Corte, rejeitando a tese do devido processo legal substantivo, decidiu por estabelecer distinção entre cidadania nacional e cidadania estadual, considerando que a Emenda XIV se dirigia aos cidadãos dos Estados Unidos, em patamar federal.

A tese originalista permaneceu sendo aplicada pela Suprema Corte após a ratificação da Emenda nº XIV, e a tese do *substantive due process* não evoluiu até o início do século passado. Nesse trilhar, o caso mais emblemático, que pela sua importância inaugurou uma era de devido processo legal substantivo voltado para a liberdade contratual, foi o *leading case Lochner v. New York*⁸, de 1905. Nasceu, a partir de então, a doutrina do *economic and substantive due process*, que perdurou até 1937.

No caso aludido, o Estado de Nova York, almejando proteger a saúde dos trabalhadores padeiros, editou uma lei limitando a jornada destes em 60 horas semanais, ou 10 horas por dia, considerando-se o repouso aos domingos. No julgamento por maioria, vencidos os juízes Harlan e Holmes, a Suprema Corte decidiu pela inconstitucionalidade da lei, por considerá-la uma intervenção arbitrária e desnecessária na liberdade contratual decorrente da relação entre empregado e empregador, liberdade essa protegida pela Emenda nº XIV. Destaca-se no julgado referido o voto do juiz Rufus W. Peckham, que declarou a possibilidade de o poder de polícia tolher a liberdade contratual, mas com limitações necessárias, quando a intervenção legislativa extrapolasse a razoabilidade, por não ser necessária (exigibilidade, modernamente falando) ou apropriada (ou juízo de adequação) como medida sanitária de proteção à saúde pública ou dos trabalhadores.

Apesar da decisão em *Lochner*, que inaugurou o constitucionalismo econômico liberal na Corte, em 1908 o Tribunal declarou a validade de uma lei do Estado de Oregon⁹ que limitava o tempo de trabalho da mulher, considerando razoável a referida limitação, por acolher a diversidade entre os gêneros, considerando a mulher digna de proteção estatal superior, em virtude de sua condição física.

Em 1915, a Suprema Corte demonstrou claramente o seu comprometimento liberal no caso *Coppage v. Kansas*. Havia sido publicada uma lei no

8 198 U.S. 45.

9 208 U.S. 412.

Kansas proibindo os *yellow-dog contracts*¹⁰, ou os acordos firmados entre empregados e empregadores, no qual aqueles se comprometiam com estes a não se associarem a sindicatos durante o transcorrer do contrato de trabalho. O Tribunal concluiu, por voto do juiz Mahlon Pitney, que dita lei era uma interferência inconstitucional na liberdade de contrato já assegurada em *Lochner*¹¹.

Também em 1915, a Corte, julgando o caso *Miller v. Wilson*¹², igualmente relativo à limitação de jornada feminina, desta feita operada por uma lei da Califórnia, concluiu pela constitucionalidade da norma. No referido julgado fez-se alusão a uma outra decisão da Corte, de 1898, que julgara constitucional uma lei do Estado de Utah, limitando a jornada dos empregados de minas em oito horas.

Asseguram Nowak e Rotunda que o tribunal passou a estabelecer a jurisprudência segundo a qual qualquer limitação à liberdade contratual, decorrente da cláusula do devido processo legal substantivo, deveria observar o princípio da razoabilidade e da necessidade; assim sendo, as leis estaduais teriam de primar pela fundamentação quando da limitação do direito¹³.

Em *Wolff Packing Company v. Kansas Court of Industrial Relations*, 1923, pelo voto do juiz Presidente Taft, a Suprema Corte americana reconheceu a inconstitucionalidade de uma lei estadual que concedia poderes a uma comissão para fixar e regular lucros sobre as atividades comerciais destinadas ao fornecimento de comida, vestuário e combustível, por considerá-la violadora à liberdade contratual e ao devido processo legal substantivo.

Mais uma vez apreciando a possibilidade de o Estado-Legislador intervir na relação privada de emprego, a Suprema Corte, em 1924, julgou constitucional uma lei do Estado de Oregon que limitava a jornada dos homens em algumas indústrias¹⁴.

Relata Ruitemberg Nunes Pereira que muitos foram os *cases* analisados pela Suprema Corte estadunidense à luz da cláusula do devido processo legal substantivo na intitulada era *Lochner* e elenca: *Tyson & Brothers v. Banton* – 273 U.S. 418, de 1927, em que a Corte anulou uma lei que tabelava os preços dos tíquetes de teatro; em *Jay Burns Baking Co. v. Bryan* – 264 U.S. 504, de 1924,

10 Para mais aprofundamento, recomenda-se a leitura da obra: MARTINEZ, Luciano. *Condutas antissindicais*. São Paulo: Saraiva, 2013.

