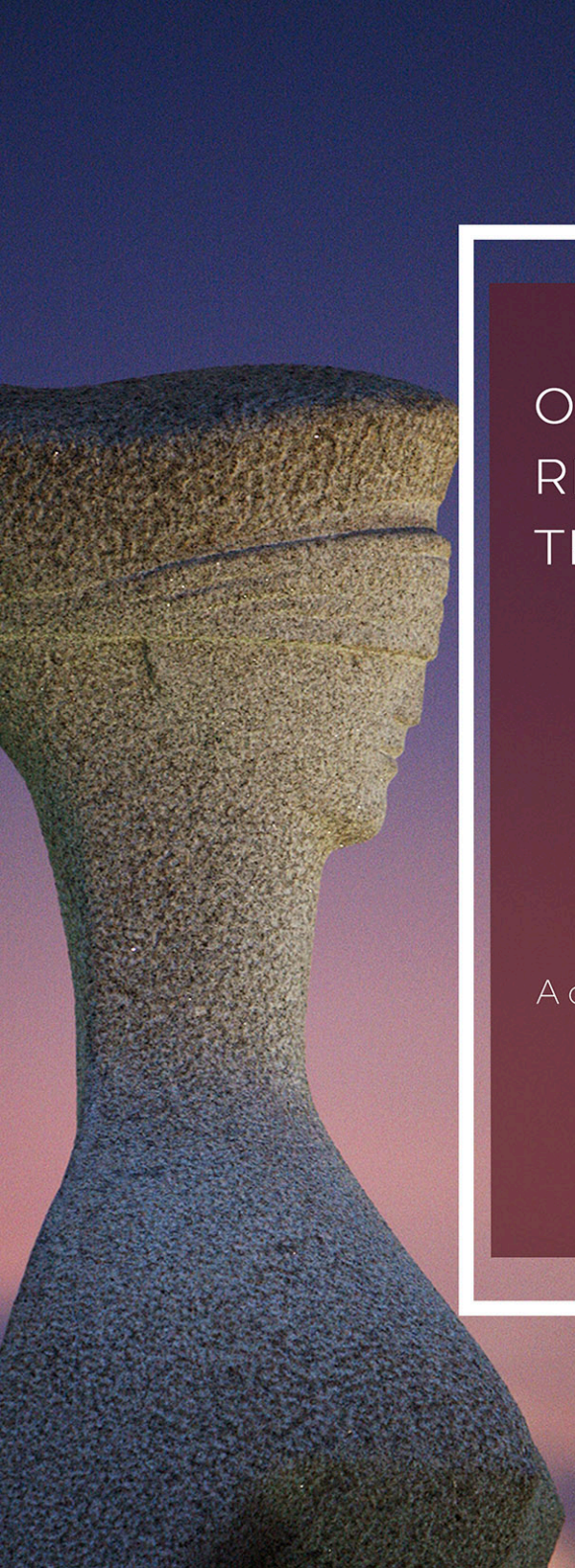
Renata Dutra
Sidnei Machado
(Orgs.)

O SUPREMO e a REFORMA TRABALHISTA

A construção jurisprudencial da Reforma Trabalhista de 2017 pelo Supremo Tribunal Federal



96 Fi

Os textos, em sua maioria, são fruto de debates produzidos no Seminário "A Construção Jurisprudencial da Reforma Trabalhista pelo STF", realizado pela REMIR, em formato virtual, nos dias 9 a 13 de novembro de 2020 – semana que marcou os três anos de vigência da Reforma Trabalhista. Os artigos, em seu conjunto, traçam um panorama da atuação do Supremo em temas de relações de trabalho, desde uma perspectiva crítica e historicamente situada nessa dimensão de um conjunto de jurisprudência. Embora coerente com determinadas concepções sobre trabalho, justiça e o papel do Estado na regulação dos conflitos decorrentes das relações de trabalho, essa jurisprudência representa um movimento de tensão e ruptura com o projeto da Constituição de 1988. A obra coletiva é abrangente das decisões mais significativas do STF no período, muito representativa de um corpo de doutrina da jurisprudência da Corte na última década. As decisões judiciais que foram objeto de análise demonstram precisamente a inflexão havida na jurisprudência do STF que pavimentou o caminho para a reforma de 2017 e criou uma forte tensão com o sentido e o projeto da Constituição de 1988.

Os Organizadores

REMIR Trabalho
Rede de Estudos e Monitoramento Interdisciplinar da Reforma Trabalhista

clínica direito do trabalho

OBSERVATÓRIO TRABALHISTA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

9 786559 171590

editora fi .org

CC BY SA

O Supremo e a Reforma Trabalhista

Série
Ciências Jurídicas & Sociais

Comitê Editorial

Prof.ª Dr.ª Liane Tabarelli
PUCRS, Brasil

Prof.ª Dr.ª Marcia Andrea Bühring
PUCRS, Brasil

Prof. Dr. Orci Paulino Bretanha Teixeira
Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Voltaire de Lima Moraes
PUCRS, Brasil

Prof. Dr. Thadeu Weber
PUCRS, Brasil

Prof.ª Dr.ª Fernanda Medeiros
PUCRS, Brasil

Prof. Dr. Leandro Cordioli
ULBRA, Brasil

O Supremo e a Reforma Trabalhista

A construção jurisprudencial da Reforma Trabalhista de 2017
pelo Supremo Tribunal Federal

Organizadores
Renata Dutra
Sidnei Machado

Diagramação: Marcelo A. S. Alves
Capa: Carole Kümmecke - https://www.conceptualeditora.com/
Fotografia de Capa: Nelson Jr./SCO/STF (24/02/2010)

O padrão ortográfico e o sistema de citações e referências bibliográficas são prerrogativas de cada autor. Da mesma forma, o conteúdo de cada capítulo é de inteira e exclusiva responsabilidade de seu respectivo autor.

Todos os livros publicados pela Editora Fi
estão sob os direitos da Creative Commons 4.0
https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt_BR

Série Ciências Jurídicas & Sociais – 96

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

DUTRA, Renata; MACHADO, Sidnei (Orgs.)

O Supremo e a Reforma Trabalhista: a construção jurisprudencial da Reforma Trabalhista de 2017 pelo Supremo Tribunal Federal [recurso eletrônico] / Renata Dutra; Sidnei Machado (Orgs.) -- Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2021.

513 p.

ISBN - 978-65-5917-159-0
DOI - 10.22350/9786559171590

Disponível em: http://www.editorafi.org

1. STF; 2. Reforma Trabalhista; 3. Jurisprudencial; 4. Estado; 5. Brasil; I. Título.

CDD: 340

Índices para catálogo sistemático:
1. Direito 340

Agradecimentos

Esta coletânea é fruto do trabalho de monitoramento e de pesquisa do projeto do "Observatório da Reforma Trabalhista no STF", gestado e fomentado no âmbito da REMIR - Rede de Estudos e Monitoramento Interdisciplinar da Reforma Trabalhista.

A coletânea, produto desse projeto mais amplo, foi desenvolvida em atividade de pesquisa entre a UFPR (Clínica Direito do Trabalho), a UnB, a UFBA e a Unicamp (CESIT), resultado das discussões em seminário realizado nos dias 9 a 13 de novembro de 2020, de modo virtual pelo canal da REMIR no Youtube.

O projeto do Observatório foi concebido e executado a partir de parcerias interinstitucionais entre universidades públicas do país e financiado exclusivamente por meio da captação de recursos públicos de fomento à pesquisa (Edital nº 3/2020 do Decanato de Pesquisa e Inovação da Universidade de Brasília), fundamentais em momentos de crise e em prol do desenvolvimento da pesquisa no país. Registramos o nosso agradecemos pelo importante apoio dessas universidades públicas brasileiras.

Um agradecimento especial é dedicado à coordenação nacional da REMIR, que tanto incentivou o desenvolvimento dessa obra, nas pessoas de José Dari Krein, Adalberto Cardoso, Andreia Galvão, Bárbara Castro, José Ricardo Ramalho, Maria Aparecida Bridi, Roberto Véras e Vitor Filgueiras.