11 PEREIRA, *op. cit.*, p. 185.

12 236 U.S. 373.

13 NOWAK, John E; ROTUNDA, Ronald D. *Constitutional law*. 4. ed. Minnesota: West Publishing Co., 1991. p. 370.

14 PEREIRA, *op. cit.*, p. 189.

quando a Corte concluiu pela inconstitucionalidade de uma lei de Nebraska que regulamentava o peso padrão dos pães vendidos no Estado; em *Ribnik v. McBride*, de 1928, em que se declarou a inconstitucionalidade de uma lei de Nova Jersey que regulava agências de emprego; em *Williams v. Standard Oil Company*, de 1929, em que foi reconhecida a inconstitucionalidade de uma lei do Tennessee que autorizava a uma comissão privada a regulação dos preços da gasolina dentro do Estado; e, por fim, em *New State Ice Company v. Liebmann*, de 1932, quando se acolheu a nulidade de uma lei do Estado de Oklahoma que declarava a produção e a venda de gelo como atividade afetada pelo interesse público estadual, exigindo-se uma autorização para qualquer empresa que a desejasse exercer¹⁵.

Já nas três primeiras décadas do século anterior, a Suprema Corte americana, malgrado o viés liberal em relação à intervenção na economia, passou a reconhecer que o conteúdo do *due process of law*, presente nas aludidas Emendas ns. V e XIV, também poderia ser invocado para o reconhecimento de direitos constitucionais não elencados¹⁶ expressamente na *Bill of Rights* americana. Tais direitos passaram a ser reconhecidos e protegidos pela corte como parte da liberdade, que é resguardada pelas disposições do devido processo da Emenda nº XIV (para controle de leis estaduais ou locais) e da Emenda nº V, no que diz respeito ao controle de leis federais¹⁷.

Nesse trilhar, destaca-se o julgamento da Suprema Corte no caso *Meyer v. State of Nebraska*, no qual se declarou a inconstitucionalidade de uma lei desse Estado que proibia o ensino da língua alemã. A Corte fixou que a liberdade “denota não meramente liberdade em face de restrição física, mas também o direito do indivíduo de contratar, de envolver-se em qualquer das ocupações comuns da vida, de adquirir conhecimento, casar, de fixar domicílio e de educar crianças, de cultuar Deus de acordo com os ditados de sua própria consciência, e geralmente de desfrutar desses privilégios há muito reconhecidos no *common law* como essenciais para a busca ordenada da felicidade por homens livres”¹⁸.

Também, em *Pierce v. Society of the Sisters of the Holy Names of Jesus and Mary*, a Suprema Corte reconheceu a inconstitucionalidade de uma lei do Estado de Oregon que exigia, de crianças e adolescentes entre oito e dezesseis

15 *Ibid.*, p. 190.

16 Direito à privacidade (381 U.S. 479 – 1965); direito ao aborto (410 U.S. 113 – 1973); direito ao casamento (388 U.S. 1 – 1967); direitos decorrentes de relações familiares (431 U.S. 494 – 1977); direito à morte (497 U.S. 261 – 1990); direito à orientação sexual (521 U.S. 702 – 1997).

17 NOWAK, John E.; ROTUNDA, Ronald D., *op. cit.*, p. 370.

18 262 U.S. 390 (1923).

anos de idade, que frequentassem apenas escolas públicas, em vez de escolas privadas ou religiosas¹⁹.

Como se observou nos parágrafos precedentes, a assim chamada *Era Lochner*, que durou de 1905 a 1937, é um período na história legal americana no qual a Suprema Corte dos Estados Unidos tendeu a invalidar a regulação econômica acerca do estabelecimento de certas condições de trabalho, fixação de salários e limitação da jornada, exaltando o direito à liberdade, que decorre da cláusula do devido processo legal.

3 – A atividade criativa do STF, quando trata de direitos de liberdade

Em um contexto neoconstitucional, no qual princípios são tidos como normas, é absolutamente aceitável que o Estado-Juiz, quando se depara com a ausência de observância do dever de proteção por parte do Estado-Legislator, inove no mundo jurídico, proferindo decisões antes não previstas na Lei, mas com conteúdo retirado diretamente de princípios constitucionais.

Observe-se a jurisprudência sumulada do Supremo Tribunal Federal e a ausência de normas para fundamentar o uso de algemas, quando a referida Corte confecciona a Súmula Vinculante nº 11, assim estabelecida:

“Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado.”²⁰

Percebe-se claramente pelo teor literal da indigitada súmula que o Supremo Tribunal Federal criou critérios para o uso de algemas (somente em casos de resistência), com conceito jurídico indeterminado (fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia), estabelecendo formalidade não prevista formalmente em lei (justificada a excepcionalidade por escrito), inclusive considerando ilícito administrativo, civil e penal, passível de punição (sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado). Tais critérios não constam de qualquer lei expressamente positivada, mas a Corte Maior, em sua constituição plenária,

19 268 U.S. 510 (1925).

20 Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1220>>. Acesso em: 16 abr. 2020.

ao analisar e julgar o HC 91.952, com decisão publicada no DJe de 19.12.08, cuja relatoria coube ao Ministro Marco Aurélio, invocou os princípios da não culpabilidade e que do princípio do Estado Democrático decorre “o inafastável tratamento humanitário do cidadão, na necessidade de lhe ser preservada a dignidade”, que igualmente encerra conteúdo principiológico.

É dizer, o Supremo Tribunal Federal, ao resolver um caso concreto que deu origem à súmula vinculante, a partir da interpretação de princípios e sopesamento destes, criou regra de formalidade inexistente até então.

Em 2011 os ministros da Excelsa Corte, ao julgarem a Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132, reconheceram a união estável para casais do mesmo sexo. O relator das ações, Ministro Ayres Britto, argumentando que o art. 3º, inciso IV, da CF veda qualquer discriminação em virtude de sexo, raça, cor e que, nesse sentido, ninguém pode ser diminuído ou discriminado em função de sua preferência sexual. Os Ministros Luiz Fux, Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa, Gilmar Mendes, Marco Aurélio, Celso de Mello e Cezar Peluso, bem como as Ministras Cármen Lúcia Antunes Rocha e Ellen Gracie, acompanharam o entendimento do Ministro Ayres Britto pela procedência das ações e com efeito vinculante, no sentido de dar interpretação conforme a Constituição Federal para excluir qualquer significado do art. 1.723 do Código Civil que impeça o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar.

Percebe-se, assim, que invocando o princípio da não discriminação, a Suprema Corte acresceu significado ao artigo do Código Civil.

No julgamento da ADPF nº 54, igualmente com a relatoria do Ministro Marco Aurélio Melo, o Supremo Tribunal Federal decidiu que o aborto de feto anencéfalo não é conduta tipificada nos arts. 124, 126, 128, incisos I e II, do Código Penal.

Inicialmente, se lê na aludida decisão que o Estado brasileiro é laico, sendo, portanto, impermeável aos argumentos religiosos. Concluindo seu voto, o Min. Marco Aurélio consignou importantes entendimentos, que nortearam oito dos ministros votantes da Corte: “está em jogo o direito da mulher de autodeterminar-se, de escolher, de agir de acordo com a própria vontade num caso de absoluta inviabilidade de vida extrauterina. Estão em jogo, em última análise, a privacidade, a autonomia e a dignidade humana dessas mulheres”²¹.

21 Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2226954>>. Acesso em: 16 abr. 2020.

Ou seja, por intermédio do indigitado julgado, a Suprema Corte descriminalizou a hipótese de aborto de feto anencéfalo, também sem previsão em norma estatuída pelo Legislador.

Em 13 de junho de 2019, o Plenário do C. Supremo Tribunal Federal, julgando ação direta de inconstitucionalidade por omissão, aprovou a tese proposta pelo Ministro Celso de Mello, formulada em três pontos. O primeiro prevê que, até que o Congresso Nacional edite lei específica, as condutas homofóbicas e transfóbicas, reais ou supostas, se enquadram nos crimes previstos na Lei nº 7.716/2018 e, no caso de homicídio doloso, constitui circunstância que o qualifica, por configurar motivo torpe. No segundo ponto, a tese prevê que a repressão penal à prática da homotransfobia não alcança nem restringe o exercício da liberdade religiosa, desde que tais manifestações não configurem discurso de ódio. Finalmente, a tese estabelece que o conceito de racismo ultrapassa aspectos estritamente biológicos ou fenotípicos e alcança a negação da dignidade e da humanidade de grupos vulneráveis.

É dizer, o C. Supremo Tribunal Federal se mostra extremamente vanguardista quando se trata de estabelecer proteção aos direitos de liberdade, mas, conforme se observará adiante, não pratica a mesma lógica quando decide acerca dos direitos fundamentais sociais dos trabalhadores.