Para a execução das atividades do seminário e a organização editorial da coletânea foram fundamentais os apoios das acadêmicas e pesquisadoras Paula Freitas, Renata Lima, Sullivan Pereira, Bianca Mattos,

Helena Sayuri, Gabriela Romeiro e Pedro Rizzo, que compõem a equipe do Observatório da Reforma Trabalhista no STF.

Por fim, um imenso agradecimento aos autores e autoras que participaram das discussões do seminário de 2020 e que contribuíram com suas reflexões nos artigos que compõem a coletânea, cujas produções e trajetórias falam por si sós. Agradecemos também à Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da Silva, Leonardo Wandelli, Cristiano Paixão e Ricardo Lourenço Filho, que apoiaram essa iniciativa participando dos debates virtuais e subsidiando as reflexões teóricas constantes em muitos dos artigos que ora apresentamos, e que, portanto, também contribuem para esse livro, por suas ideias.

Sumário

Prefácio 13

Adalberto Cardoso

Apresentação 22

Renata Dutra
Sidnei Machado

1ª Parte
Direito Individual do Trabalho

Capítulo 1 31

Terceirização no setor público vista pela ADC 16, ADI 1923 e tema 246 em repercussão geral: em pauta o STF

Aldacy Rachid Coutinho

Capítulo 2 67

A terceirização no contexto da reforma trabalhista e as decisões judiciais: limites, contradições e possibilidades

Magda Barros Biavaschi
Alisson Droppa
Ana Cristina Alves

Capítulo 3 100

O STF e a terceirização: o julgamento da ADI 5685 e da ADI 5695 quanto à constitucionalidade da terceirização irrestrita (Lei 13.429/2017 e Lei 13.467/2017)

Renata Queiroz Dutra
João Gabriel Pimentel Lopes

Capítulo 4 127

Sobre a base de cálculo do adicional de insalubridade, à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: complexificações que precarizam

Guilherme Guimarães Feliciano
Claudirene Andrade Ribeiro

Capítulo 5 155

Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) 709.212 e o afastamento da prescrição trintenária para a cobrança do FGTS: segurança júridica ou poder econômico sem freios?

Ligia Barros de Freitas
Karen Artur

Capítulo 6 170

A ADI 4842 e a legitimação da jornada 12x36 pelo STF

Isabela Fadul de Oliveira
Paula Freitas de Almeida

Capítulo 7 195

Trabalho de gestantes em ambiente insalubre: gênero e as ambiguidades decisórias do STF na ADI 5938

Pedro Augusto Gravatá Nicoli
Regina Stela Corrêa Vieira

2ª Parte
Direito Coletivo do Trabalho

Capítulo 8 219

O STF e a greve no serviço público: o caso dos dias de greve

Miguel Gualano de Godoy
Sidnei Machado

Capítulo 9 239

A caminho de um novo e desnecessário direito do trabalho – a triste sina de Sísifo: sobre a decisão de Gilmar Mendes que suspendeu a súmula nº 277 do Tribunal Superior do Trabalho

Augusto César Leite de Carvalho
Lélio Bentes Corrêa
Luiz Philippe Vieira de Mello Filho

Capítulo 10 251

Supressão do pagamento de horas *in itinere* por negociação coletiva (RE 895.759): ofensa ao Direito Constitucional do Trabalho

Daniela Muradas Antunes
Grijalbo Fernandes Coutinho

Capítulo 11 278

Constitucionalidade do fim da obrigatoriedade da contribuição sindical. ADI 5794 e o princípio da liberdade sindical

Alberto Emiliano de Oliveira Neto

Capítulo 12 **302**

Considerações sentimentais acerca da autonomia da vontade no julgamento da ADI nº 6342 e a delicada tarefa de criticar o STF em tempos neofascistas

Gustavo Seferian

Capítulo 13 **328**

ADI 6363/DF – a legislação pandêmica e o movimento jurisprudencial flexibilizatório de direitos trabalhistas no STF

Gabriela Neves Delgado
Helder Santos Amorim

3ª Parte
Jurisdição do Trabalho e Regulação Pública

Capítulo 14 **367**

(In)competência da justiça do trabalho para complementações de aposentadoria em regimes de previdência privada e execução de contribuições previdenciárias sobre o tempo de serviço

Luciana Paula Conforti

Capítulo 15 **402**

Competência da justiça do trabalho e as ADIS 5326 e 3684: a proteção ao trabalho humano como centro irradiador da interpretação constitucional

Noemia Porto

Capítulo 16 **423**

O STF, a correção monetária dos débitos trabalhistas e o dever de coerência

Cláudio Brandão

Capítulo 17 **459**

A gratuidade na justiça do trabalho e a ADI 5766: o efeito *backlash* e a transmutação das custas em punição ao trabalhador

Maria Cecília Máximo Teodoro
Murilo Carvalho Sampaio Oliveira

Capítulo 18 **492**

O Supremo Tribunal Federal e a lista suja: os julgamentos da ADI 5209 e da ADPF 509

Raissa Roussenq Alves

Prefácio

Adalberto Cardoso [1]

A regulação do contrato de trabalho é um ramo do direito privado, e tem sua origem histórica na tradição romana individualista, que fazia repousar a relação contratual na órbita do direito das obrigações, dos contratos de aluguel, sendo, portanto, acolhido no Código Civil dos países ocidentais até fins do século XIX.[2] Contudo, o fato de o trabalho mobilizar *a pessoa* do trabalhador introduz uma ambiguidade importante na relação de trabalho, que o Código Civil não pode amparar: o contrato de trabalho é um contrato de prestação de serviços por alguém que é proprietário da capacidade de trabalho. Contudo, essa capacidade emana de um corpo ele mesmo inalienável. É o que Supiot (1994) resume na ideia de uma antinomia entre a patrimonialidade (jurídica) do trabalho, consubstanciada no contrato de aluguel, e a suprapatrimonialidade (jurídica) do corpo do trabalhador. O *objeto* do Direito do Trabalho, então, em lugar do serviço prestado ou do contrato de trabalho, não pode ser outro senão *a pessoa* do trabalhador, já que ela não pode ser separada da capacidade de desempenhar tarefas em nome de outrem.[3]

Tal ambiguidade foi resolvida no direito ocidental do trabalho através da síntese, algo antinômica, da tradição romana individualista, com a tradição germânica, originária das corporações de ofício e de viés

---

[1] Doutor em Sociologia (USP), Professor Associado do IESP-UERJ, autor, dentre outros, de *A construção da sociedade do trabalho no Brasil: uma investigação sobre a persistência secular das desigualdades*, em segunda edição pela Amazon, 2019; e de *Classes médias e política no Brasil: 1922-2016*, pela FGV (2020).

[2] No Brasil o Código Civil de 1916 repercute essa ideia romana do contrato de trabalho como um contrato privado de aluguel de serviços, ideia que, a essa altura, já tinha deixado de orientar o Direito do Trabalho na Europa. Ver Siqueira Neto (1996: 197).

[3] Ver também Polanyi (1944).

comunitarista, segundo a qual a fonte verdadeira da relação jurídica de trabalho é a pertença da pessoa a uma comunidade de trabalho, ou seja, a empresa. Porque o Direito do Trabalho confere ao trabalhador assalariado o estatuto de membro dessa comunidade, o trabalhador encontra-se "numa posição estatutária, e não contratual. Esse estatuto confere um conjunto de direitos e obrigações, cuja vigência depende da posição que o trabalhador ocupa na comunidade [de trabalho]" (Supiot, 1994: 18). Nestas condições a tradição germânica coloca a relação de trabalho na órbita *do estatuto das pessoas*. Em lugar de uma relação entre homens e objetos e meios de trabalho que torna possível a troca de um trabalho assim objetivado por um salário, o Direito do Trabalho de inspiração germânica regula *relações entre pessoas*. Isso implica a necessidade de tratar a relação de trabalho para além do direito das obrigações. Em lugar do contrato, o estatuto.