4 – O conservadorismo do STF em relação aos direitos fundamentais sociais trabalhistas

Viu-se no item anterior que o c. Supremo Tribunal Federal se mostra uma Corte vanguardista no que diz respeito aos direitos de liberdade, chegando, até, a prever tipos penais à revelia do Estado-Legislator.

Não obstante o reconhecimento na Carta Política, já no art. 1º, de que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos a dignidade da pessoa humana, bem assim os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; que o expressivo rol de direitos previstos no art. 7º constitui-se de direitos fundamentais, albergados pelo art. 60, § 4º; e que o *caput* do art. 170 assegura que a ordem econômica é fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tendo por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, no que toca aos direitos sociais fundamentais do trabalhador, a Corte Excelsa se desvela bastante conservadora.

4.1 – A supremacia do negociado sobre o legislado

A constante análise das lides trabalhistas pelo c. Supremo Tribunal Federal é algo recente, pois a referida Corte normalmente não atribuía repercussão geral a tais questões, sobretudo quando as querelas trabalhistas tratavam sobre os limites constitucionalmente viáveis para a negociação coletiva.

Observe-se, por exemplo, que em relação ao pagamento das horas de itinerário, a Excelsa Corte já havia decidido no sentido da ausência de repercussão geral, afirmando que a matéria envolve a interpretação de normas infraconstitucionais²².

Nada obstante tal direcionamento, no ano de 2015 houve uma brusca mudança de rumo em relação às questões trabalhistas, iniciada com o julgamento do Tema nº 152 da Tabela de Repercussão Geral, que tratava da renúncia genérica a direitos mediante adesão a plano de demissão voluntária. Por considerar duvidosa a existência de cláusula genérica prevista em norma coletiva, que previa o afastamento de análise futura pelo Poder Judiciário trabalhista, ofendendo supostamente o direito fundamental de acesso à Justiça, o STF reconheceu a repercussão geral do tema e assim decidiu:

“DIREITO DO TRABALHO. ACORDO COLETIVO. PLANO DE DISPENSA INCENTIVADA. VALIDADE E EFEITOS. 1. Plano de dispensa incentivada aprovado em acordo coletivo que contou com ampla participação dos empregados. Previsão de vantagens aos trabalhadores, bem como quitação de toda e qualquer parcela decorrente de relação de emprego. Faculdade do empregado de optar ou não pelo plano. 2. Validade da quitação ampla. Não incidência, na hipótese, do art. 477, § 2º, da Consolidação das Leis do Trabalho, que restringe a eficácia liberatória da quitação aos valores e às parcelas discriminadas no termo de rescisão exclusivamente. 3. No âmbito do direito coletivo do trabalho não se verifica a mesma situação de assimetria de poder presente nas relações

22 “PROCESSUAL CIVIL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. NORMA COLETIVA DE TRABALHO. PAGAMENTO DAS HORAS *IN ITINERE*. FIXAÇÃO DE LIMITE INFERIOR À METADE DO TEMPO EFETIVAMENTE GASTO NO TRAJETO ATÉ O LOCAL DO SERVIÇO. VALIDADE. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. AUSÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL. 1. A controvérsia relativa à validade de norma coletiva de trabalho que limita o pagamento de horas *in itinere* a menos da metade do tempo efetivamente gasto pelo trabalhador no seu trajeto até o local do serviço, fundada na interpretação da Consolidação das Leis do Trabalho e da Lei nº 10.243/01, é de natureza infraconstitucional. 2. É cabível a atribuição dos efeitos da declaração de ausência de repercussão geral quando não há matéria constitucional a ser apreciada ou quando eventual ofensa à Carta Magna se dê de forma indireta ou reflexa (RE 584.608 RG, Min^a Ellen Gracie, DJe 13.03.09). 3. Ausência de repercussão geral da questão suscitada, nos termos do art. 543-A do CPC.” (STF, Pleno, RG-RE 820.729/DF, Rel. Min. Teori Zavascki, DJe 03.10.2014)

individuais de trabalho. Como consequência, a autonomia coletiva da vontade não se encontra sujeita aos mesmos limites que a autonomia individual. 4. A Constituição de 1988, em seu art. 7º, XXVI, prestigiou a autonomia coletiva da vontade e a autocomposição dos conflitos trabalhistas, acompanhando a tendência mundial ao crescente reconhecimento dos mecanismos de negociação coletiva, retratada na Convenção nº 98/1949 e na Convenção nº 154/81 da Organização Internacional do Trabalho. O reconhecimento dos acordos e convenções coletivas permite que os trabalhadores contribuam para a formulação das normas que regerão a sua própria vida. 5. Os planos de dispensa incentivada permitem reduzir as repercussões sociais das dispensas, assegurando àqueles que optam por seu desligamento da empresa condições econômicas mais vantajosas do que aquelas que decorreriam do mero desligamento por decisão do empregador. É importante, por isso, assegurar a credibilidade de tais planos, a fim de preservar a sua função protetiva e de não desestimular o seu uso. 7. Provisão do recurso extraordinário. Afirmação, em repercussão geral, da seguinte tese: ‘A transação extrajudicial que importa rescisão do contrato de trabalho, em razão de adesão voluntária do empregado a plano de dispensa incentivada, enseja quitação ampla e irrestrita de todas as parcelas objeto do contrato de emprego, caso essa condição tenha constado expressamente do acordo coletivo que aprovou o plano, bem como dos demais instrumentos celebrados com o empregado.’” (STF, Pleno, RE 590.415/SC, Rel. Min. Roberto Barroso, DJe 29.05.2015)

A partir do indigitado julgado, conferindo validade à norma coletiva, ainda que esta preveja pontualmente cláusulas *in pejus*, reconheceu-se que: em um cenário coletivo, não há desigualdade entre as partes convenientes; a norma coletiva, objeto de ampla negociação, continha contrapartidas vantajosas aos empregados, mas permitia a quitação geral do contrato de trabalho; o empregado poderia aderir ou não ao plano de demissão incentivada; a Constituição Federal de 1988 reconhece as convenções e acordos coletivos de trabalho; e a autonomia privada individual segue lógica diversa da autonomia privada coletiva.

É dizer, apesar do reconhecimento da supremacia da norma coletiva, naquele específico caso, mesmo com previsão pontual de cláusula *in pejus*, o STF não estabeleceu, em hipótese alguma, que todas as normas coletivas serão consideradas válidas.

Em setembro de 2016, porém, o STF atribuiu validade à norma coletiva que continha cláusula de supressão de horas *in itinere*. Observe-se o seguinte trecho da decisão:

“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. Diante do exposto, com base no art. 557, § 1º-A, do CPC/73, dou provimento ao recurso extraordinário para afastar a condenação da recorrente ao pagamento das horas *in itinere* e dos respectivos reflexos salariais. Após o trânsito em julgado, officie-se à Vice-Presidência do Tribunal Superior do Trabalho, encaminhando-lhe cópia desta decisão para as devidas providências, tendo em conta a indicação do presente apelo como representativo de controvérsia.” (STF, RE 895.759/PE, Rel. Min. Teori Zavascki, decisão monocrática, DJe 13.09.2016)

Em 19 de setembro de 2016, analisando a ADI 4.842, o Plenário do Supremo Tribunal Federal julgou constitucional o dispositivo da Lei nº 11.901/09 que estipula a jornada de trabalho de bombeiro civil em 12 horas para cada 36 horas de descanso. A norma estabelece, ainda, a jornada máxima de 36 horas semanais. Por maioria, os ministros entenderam que a norma não viola preceitos constitucionais, pois, além de não ser lesiva à saúde ou a regras de medicina e segurança do trabalho, é mais favorável ao trabalhador. Na oportunidade, o Ministro Edson Fachin entendeu que a jornada de 12h não era prejudicial ao bombeiro civil, pois a norma coletiva poderia prever o descanso de 36h, ressaltando, ainda a Lei específica, o repouso semanal remunerado, de modo que o módulo semanal, na prática, não ultrapassa 36 horas.

4.2 – A terceirização em atividade-fim

No dia 30.08.2018, o Supremo Tribunal Federal, julgando a ADPF 324/DF e o RE 958.252, por maioria de votos (7 a 4), fixou a seguinte tese de repercussão geral:

1. É lícita a terceirização de toda e qualquer atividade, meio ou fim, não se configurando relação de emprego entre a contratante e o empregado da contratada. 2. Na terceirização, compete à contratante: i) verificar a idoneidade e a capacidade econômica da terceirizada; e ii) responder subsidiariamente pelo

descumprimento das normas trabalhistas, bem como por obrigações previdenciárias, na forma do art. 31 da Lei nº 8.212/93.

Foram vencidos os Ministros Edson Fachin, Rosa Weber, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio. Nesta assentada, o Relator, Ministro Barroso, esclareceu que a presente decisão não afeta automaticamente os processos em relação aos quais tenha havido coisa julgada.