Trata-se da combinação de tradições, e não da substituição de uma pela outra ou a passagem de um modelo a outro na história. Como bem marca Supiot (idem: 27 e ss.), um acordo inicial voluntário é necessário à constituição de uma relação de trabalho assalariada. Mas a permanência dessa noção no Direito do Trabalho só é possível por meio de uma completa revisão da noção tradicional do contrato como aluguel de serviços, fazendo-o referir-se à pessoa que presta os serviços. Assim como o brasileiro até muito recentemente, os direitos mexicano, venezuelano e argentino, e aquele dos outros países latinos da Europa, como Itália, Portugal e Espanha, tinham a mesma característica, ser legislado.[4]

É justamente a centralidade da lei no modelo brasileiro que torna relevante o estudo do funcionamento das instituições do mercado de trabalho. Se uma norma legal só existe de fato, só faz sentido sociológico

[4] Como o demonstra Supiot (2016). Ver também Romita (1993) e Noronha (2000).

se tem efetividade no mundo, então, *nos modelos legislados o problema da validade e da faticidade da norma jurídica é central*, porque esses dois momentos esquadrinham o próprio horizonte de possibilidades das relações de trabalho. A validade da norma jurídica tem a ver sobretudo com os procedimentos decorrentes de sua produção e interpretação (papel dos órgãos legislativos, da Administração, dos tribunais[5]), enquanto a faticidade[6], com alguma licença aqui, pode ser definida como a probabilidade de que ações e expectativas de ação de capital, trabalho e Estado tomem a norma como referência principal.

É da natureza do Direito do Trabalho, de caráter intrinsecamente distributivo, ser constantemente testado pelos agentes da produção, capital e trabalho, em sua luta pela apropriação da riqueza socialmente produzida. Essa é uma afirmação banal, mas de suas consequências decorrem os problemas de legitimidade da norma. A afirmação denota um intrincado ambiente espaço-temporal de disputa, múltiplo em sua distribuição de recursos e nos resultados possíveis das ações normatizadas, ambiente que não é outra coisa senão o rosto contemporâneo da luta de classes.

Entretanto, se aceitarmos, em caráter provisório, que o Direito do Trabalho define um subsistema de relações sociais modelado por expectativas de ação referenciadas pela própria norma jurídica e sua operação,[7] então, em modelos legislados, a legitimidade da norma trabalhista é aspecto estruturante das ações recíprocas de capital e

[5] Para uma análise sobre o problema da validade da norma jurídica em democracias e o papel dos juízes em sua determinação, ver, dentre outros Dworkin (1999: caps. 2 e 3), que Werneck Vianna et al (1999) classificam de visão substancialista do direito, pragmática no que respeita à sua validação. Em oposição estaria Habermas (1998), procedimentalista e adepto da ideia do cidadão como autor do Direito.

[6] No que se segue utilizamos alternativamente faticidade, legitimidade e efetividade da norma, por questões estilísticas.

[7] Isto é, expectativas normativas sobre a normatividade tanto das expectativas quanto da ação do outro. Ver Luhmann (1985: 67-8).

trabalho. É porque os trabalhadores têm expectativas normativas quanto à obediência dos capitalistas e vice-versa, expectativas que têm que ser confirmadas a cada momento das relações de classe, que o Direito se legitima enquanto uma ordem supraindividual de deveres, obrigações e recompensas com vigência real no mundo. A consequência lógica é o fato de que a negação sistemática daquelas expectativas normativas quer dizer, ao mesmo tempo, que o Direito deixou de estruturar as relações de classe e que a ordem legal perdeu legitimidade.

Definido nesses termos, o problema da validade da lei pode ser empiricamente operacionalizado em dois âmbitos: por um lado, tendo em conta os mecanismos de produção do direito; por outro, os mecanismos de operação do direito. Assim, se o modelo de relações de trabalho é legislado, seria de se esperar que a disputa entre capital e trabalho, ou a luta de classes, ocorresse preferencialmente no parlamento ou nas agências do executivo encarregadas de propor projetos de lei. Parlamentares e administradores, de um lado, e grupos de pressão de outro, analisados enquanto tomam decisões, esgotariam o universo empírico relevante. A análise da produção legislativa em seus vários momentos seria a expressão mais pura da luta democrática de classes, e a legislação resultante, sempre em transformação, refletiria equilíbrios mais ou menos instáveis de poder e distribuiria aos agentes (capital, trabalho e Estado) quinhões da riqueza social.

Mas sabemos que as leis têm que ser aplicadas, e mesmo que capital e trabalho acolham como válidos tanto os processos decisórios quanto o resultado das deliberações, ainda assim o direito resultante será interpretado nos tribunais, e a jurisprudência, fruto dos mecanismos judiciais de interpretação da norma, é outra maneira crucial de se produzir normatização. Os tribunais são, então, palco das disputas entre representantes de capital e trabalho pela interpretação da norma legal. São

palco da luta de classes tanto quanto o parlamento, o balcão ministerial ou os restaurantes de Brasília, locais de pressões de toda ordem de agentes interessados.

Capital e/ou trabalho podem legitimar os processos legislativos mais gerais, no parlamento, no executivo ou no judiciário, mas ter razões para contestar (isto é, não se sentir obrigados pela) legislação produzida, vendo-a, por exemplo, como injusta segundo algum critério material ou moral.[8] Podem, ao contrário, reputar ilegítimos os canais legislativos, mas concordar com o resultado geral da ordem jurídica produzida, segundo uma relação também material ou moral com a regra. Essa disjuntiva quer simplesmente dizer que a legitimação dos mecanismos decisórios, isto é, do sistema jurídico-político como um todo, não contamina necessariamente a relação dos indivíduos com o direito daí resultante, e isso tanto mais intensamente quanto mais esse direito regule relações materiais e obrigações, que põem em causa acesso a bens, subordinação pessoal ou dominação de indivíduos ou coletividades por outros indivíduos ou coletividades.

Eis, em poucas palavras, a natureza contemporânea da luta democrática de classes no Brasil.[9] Instâncias regulatórias nas mais variadas repartições estatais; instrumentos de vigilância e punição de empregadores recalcitrantes; ordenamento jurídico de garantia da execução do Direito do Trabalho; aparelho judiciário de interpretação e operação do direito; Ministério Público do Trabalho; organizações sindicais de trabalhadores; tudo isso tem uma função saliente dentre outras: a de garantir, em nosso modelo (ainda) legislado de relações de trabalho, que a lei seja cumprida pelos empregadores. Na verdade, é

[8] Exemplos salientes são o interesse em manutenção do empreendimento produtivo e a resistência ao trabalho infantil, respectivamente.

[9] Para abordagem semelhante para países ocidentais, ver Korpi (1983) e Esping-Andersen (1990).

possível demonstrar, como tem feito a nova historiografia brasileira, que a disputa entre capital e trabalho pela efetivação da legislação trabalhista é constitutiva da própria identidade coletiva dos trabalhadores, bem como de sua consciência de classe ao longo da história[10]. Logo, inquirir sobre a efetividade da lei entre nós põe em alça de mira os mecanismos pelos quais o mundo do trabalho constrói seus sentidos mais profundos.

O problema da faticidade da lei, pois, passa necessariamente pelas instituições responsáveis pela operação do Direito do Trabalho. E nos últimos anos, o Supremo Tribunal Federal (STF) tornou-se peça central daquele problema. Isso porque, se a reforma trabalhista de 2017 e as normas e leis editadas desde então mudaram profundamente o enquadramento legal existente, flexibilizando contratos, reduzindo o papel dos sindicatos na intermediação e regulação das relações contratuais, e da Justiça do Trabalho como guardiã de suas promessas (ver Krein, Véras de Oliveira, e Filgueiras, 2019), os direitos consagrados no Título II, Capítulo II, Artigo 7º da Constituição Federal permanecem íntegros. Isso inclui salário mínimo nacional fixado em lei, seguro desemprego, FGTS, irredutibilidade dos salários (salvo o disposto em acordo ou convenção coletiva), garantia de salário nunca inferior ao mínimo (no caso de remuneração variável), férias remuneradas, licença gestante, exigência de normas de saúde e segurança no trabalho e muito mais. Ou seja, por mais que o direito do trabalho tenha sido flexibilizado, e que, com a reforma de 2017, algumas normas negociadas (individual ou coletivamente) entre patrões e empregados tenham passado a ter prevalência sobre a lei (caso da jornada de trabalho, horas extras e mesmo remuneração), as normas constitucionais seguem em plena vigência, garantindo mínimos civilizatórios que têm no STF o intérprete em última instância.

[10] Ver Paoli (1988), Gomes (1988), Fortes et al. (1999), Santana (2001), French (2004), Negro (2004), dentre outros.

E esse é o ponto central, que confere a este livro organizado por Renata Dutra e Sidnei Machado, lugar de destaque na literatura recente sobre o mundo do trabalho no Brasil. O Supremo é o *intérprete* em última instância da Constituição, e julga movido por entendimento expresso pelo ministro Marco Aurélio Mello em 2007, no julgamento do Mandado de Segurança (MS) 26.602, impetrado pelo então Partido Popular Socialista (PPS, hoje Cidadania) contra o presidente da Câmara dos Deputados. Arlindo Chinaglia se negava a dar posse aos suplentes do PPS no lugar de deputados que haviam deixado a legenda, e que deveriam por isso perder seus mandatos segundo a lei da fidelidade partidária. O MS provocou extenso debate entre os ministros do Supremo, que mudou seu entendimento sobre a matéria e decidiu que o mandato parlamentar pertence aos partidos, portanto que é constitucional a regra da fidelidade partidária e a perda de mandato de quem mudar de partido. Ao final da votação e dos debates, Marco Aurélio disse: "Confirma-se hoje que a Constituição Federal é o que o Supremo diz que ela é"[11].

Ora, os estudos deste livro não deixam sombra de dúvida sobre isso, e têm, a meu juízo, um substrato comum: a percepção de que a reforma trabalhista não teve início em 2017, sendo, na verdade, um processo de mais longo prazo que tem no próprio STF artífice central. O STF não apenas tem referendado o espírito neoliberal daquela reforma, muitas vezes contra preceitos constitucionais, como atribuiu "a si próprio a definição a respeito dos limites concretos da livre iniciativa nos contratos de trabalho", como afirmam Renata Dutra e João Gabriel Lopes no capítulo 3 desta coletânea. O julgamento de temas como terceirizações no serviço público e no setor privado, prescrição do FGTS, jornada de trabalho,

[11] O documento com os votos de todos os ministros pode ser baixado em https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2928434/mandado-de-seguranca-ms-26602-df/inteiro-teor-101181722, e a frase de Marco Aurélio encontra-se à p. 418 (acessado em março de 2021).

direitos das mulheres gestantes e outros, relativos a direitos individuais; e de temas como o fim da ultratividade das convenções e acordos coletivos, direito de greve dos servidores públicos, obrigatoriedade da contribuição sindical, flexibilização de direitos individuais e coletivos na pandemia da Covid-19, dentre outros direitos coletivos; são apenas alguns exemplos dos temas aqui estudados minuciosamente, que dissecam a ação jurisprudencial do Supremo na direção da supressão, restrição ou redefinição de direitos constitucionais dos trabalhadores, sempre no sentido de dar maior poder às empresas, "numa atuação que caracteriza o Supremo como *player* político", nos dizeres dos mesmos autores.

Trata-se, como se vê, de um livro incontornável na conjuntura atual, por desvendar, de forma original e arguta, o papel decisivo do STF na luta de classes no Brasil. Ao arrepio das normas constitucionais, o Supremo vem reescrevendo o Direito do Trabalho em favor das classes proprietárias, portanto contra os trabalhadores e suas prerrogativas constitucionais.

Referências

Dworkin, R. (1999), *O Império do Direito.* São Paulo, Martins Fontes.

Esping-Andersen, G. (1990), *The Three Worlds of Welfare Capitalism.* Cambridge, Polity Press.

Fortes, A. et al. (1999), *Na Luta Por Direitos. Estudos Recentes em História Social do Trabalho.* Campinas, Ed. da Unicamp.

French, J. (2004), *Drowning in Laws. Labor Law and Brazilian Political Culture.* Chapel Hill and London, University of North Carolina Press.

Gomes, A. de C. (1988), *A Invenção do Trabalhismo.* Rio de Janeiro, Vértice/IUPERJ.

Habermas, J. (1998). *Between Facts and Norms. Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*. Cambridge, The MIT Press.

Korpi, W. (1983), *The Democratic Class Struggle*. London, Routledge and Kegan Paul.

Krein, José D.; Véras de Oliveira, Roberto; Filgueiras, Vitor A. (2019). *Reforma trabalhista no Brasil. Promessas e realidade.* Campinas, REMIR-Trabalho/Kurt Nimuendajú.

Luhmann, N. (1985), *Sociologia do Direito*. Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, vol. II.

Negro, A. L. (2004), *Linhas de Montagem. O Insdustrialismo Nacional-Desenvolvimentista e a Sindicalização dos Trabalhadores.* São Paulo, FAPESP/Boitempo.

Noronha, E. G. (2000), *Entre a Lei e a Arbitrariedade: mercados e relações de trabalho no Brasil.* São Paulo: LTr.

Paoli, M. C. (1988), *Labour, Law and the State in Brazil: 1930-1950*. Tese de Doutorado em História, Birkbeck College, University of London.

Polanyi, K. (1944), *The Great Transformation: The Political Origins of our Time*. Boston, Beacon Press.

Romita, A. S. (1993), *Sindicalismo, Economia, Estado Democrático (Estudos)*. São Paulo, LTr Editora.

Santana, M. A. (2001), *Homens Partidos. Comunistas e Sindicatos no Brasil.* Rio de Janeiro/São Paulo, Unirio/Boitempo.

Siqueira Neto, J. F. (1996), *Direito do Trabalho e Democracia.* São Paulo, LTr.

Supiot, A. (2016), *Au-delà de l'emploi: Transformations du travail et devenir du droit du travail en Europe*. Paris, Flammarion (2ª ed.).

Supiot, A. (1994), *Critique du Droit du Travail*. Paris, PUF.

Werneck Vianna, L. Carvalho, M. A. R. de, Melo, M. P. C. e Burgos, M. B. (1999), *A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil.* Rio de Janeiro, Revan.

Apresentação

Renata Dutra [1]
Sidnei Machado [2]

A obra coletiva que ora apresentamos reflete sobre o papel central que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) teve no processo de construção e de legitimação da Reforma Trabalhista brasileira de 2017. Além da análise jurídica crítica de um conjunto de decisões paradigmáticas do STF, os textos expressam um sentido comum de urgência, como um brado, frente aos efeitos deletérios do dilaceramento das relações de trabalho pela reforma num contexto de esvaziamento do projeto democrático da Constituição de 1988.

A Constituição de 1988, pilar institucional mais importante que construímos nas últimas três décadas, é um projeto insuficiente e incompleto diante da nossa estrutura de desigualdades e crises econômicas, mas representa o pacto político possível de superação dos anos do autoritarismo e carrega em si anseios de igualdade, solidariedade e justiça social, construídos por meio de profunda participação democrática. Esse projeto encontra-se em risco, sob ataque da racionalidade neoliberal que tem a pretensão de impor a lógica do capital sobre todas as relações humanas e sociais de forma radical.

---

[1] Professora adjunta de Direito do Trabalho da Universidade de Brasília. Professora permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Brasília (Capes 6). Doutora e mestra em Direito pela UnB. Integrante da coordenação da REMIR – Rede de Estudos e Monitoramento Interdisciplinar da Reforma Trabalhista e coordenadora do Projeto de Extensão "Observatório Trabalhista do STF", desenvolvido no âmbito da Universidade de Brasília. Pesquisadora do CRH/UFBA.