No que diz respeito às razões apresentadas pelos Ministros Luiz Fux, Luís Roberto Barroso, Alexandre de Mores, Dias Toffoli, Gilmar Mendes, Celso de Mello e Cármen Lúcia, em defesa da constitucionalidade da terceirização da atividade-fim, ficou consignado na decisão que a perpetuação da ilegalidade da terceirização da atividade principal viola os caros princípios constitucionais da livre iniciativa, livre concorrência e, sobretudo, da segurança jurídica, pois não havia qualquer impedimento legal quanto à terceirização da atividade-fim.

4.3 – A Lei nº 11.442/07

No dia 16 de abril de 2020, o Supremo Tribunal Federal, por maioria, julgou improcedente o pedido formulado na ADI 3.961, firmando a seguinte tese:

“1. A Lei nº 11.442/07 é constitucional, uma vez que a Constituição não veda a terceirização, de atividade-meio ou fim. 2. O prazo prescricional estabelecido no art. 18 da Lei nº 11.442/07 é válido porque não se trata de créditos resultantes de relação de trabalho, mas de relação comercial, não incidindo na hipótese o art. 7º, XXIX, da CF. 3. Uma vez preenchidos os requisitos dispostos na Lei nº 11.442/07, estará configurada a relação comercial de natureza civil e afastada a configuração de vínculo trabalhista, nos termos do voto do Relator, vencidos os Ministros Edson Fachin, Ricardo Lewandowski e Rosa Weber, que julgavam procedente a ação, e o Ministro Marco Aurélio, que não admitia a ação direta. Não participou deste julgamento, por motivo de licença médica no início da sessão, o Ministro Celso de Mello (art. 2º, § 5º, da Res. 642/2019). Plenário, Sessão Virtual de 03/04/2020 a 14/04/2020.”

Almejava-se na referida Ação Direta de Inconstitucionalidade a anulação dos arts. 5º, *caput* e parágrafo único, e 18 da lei. A Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho (ANTP) e a Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (Anamatra), autoras da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 3.961, sustentavam que a norma esvaziava a competência da Justiça do Trabalho ao determinar que, mesmo quando for inequívoca a

natureza empregatícia do vínculo, deve prevalecer artificialmente a natureza comercial predefinida.

Seguindo o precedente estabelecido a partir do julgamento da ADPF 324, que permite a terceirização em atividade-fim, decidiu-se pela constitucionalidade dos dispositivos guerreados e a Corte Suprema foi além, para “uma vez preenchidos os requisitos dispostos na Lei nº 11.442/07, estará configurada a relação comercial de natureza civil e afastada a configuração de vínculo trabalhista”.

4.4 – A liminar na medida cautelar da ADI 6.363/DF

A Medida Provisória nº 936/2020, em seu art. 7º, II, permite a redução de salário e jornada por simples acordo individual escrito entre empregador e empregado.

Diante da ausência de previsão legal em relação à negociação coletiva, foi ajuizada a ADI nº 6.363, almejando a declaração de inconstitucionalidade do referido dispositivo legal, apontando-se, principalmente, a ofensa ao art. 7º, VI, da Constituição Federal de 1988.

Julgando liminar em medida cautelar, decidiu o Ministro Relator Ricardo Lewandowski pela interpretação conforme à Constituição, de maneira a assentar que “[os] acordos individuais de redução de jornada de trabalho e de salário (...) deverão ser comunicados pelos empregadores ao respectivo sindicato laboral, no prazo de até dez dias corridos, contado da data de sua celebração”, para que este, querendo, deflagre a negociação coletiva, importando sua inércia em anuência com o acordado pelas partes.

A partir da decisão referida, a análise foi alçada ao do Pleno do STF, que no dia 17 de abril de 2020 decidiu, por sete votos a três, pela constitucionalidade da medida provisória, que permite a redução de salário sem a participação do sindicato.

5 – A nossa *Era Lochner*

No item anterior realizou-se um pequeno apanhado das recentes questões trabalhistas decididas pelo C. Supremo Tribunal Federal, que até o ano de 2015 tinha como diretriz hermenêutica não atribuir repercussão geral às lides envolvendo os limites constitucionais das normas coletivas, por entender a Corte que tais diziam respeito a contrato, sendo, portanto, matéria alheia à violação direta da Constituição Federal de 1988.

DOCTRINA

A partir do referido ano, em todas as decisões proferidas pela Corte Suprema tratando sobre a possível ofensa das normas coletivas a direitos fundamentais dos trabalhadores, houve um posicionamento a favor de um Direito do Trabalho mais flexível ou mais liberal, no qual as partes, no contexto da autonomia privada coletiva, ficariam mais livres para negociar. É dizer, o viés protetivo deste ramo especializado, que, de mais a mais, figura como a sua razão de ser, ficou mais maleável, permitindo-se maior grau de negociação, mesmo quando esta versa sobre direitos fundamentais do trabalhador.

Assim foi que no RE 895.759/PE, o Relator, Ministro Teori Zavascki, refutou o pagamento de horas de itinerário, por entender que, a despeito da supressão do direito referente à jornada, havia outros benefícios assegurados em norma coletiva como contrapartida. A mesma lógica de compensação de direitos em sede coletiva foi utilizada no julgamento do mérito da ADI 4.842, que permitiu a jornada compensatória de doze horas de trabalho por trinta e seis horas de descanso, apesar da expressa redação do art. 7º, XIII, da Carta Política, que estabelece jornada de oito horas e módulo semanal de quarenta e quatro horas, ressaltando-se a negociação coletiva em sentido contrário, que, por seu turno, hipoteticamente, deve ter como vetores as Convenções ns. 98 e 154, ambas da OIT, que impõem a confecção de instrumentos coletivos que inovem trazendo benefícios aos trabalhadores. Olvidou-se também do teor da Convenção nº 155 da OIT, que trata da necessidade de observância das normas de saúde do trabalhador, bem assim do próprio art. 7º, XXII, da Constituição Federal de 1988, que impõe como direito dos trabalhadores urbanos e rurais a redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança.

A mesma lógica liberal de igualdade entre as partes contratantes foi utilizada pelo Relator da ADPF 324/DF, Ministro Luiz Roberto Barroso, tendo este também asseverado oralmente que, “em um momento em que há 13 milhões de desempregados e 37 milhões de trabalhadores na informalidade, é preciso considerar as opções disponíveis sem preconceitos ideológicos ou apego a dogmas”. Diante desta assertiva, seriam os princípios constitucionais do valor social do trabalho, proteção do trabalhador e não retrocesso social “dogmas” ideológicos?

No julgamento da referida ação não se analisou o conteúdo ou sequer a força normativa do valor social do trabalho. Os sete Ministros que votaram pela improcedência da ADPF apenas focaram os seus respectivos votos na ofensa à livre iniciativa e na ausência de Lei ou previsão constitucional que proibisse a terceirização em atividade-fim.

Os dois maiores argumentos utilizados pela Corte Suprema foram a existência do princípio da livre iniciativa, presente na Constituição Federal de 1988,

e a inexistência de lei ou previsão constitucional vedando a terceirização em atividade-fim. Ao seguir este caminho positivista, com todas as vênias possíveis, a Corte Suprema não mostrou coerência com a sua própria jurisprudência, haja vista que em diversas oportunidades decidiu de modo contrário, extraindo da Carta Política a normatividade de princípios, para inovar no mundo jurídico, criando tipo penal (crime de homofobia), previsão legal onde não há lei específica (uso de algemas) e excludente de ilicitude, como se observa no acórdão que permite o aborto de feto anencefálico.

O que se vê é uma Corte Suprema extremamente ativista e vanguardista, alinhada com toda a doutrina pós-positivista, quando decide direitos de liberdade, mas extremamente conservadora quando decide sobre direitos fundamentais dos trabalhadores, esquivando-se de guardar coerência com a teoria dos direitos fundamentais.

Em todas as recentes decisões do c. Supremo Tribunal Federal sobre Direito do Trabalho, optou-se por trilhar caminho bem liberal, como se as partes, trabalhadores e empregadores, estivessem livres para fixar as cláusulas contratuais que lhes aprovessem, olvidando-se que diversos direitos fundamentais dos trabalhadores, de forma específica ou inespecífica, encontram assento constitucional.

Na ADI 3.961, o C. Supremo Tribunal Federal inovou ao fixar tese que afasta qualquer possibilidade de reconhecimento da relação de emprego entre prestador e tomador de serviços, afirmando que “uma vez preenchidos os requisitos dispostos na Lei nº 11.442/07, estará configurada a relação comercial de natureza civil e afastada a configuração de vínculo trabalhista”.

Ora, seguindo toda a doutrina trabalhista, a relação de emprego é norteadada pelo princípio da primazia da realidade e, uma vez presentes os requisitos ensejadores do liame empregatício, estar-se-á diante do que se convencionou chamar de contrato de emprego. A configuração de tal contratação, ao que parece, não se constitui matéria constitucional apta a ensinar a fixação de tese pela referida Corte, que inovou para afastar por completo a possibilidade de reconhecimento de relação de emprego, desde que preenchidos os requisitos formais previstos na Lei nº 11.442/07, que no § 1º do art. 4º ratifica que não haverá relação empregatícia entre prestador e tomador de serviços, mesmo que em relação àquele a prestação pessoal de serviços seja com exclusividade e remuneração certa.