[2] Professor associado de Direito do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná (UFPR). Professor permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná (Capes 6). É pesquisador e líder do Grupo de Pesquisa Clínica de Direito do Trabalho (PPGD/UFPR) e coordenador adjunto do Projeto de Extensão "Observatório Trabalhista do STF", desenvolvido no âmbito da Universidade de Brasília. É colaborador do Programa de Pós-Graduação em Sociologia da UFPR. Doutor em Direito (UFPR). Advogado.

Nesse sentido, a Reforma Trabalhista de 2017 e o processo de privatização e mercantilização do trabalho que ela promove podem ser lidos como um momento de radicalização neoliberal, materializado na obsessão de retirar o papel mediador do Estado nos conflitos sociais.

Passados mais de três anos de vigência da Reforma Trabalhista – Lei nº 13.467/2017, que entrou em vigor em 11/11/2017 –, os efeitos do desmantelamento normativo do Direito do Trabalho se fizeram notar fortemente nas relações de trabalho.

É fundamental registrar que esta obra é publicada no curso da pandemia da covid-19, com as graves crises sanitária e econômica que dela advieram. É um momento de incerteza e de forte tensão nas relações de trabalho no Brasil. A grave crise econômica, a instabilidade política e as reformas institucionais no campo das relações de trabalho amplificam o espectro da deterioração do mercado de trabalho e fragilizam, ainda mais, os mecanismos institucionais de proteção do trabalho.

A hipótese central – que constitui o eixo comum dos textos – enfatiza que o papel de tessitura desse panorama da Reforma de 2017 no Brasil contou com uma ativa atuação da jurisprudência regressiva do STF, fruto de longa maturação, que fomentou e instrumentalizou a reforma legislativa, conferindo-lhe legitimidade.

Esta coletânea tem também como finalidade responder à atividade de monitoramento da Reforma Trabalhista, iniciada em 2017, sucedida de novas e frequentes mudanças legislativas que aprofundam as reconfigurações normativas, com sucessivas ofensivas de flexibilidade e de desregulação do mercado de trabalho. As respostas à crise da covid-19, por meio de Medidas Provisórias que consubstanciaram uma legislação de emergência e, também, de exceção, revelaram-se como uma nova oportunidade de aprofundar o arbítrio patronal nas relações laborais.

A REMIR - Rede de Estudos e Monitoramento Interdisciplinar da Reforma Trabalhista, que congrega pesquisadores de diversas universidades e campos do conhecimento, tem sido uma fonte de publicações e diagnósticos dos efeitos negativos da Reforma de 2017 no mercado de trabalho, ao associá-la diretamente ao aumento de modalidades flexíveis de trabalho, à generalização da contratação terceirizada, à fragilização dos sindicatos e às restrições de acesso à Justiça do Trabalho nos conflitos trabalhistas.

O monitoramento da construção jurisprudencial em torno das medidas da Reforma Trabalhista pelo STF constitui um objetivo central do grupo de trabalho. Essas atividades envolvem o acompanhamento e análise crítica das decisões do STF no controle da constitucionalidade.

Esses estudos apontam para uma legitimação do ideário político-jurídico que subsidiou a Reforma Trabalhista muito antes de sua efetiva aprovação pelo Congresso Nacional em 2017, sendo possível vislumbrar manifestações mais ostensivas ou mais discretas dessa intervenção no período de aproximadamente dez anos que precede a edição da reforma.

A partir de 2015, num ambiente de crise política e econômica combinada com as medidas de desregulação protetiva do trabalho, o Supremo, longe de figurar como um poder equidistante, teve um papel de tensionar e de conflitar com a jurisprudência trabalhista, sobretudo com a produção jurisprudencial uniformizadora do Tribunal Superior do Trabalho, gerando incertezas e conflitos institucionais.

Nos três anos que sucederam a Reforma Trabalhista, a Corte Constitucional, que teria o papel de defesa da Constituição, passou a legitimar a reforma, ao não impor limites constitucionais, omitindo-se em analisar o seu sentido mais profundo. Em um conjunto de decisões, muitas das quais proferidas de forma monocrática, o Supremo assumiu um forte

protagonismo em temas de relações de trabalho, com alterações importantes no quadro institucional do Direito do Trabalho.

Esse quadro sinaliza a necessidade de unificação dos esforços de pesquisa e de atenção especial a essa instituição, que certamente se insere em um contexto mais amplo da crise do modelo de controle judicial pelo STF, mas que se destacou como ator político no campo das disputas sobre a interpretação jurídica com o TST. Foi o que ocorreu em julgamento de processos com repercussão geral ou de controle concentrado de constitucionalidade, nos quais o Supremo revisou decisões da Justiça do Trabalho. Algumas dessas teses de revisão do STF foram posteriormente incorporadas à Reforma Trabalhista de 2017.

Embora existam mapeamentos de cada uma dessas decisões, feitos de forma difusa por diversos pesquisadores, pareceu necessário à compreensão desse processo reunir tais reflexões, desde o momento anterior à Reforma Trabalhista, como forma de compreender as dimensões jurídico-políticas desse processo e estimular o debate público.

Os textos, em sua maioria, são fruto de debates produzidos no Seminário "A Construção Jurisprudencial da Reforma Trabalhista pelo STF", realizado pela REMIR, em formato virtual, nos dias 9 a 13 de novembro de 2020 – semana que marcou os três anos de vigência da Reforma Trabalhista.

Os artigos, em seu conjunto, traçam um panorama da atuação do Supremo em temas de relações de trabalho, desde uma perspectiva crítica e historicamente situada nessa dimensão de um conjunto de jurisprudência. Embora coerente com determinadas concepções sobre trabalho, justiça e o papel do Estado na regulação dos conflitos decorrentes das relações de trabalho, essa jurisprudência representa um movimento de tensão e ruptura com o projeto da Constituição de 1988.

O livro está organizado em três partes: 1) Direito Individual do Trabalho; 2) Direito Coletivo do Trabalho; 3) Jurisdição do Trabalho e Regulação Pública.

A primeira parte reúne artigos que analisam as decisões do STF sobre o tema da terceirização no setor público e no setor privado. As discussões a respeito da terceirização são abordadas por Aldacy Rachid Coutinho, Magda Barros Biavaschi, Alisson Droppa, Ana Cristina Alves, Renata Dutra e João Gabriel Lopes.

No âmbito das relações individuais também são contempladas as análises sobre: o cálculo do adicional de insalubridade; a prescrição incidente sobre o FGTS; o regime de compensação de jornada 12x36 dos bombeiros civis; o trabalho das gestantes em atividade insalubre. Essas discussões foram feitas em coautoria, respectivamente, por Guilherme Guimarães Feliciano e Claudirene Andrade Ribeiro; Ligia Barros de Freitas e Karen Artur; Paula Freitas e Isabela Fadul; e Pedro Nicolli e Regina Stela Correa Vieira.

Na segunda parte, reunimos artigos sobre o direito coletivo do trabalho, tema em relação ao qual o Supremo parece ter avançado de forma mais intensa, sobretudo quanto às negociações coletivas. A temática das negociações coletivas é abordada por Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, Lélio Bentes Corrêa e Augusto César Leite de Carvalho; Daniela Muradas Antunes e Grijalbo Fernandes Coutinho; Gustavo Seferian; Gabriela Neves Delgado e Helder Amorim.

As análises contemplam o tema da quitação do contrato de trabalho pela adesão a Plano de Demissão Voluntária (RE 590415), a supressão do pagamento de horas *in itineri* por negociação coletiva (RE 895.759), a ultratividade das negociações coletivas (ADPF nº 323). São analisadas também as decisões proferidas pelo Supremo, posteriormente à Reforma Trabalhista, da prevalência da negociação coletiva sobre a lei (MPs n.º 927

e 936/2020). Em matéria de Direito Coletivo do Trabalho são abordadas, ainda, decisões a respeito do direito de greve dos servidores públicos e do fim da obrigatoriedade da contribuição sindical. Nesses temas fundamentais, contamos com as contribuições de Miguel Godoy, Alberto Emiliano de Oliveira Neto e Sidnei Machado.

Na terceira parte, reunimos artigos que estudam as decisões do STF a respeito da competência da Justiça do Trabalho, com as contribuições de Noemia Porto e Luciana Conforti. O tema do acesso à justiça, com a análise da recente decisão do STF a respeito do critério de correção monetária dos débitos trabalhistas, é tratado no artigo do ministro Cláudio Brandão. A constitucionalidade das medidas de restrição do acesso à justiça introduzidas pela Reforma Trabalhista de 2017, são abordadas por Maria Cecília Máximo Teodoro e Murilo Carvalho Sampaio Oliveira acerca do julgamento. Raíssa Roussenq Alves analisa o tortuoso caminho do STF em relação à apreciação da constitucionalidade das denominadas listas sujas de combate ao trabalho escravo.

A obra coletiva é abrangente das decisões mais significativas do STF no período, muito representativa de um corpo de doutrina da jurisprudência da Corte na última década. As decisões judiciais que foram objeto de análise demonstram precisamente a inflexão havida na jurisprudência do STF que pavimentou o caminho para a reforma de 2017 e criou uma forte tensão com o sentido e o projeto da Constituição de 1988.

Boa leitura!

1ª Parte

Direito Individual do Trabalho

Capítulo 1

Terceirização no setor público vista pela ADC 16, ADI 1923 e tema 246 em repercussão geral: em pauta o STF

Aldacy Rachid Coutinho [1]

A Constituição não falou de terceirização. [...]
E é uma modalidade de recrutamento de
mão de obra inadmitida pela Constituição.
Voto do ministro Carlos Ayres Brito. STF. ADC 16.

1. Introdução: a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal como prognóstico e precursora da reforma trabalhista

O artigo analisa como os *obiter dicta* e a *ratio decidendi* adotados pelo Supremo Tribunal Federal nos julgamentos sobre terceirização no setor público antecipam a reforma trabalhista brasileira de 2017, editada pela Lei 13.467, de 13 de julho de 2017, que entrou em vigência em 11 de novembro de 2017[2]. Não se pretende com o exame dos acórdãos identificar o resultado dos julgamentos, porquanto é de amplo conhecimento. A perspectiva de perscrutar as razões de decidir, explorando igualmente os debates dos ministros, é tida como relevante, até mesmo imprescindível, para que se identifique qual a visão contemplada sobre trabalho, mercado, Estado, Direito do Trabalho e Constituição que posteriormente se alastrará em outras tantas decisões futuras, inclusive as que enfrentam discussões judiciais das alterações provocadas pela reforma trabalhista.

---

[1] Professora titular de Direito do Trabalho da UFPR. Professora do Curso de Mestrado em Direito, Inovação e Regulações na Univel. Membro da REDBRITES e RENAPEDTS. Integrante da Associação Americana de Juristas e do Instituto Ítalo-Brasileiro de Direito do Trabalho.

[2] Sobre o tema, ver ainda COUTINHO, 2018; COUTINHO, 2017.

Não cabe aqui, então, enfrentar um embate doutrinário e crítico sobre a temática da terceirização e da reforma trabalhista, muito embora seja útil manifestar de modo cabal, explícito e iniludível uma posição nossa contrária a toda e qualquer forma de terceirização, quer no setor público, quer no espaço privado, e à alteração introduzida pela reforma trabalhista.

Para tanto, a opção é pinçar e identificar trechos dos acórdãos que testemunham essa mudança de racionalidade apontada e pontuada. Um novo modelo de Estado e uma gestão mais flexível denotam a substituição de paradigma (sem superação do anterior) em proveito de uma racionalidade econômica da eficiência, consentânea com a lógica dos custos, desconsiderando os fundamentos constitucionais de proteção do trabalho e se afastando de uma racionalidade jurídica da legalidade.

O Supremo Tribunal Federal se situa neste trilhar, então, como precursor da reforma trabalhista e a ADC 16, a ADI 1923 e o tema 246 em repercussão geral desvelam o prognóstico de um desmantelamento dos marcos regulatórios protetivos do trabalho e do trabalhador.

2. O STF da ADC 16

Em 7 de março de 2007, o então governador do Distrito Federal se dirigiu ao Supremo Tribunal Federal por meio da propositura de uma Ação Declaratória de Constitucionalidade, com pedido de liminar – que aliás restou indeferida –, postulando a declaração de validade do art. 71, § 1º, da Lei 8.666, de 21 de junho de 1993 – Lei de Licitações – em face do Enunciado de Súmula 331, do Tribunal Superior do Trabalho[3]. Trata-se da ADC 16, que teve como relator o ministro Cezar Peluso[4]. Em 24 de novembro de 2010, por decisão majoritária, o Plenário da Corte julgou procedente para declarar a constitucionalidade do dispositivo de lei que

[3] BRASIL, 1993.

[4] BRASIL, 2010.

fixa os marcos da responsabilidade da Administração Pública nas situações de terceirização de suas atividades.

Para situar a questão envolvida, é imperioso transcrever o citado dispositivo da lei infraconstitucional, na sua redação original:

> Art. 71. O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato.
> § 1º **A inadimplência do contratado, com referência aos encargos estabelecidos neste artigo, não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis.**
> § 2º A Administração poderá exigir, também, seguro para garantia de pessoas e bens, devendo essa exigência constar do edital da licitação ou do convite. (grifo nosso)

O parágrafo 3º, incluído, bem como os parágrafos 1º e 2º, alterados, todos pela Lei 8.883, de 8 de junho de 1994[5], foram vetados, consoante Mensagem 436, do presidente da República Itamar Franco, em 8 de junho de 1994[6]. A redação passa a ser expressa quanto a encargos trabalhistas, estatuindo que:

> § 1º A inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis.
> § 2º A Administração Pública responde solidariamente com o contratado pelos encargos previdenciários resultantes da execução do contrato, nos termos do art. 31 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991.

[5] BRASIL. 1994a.

[6] BRASIL. 1994b.

> § 3º A Administração poderá exigir, também seguro para garantia de pessoas e bens, devendo essa exigência constar do edital da licitação ou convite.

As razões de veto apontadas indicavam que:

> Pelas alterações introduzidas com os dispositivos em epígrafe, fica a Administração Pública solidariamente responsável pelo inadimplemento de encargos previdenciários devidos por terceiros com ela contratantes.
> Trata-se, à evidência, de propositura contrária ao **interesse público**, porquanto não só impõe ônus injustificado à Administração, como também estimula a inadimplência do contratado no cumprimento desses encargos.
> Além dos aspectos éticos e dos relacionados com o interesse público, **revela a consideração de ordem constitucional, uma vez que a responsabilidade do Estado se vincula, necessariamente, à ação de seus agentes, não podendo prender-se à inadimplência dos particulares no cumprimento das suas obrigações legais, de natureza social ou tributária**. (grifos nossos)

Posteriormente, sob a égide do governo do presidente da República Fernando Henrique Cardoso, a Lei 9.032, de 28 de abril de 1995[7], alterou, por força do art. 4º, os §§ 1º e 2º do art. 71 da Lei 8.666, que passaram a ter o seguinte teor, aliás idêntico ao da Lei 8.883, de 8 de junho de 1994:

> § 1º A inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis.
> § 2º A Administração Pública responde solidariamente com o contratado pelos encargos previdenciários resultantes da execução do contrato, nos termos do art. 31 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991.

[7] BRASIL. 1995.

É de se notar que o citado art. 71 dispõe sobre contratos com a Administração Pública, que desde sempre se encontravam dentre as possibilidades de descentralização e não como hipóteses específicas e expressas de terceirização; portanto, não inova ou introduz a terceirização no setor público.