É dizer, desde que sejam observados todos os requisitos formais, ainda que o prestador de serviços seja pessoa física, trabalhe de forma pessoal, re-

munerada e com exclusividade, não poderá ser considerado empregado, pois tudo já fora convencionado formalmente antes.

A tese fixada trilha mais um trecho do caminho liberal que o c. Supremo Tribunal Federal tem percorrido, ignorando que o Direito do Trabalho segue lógica diversa do Direito Civil e deste se desgarrou há mais de um século. Igualmente olvida a Corte Suprema que todo o rol de direitos estabelecido no art. 7º da Constituição Federal de 1988 é voltado para a inserção do trabalhador na relação de emprego, não o contrário.

Se o trilhar do caminho liberal já estava sendo amplamente percorrido pelo STF, no dia 16 de abril de 2020 foi estabelecido o maior golpe aos direitos fundamentais dos trabalhadores, ao se decidir pela não observância da participação do sindicato para a redução salarial durante o período de calamidade pública, reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020, e da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (Covid-19) de que trata a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020.

Ora, o art. 7º, VI, da Constituição Federal de 1988 é direito fundamental do trabalhador, protegido, portanto, pelo manto constitucional do art. 60, § 4º, constituindo-se em cláusula pétreia.

Tal precedente, ainda que em sede de decisão liminar e em pleno contexto de crise, é extremante perigoso, por permitir que uma cláusula pétreia seja ignorada por medida provisória.

Não se olvida, é bom lembrar, que a humanidade passa por grave crise sanitário-econômica, mas os direitos fundamentais existem justamente para assegurar certeza durante o momento de crise. Aliás, a própria previsão constitucional de possibilidade de redução salarial serve para atender a momento de crise, tendo-se que em épocas de calma não se pensa em negociação *in pejus* ao trabalhador e é justamente por isso que há a necessidade de participação do sindicato nesse contexto, vez que materialmente empregados e empregadores não são iguais; ao revés, a relação de emprego é essencialmente assimétrica, concentrando nas mãos do empregador forte poder social, sendo tal realidade reconhecida pela própria Carta Política, que estatui expressivo rol de direitos fundamentais dos trabalhadores, almejando estabelecer uma igualdade material.

O c. Supremo Tribunal Federal, ao decidir por ignorar regra constitucional explícita, ao argumento de que o país está em crise, coloca a proteção ao trabalhador como obstáculo à solução, como se o direito fundamental estabelecido no art. 7º, VI, cláusula pétreia que é, pudesse ser olvidado.

Definitivamente, a Corte Suprema vivencia a sua *Era Lochner*.

6 – Conclusão

Conforme se viu ao longo deste artigo, *A Era Lochner* foi um período (de 1905 a 1937) no qual a Suprema Corte dos Estados Unidos tendeu a invalidar a regulação econômica acerca do estabelecimento de certas condições de trabalho ou salários, bem como a limitação da jornada, excetuando tão somente a proteção nesse particular às mulheres e crianças. É dizer, durante tal período a Corte estadunidense manteve viés bastante liberal em relação à proteção aos trabalhadores e à economia.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 estabelece extenso rol de direitos fundamentais específicos dos trabalhadores, em cenário individual e coletivo. Todavia, não obstante a literalidade do Capítulo II da Lei Maior, o c. Supremo Tribunal Federal vem, nos últimos cinco anos, não só conhecendo das mais diversas matérias trabalhistas, mas elevando o valor da livre iniciativa em detrimento dos diversos princípios estatuídos no mesmo Diploma Legal, aproximando-se demasiadamente do período liberal da *Era Lochner*.

7 – Referências bibliográficas

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

LIMA, Maria Rosynete Oliveira. *Devido processo legal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. *Devido processo legal e proteção a direitos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

NOWAK, John E; ROTUNDA, Ronald D. *Constitutional law*. 4. ed. Minnesota: West Publishing, 1991.

OIT – Organização Internacional do Trabalho. *Perspectivas sociais e de emprego no mundo: mudança na modalidade de emprego-sumário executivo*. Geneva, 2015. 8 p. Disponível em: <http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/-dgreports/-dcomm/-publ/documents/publication/wcms_369023.pdf>. Acesso em: 17 abr. 2020.

PEREIRA, Ruitemberg Nunes. *O princípio do devido processo legal substantivo*. São Paulo: Renovar, 2005.

SOUTO, João Carlos. *Suprema Corte dos Estados Unidos*. Principais decisões. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

Recebido em: 20/04/2020

Aprovado em: 26/05/2020