2.1 O mérito da questão

a. Supremo Tribunal Federal e Tribunal Superior do Trabalho: uma oportunidade para reduzir demandas

O embate versava em torno do contido no Enunciado de Súmula 331, editado pelo Tribunal Superior do Trabalho, cujo inciso IV dispunha, à época (posteriormente veio a ter sua redação alterada pela Resolução 96/2000, DJ 18set.2000), que:

> V – O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica na responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (art. 71 da Lei nº 8.666, de 21.06.1993)[8]

O requerente se insurgiu porquanto entendia que o dispositivo da legislação federal invocado previa expressamente, na sua redação original, que "A inadimplência do contratado, com referência aos encargos estabelecidos neste artigo, não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento", ao passo que o Enunciado de Súmula 331 assegurava tratamento outro, ao dispor que "O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador,

[8] BRASIL. 2003.

implica na responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração". Desta forma, argumentou que

> tem sofrido ampla retaliação por parte dos órgãos do Poder Judiciário, em especial o **Tribunal Superior do Trabalho, que diuturnamente nega vigência ao comando normativo** [...] fez editar enunciado de súmula da jurisprudência dominante, em entendimento diametralmente oposto ao da norma transcrita, responsabilizando subsidiariamente tanto a Administração Direito quanto a Indireta em relação aos débitos trabalhistas [...].[9] (grifo nosso)

A alegação deduzida cinge-se, além disso, à matéria constitucional, por ofensa aos princípios da legalidade, da liberdade, da ampla acessibilidade nas licitações públicas, da responsabilidade do Estado por risco administrativo (art. 5º, inciso II, art. 37, *caput* e inciso XXI e § 6º, da Constituição da República).

O relator, ministro Cezar Peluso, encaminhou seu voto pela carência da ação por falta de objetivo interesse de agir, ante a ausência de demonstração liminar da existência de controvérsia judicial relevante sobre a legitimidade constitucional da norma[10], indeferindo a petição inicial, vez que a Ação Declaratória de Constitucionalidade não se presta a mera consultoria.

Porém, o que se impõe ressaltar, na análise do feito, são as razões de decidir dos demais ministros do Supremo Tribunal Federal e que não dizem respeito a questões processuais, senão à matéria de fundo, ou seja, o enfrentamento da terceirização na administração pública. O

[9] BRASIL, 2010. Petição Inicial.

[10] Art. 14, inciso III, Lei 9.868/99: "a existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação da disposição objeto da ação declaratória" (BRASIL, 1999).

encaminhamento para análise da matéria de fundo está embasado na necessidade de controlar quantitativamente a judicialização e não na premência de exercer controle de constitucionalidade. Não obstante, os demais ministros advertiram que, para além dessa hipótese (art. 71), outras poderiam ser invocadas para apreciação pelo Tribunal Superior do Trabalho, o que tornava de certo modo inócua a tentativa de obstaculizar futuras demandas:

> [..] Só estou advertindo ao Tribunal que isso não impedirá que a Justiça do Trabalho recorra a outros princípios constitucionais e, invocando fatos da causa, reconheça a responsabilidade da Administração, não pela mera inadimplência, mas por outros fatos[11].

O ministro Marco Aurélio, para quem o Tribunal Superior do Trabalho é "meu querido ex-Tribunal, o meu eterno Tribunal", no seu voto abre divergência mais do que jurídica, com viés político, por entender ser uma oportunidade para enfrentar a matéria, envolvida, de acordo com ele, por uma "multiplicação de conflitos de interesse" que "não chegam ao Supremo". "Se formos esperar a demonstração inequívoca, inclusive com contagem de pronunciamentos num sentido e noutro jamais enfrentaríamos esse tema", pelo que pugna por uma posição em que se não pode "ser tão ortodoxos nesse tema, sob pena de perpetuar o que até aqui prevalecente, porque não cabe ação direta de inconstitucionalidade contra verbete"[12].

Desta forma, acabou sendo superada a questão processual. E o enfrentamento da responsabilidade do Estado foi a tônica do julgado, sempre com uma preocupação em torno da quantidade de recursos e

[11] BRASIL, 2010. Voto do Ministro Cezar Peluso.

[12] BRASIL, 2010. Voto do Ministro Marco Aurélio.

reclamações que demandavam uma resposta do Supremo Tribunal Federal ao Tribunal Superior do Trabalho. Apreciar e decidir sobre a matéria seria, em síntese, uma estratégia redutora de demandas futuras em face do Supremo Tribunal Federal, que se apresentou, no trânsito temporal como inócua.

b. Terceirização na Administração Pública ou a análise jurídica dos fatos

O julgado apontou para o reconhecimento de que a mera inadimplência, *ipso facto*, da empresa contratada, em se tratando de verbas trabalhistas, não tem o condão de transferir automaticamente a responsabilidade do pagamento dos débitos à Administração Pública, que tem o dever de fiscalização. A fiscalização é introduzida como filtragem para fixação de consequências para a Administração Pública ante o inadimplemento; tal condição não estava prevista expressamente no invocado art. 71, mas resulta de uma abordagem sistemática no campo jurídico da legalidade estrita.

Havendo falta, por omissão ou insuficiência do cumprimento do dever de fiscalizar, a responsabilidade se impõe; porém não a responsabilidade objetiva patrimonial ou extracontratual, baseada no risco, que prescinde da perquirição de dolo ou culpa, senão a que demandará a análise caso a caso, a partir dos fatos, do dano, do nexo causal e ainda do elemento subjetivo, porquanto se trata de responsabilidade subjetiva. Em seu voto, o relator, ministro Cezar Peluso, sintetizou o impacto do julgado:

> Em relação a isso não tenho dúvida nenhuma, eu reconheço a plena constitucionalidade da norma e, se o Tribunal a reconhecer, como eventualmente poderá fazê-lo, a mim me parece que o Tribunal não pode, neste julgamento, impedir que a Justiça trabalhista, com base em outras

> normas, em outros princípios e à luz dos fatos de cada causa, reconheça a responsabilidade da Administração. [...]
> Mas isto não significa que eventual omissão da Administração Pública, na obrigação de fiscalizar as obrigações do contratado, não gere responsabilidade. É outra matéria.[13]

Aduziu a ministra Cármen Lúcia que a Administração Pública tem meios de evitar o inadimplemento, inclusive de exigir o cumprimento das condições de habilitação jurídica, técnica, financeira e fiscal, fiscalizando a execução dos serviços contratados, e não poderá ser duplamente prejudicada se cumpriu regularmente as obrigações do contrato administrativo que firmou. Assim, votou pela constitucionalidade do art. 71, parágrafo 1º, da Lei 8.666/93, ante o contido no art. 37, parágrafo 6º da Constituição da República, precisando que "no contrato administrativo, não se transferem ônus à Administração Pública que são entregues ao contratado" e, portanto, é de se concluir que se "a Justiça do Trabalho afasta, ela tem que afastar essa norma por inconstitucionalidade, porque senão é descumprimento de lei"[14].

c. A Administração Pública como virtuosa

Na análise das razões de decidir ou das manifestações dos ministros em seus votos é possível reconhecer algumas questões que são altamente relevantes, sobretudo porquanto envolvem o princípio republicano e a própria previsão constitucional da terceirização, igualmente apreciadas pelo STF na ADI 1923.

Nesse sentido, a ministra Cármen Lúcia, em seu voto, invoca uma preocupação do ministro Gilmar Mendes, deduzida em artigo de sua

[13] BRASIL, 2010. Voto do Ministro Cezar Peluso.

[14] BRASIL, 2010. Voto da Ministra Cármen Lúcia.

autoria[15], no sentido de que "por mais que se faça um pretenso juízo de equidade, constitui-se em abuso querer transformar o poder público em salvador de empresas com gestões comprometidas e concebidas dentro do peculiar conceito de capitalismo 'à brasileira', no qual os lucros são apropriados e os prejuízos são socializados." Ou seja, explicita um reconhecido déficit de república pela ausência de limites entre o público e o privado.

A perspectiva é a de que no mercado as empresas atuam fora dos limites da ética, ocasionando prejuízos à Administração Pública, que é virtuosa, como afirmou o ministro Ricardo Lewandowski:

> [...] são **empresas de fachada**, muitas vezes constituídas com capital de mil reais, que participam de licitações milionárias, e essas firmas, depois de feitas ou não feitas as obras objeto da licitação, **desaparecem do cenário jurídico e mesmo do mundo fático. E ficam com um débito trabalhista enorme**. [16](grifo nosso)

No embate entre o público e o privado, a conclusão vem no sentido de reconhecer, por vitimização, uma penalização indevida da Administração Pública ao se fixar marcos para responsabilidade:

> Porque esse tipo de conduta quebra a estrutura inteira da Administração Pública, que, licita, contrata, a lei diz que não assumirá outras que não as obrigações contratuais e, depois, determinam que ela assuma duas vezes: ela pagou esse contratado que contratou de maneira equivocada e ainda o empregado que o contratado particular não pagou. A licitação então não valeu de nada, e depois o povo brasileiro ainda paga a segunda vez por esse trabalhador. Quer dizer, alguma coisa está muito errada[17].

[15] MENDES, Gilmar. 2000.

[16] BRASIL, 2010. Voto do Ministro Ricardo Lewandowski.

[17] BRASIL, 2010. Voto da Ministra Cármen Lúcia.

> Mas a administração é vítima das empresas[18].

Muito embora se tenha por parte dos julgadores que a Administração Pública, assim como os órgãos encarregados da fiscalização – inclusive o TCU, que no entendimento do ministro Gilmar Mendes, deveria "tomar atitude que, quando não toma, configura inadimplemento dela!"[19] sendo omisso no exercício do seu dever de diligência, ou ao menos, sendo insuficiente a fiscalização –, a posição é no sentido de tentar isentar a responsabilidade estatal automática ou objetiva. Há reconhecimento de que tais fatos são evidenciados inclusive pela realidade do que se verifica no próprio Supremo Tribunal Federal:

> Nós tivemos esses casos aqui mesmo na administração do Tribunal e tivemos de fiscalizar, porque pode ocorrer que a empresa terceirizada receba, como sói acontecer, em geral, o Poder Público é adimplente, pelo menos no prazo federal essa questão não se coloca, mas não cumpre esses deveres elementares. [...] verbas elementares: pagamento de salário, recolhimento da Previdência Social e do FGTS[20].

O que de mais importante se pode extrair do acórdão é a manifestação do ministro Carlos Ayres Brito se posicionando contra a maioria, dentro de uma racionalidade jurídica da legalidade, e escancarando a ausência de previsão constitucional para a adoção da terceirização como procedimento para prestação de serviços. Deste modo, a matéria poderia ter tido distinta trajetória tanto no Tribunal Superior do Trabalho quanto no Supremo Tribunal Federal, obstaculizando, por inconstitucional, toda e qualquer terceirização, ao invés de se proceder à

[18] BRASIL, 2010. Voto da Ministra Ellen Gracie.

[19] BRASIL, 2010. Voto do Ministro Cezar Peluso.

[20] BRASIL, 2010. Voto do Ministro Gilmar Mendes.

fixação de parâmetros para a legalidade e/ou efeitos de sua adoção. Transcrevo:

> A Constituição esgotou, exauriu as formas de recrutamento de mão de obra permanente para a Administração Pública. Ela exauriu. São três: concurso público; nomeação para o cargo de comissão e contratação temporária por prazo determinado para atender à necessidade temporária de excepcional interesse público, pronto. **A Constituição não falou de terceirização**. Eu defendo esse tese há muitos anos. A terceirização significa um recrutamento de mão de obra para a Administração Pública, finalisticamente é isso, é uma mão de obra que vai servir não à empresa contratada, à terceirizada, mas ao tomador do serviço que é a Administração. **E é uma modalidade de recrutamento de mão de obra inadmitida pela Constituição**.
>
> Então, se nós, durante esses anos todos, terminamos por aceitar a validade jurídica da terceirização, que pelo menos admitamos a responsabilidade subsidiária da Administração Pública, que é a beneficiária do serviço, da mão de obra recrutada por interposta pessoa[21].

Entretanto, apesar da inconstitucionalidade apontada, a terceirização foi reconhecida como fato consumado e, consequentemente, a responsabilidade subjetiva, por culpa, se impôs. A apreciação da matéria se manteve dentro de uma racionalidade jurídica da legalidade.

3. O outro STF: tema 246 da repercussão geral – recurso extraordinário 760931 ou a introdução da racionalidade econômica da eficiência

Uma década depois da decisão da ADC 16, em 24 de novembro de 2010, a terceirização na Administração Pública é retomada pelo Supremo Tribunal Federal em sede de repercussão geral, passando a ser adotada a tese 246, em 30 de março de 2017, com o seguinte teor:

[21] BRASIL, 2010. Voto do Ministro Carlos Ayres Brito.

> O inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não transfere automaticamente ao Poder Público contratante a responsabilidade pelo seu pagamento, seja em caráter solidário ou subsidiário, nos termos do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93.[22]

Em 26 de abril de 2017, o Tribunal Pleno julgou o Recurso Extraordinário 760931[23], que teve como relatora a ministra Rosa Weber e redator para o Acórdão o ministro Luiz Fux, mantendo a posição contrária à tese da responsabilidade em razão do inadimplemento. O STF da ADC 16, em 2007, tinha uma composição distinta da do RE 760931, em 2017, quando já integravam a Corte os ministros Alexandre de Moraes (nomeado em 2017), Edson Fachin (2015), Luís Roberto Barroso (2013), Rosa Weber e Luiz Fux (2011); o ministro Dias Toffoli (2009) atuou na ADC 16 pela AGU.

Com outra composição de ministros, embora não tenha alterado a posição adotada quanto à matéria da terceirização no setor público, a Corte passou a acolher distintas razões de decidir. A externalização das posições nos debates denota que a Corte se afasta da racionalidade jurídica da legalidade dos tempos da ADC16 e adota uma nova racionalidade, desta feita econômica pela eficiência, que passa a ser a dinâmica das diretrizes que, no futuro, se apresentariam condizentes com o conteúdo da Reforma Trabalhista.

Desse modo, a terceirização, que era apresentada simplesmente como um fato, agora passa a ser vista positivamente, inclusive como decorrência de uma imposição inelutável, verdadeiro imperativo da modernidade, não havendo nenhum voto que se posicione pela

[22] BRASIL, 2017.

[23] BRASIL. 2017.

inconstitucionalidade ou ilegalidade da terceirização; a visão do ministro Luís Roberto Barroso sobre o tema bem exemplifica:

> a terceirização é uma circunstância da vida moderna, da necessidade de especialização em muitas áreas, de uma certa mudança no modo de produção, e **tendo a achar que ela é legítima à luz de valores como a livre iniciativa e a liberdade de contratar**, o que, todavia, não nos dispensa das preocupações próprias com a proteção do trabalhador na dimensão própria e legítima ditada pela Constituição[24].

Merecem destaque, então, as menções à livre iniciativa e à liberdade de contratar como elementos fulcrais de análise da frente do capital que serão ponderados diante dos direitos e interesses (constitucionais e legais) dos trabalhadores.

3.1. O (grande) mérito da questão da terceirização

A União, por sua Advocacia Geral, interpôs Recurso Extraordinário 760931/DF contra acórdão da Segunda Turma do Tribunal Superior do Trabalho, da lavra do ministro José Roberto Freire Pimenta; o apelo foi conhecido em parte, com provimento por decisão majoritária, vencidos os ministros Rosa Weber (relatora), Edson Fachin, Roberto Barroso, Ricardo Lewandowski e Celso de Mello.

A discussão envolve a violação dos arts. 5º, inciso II, 37, *caput*, 97 e 102, parágrafo 2º, da Constituição da República e desobediência ao contido na ADC 16[25]. Ao tempo do julgamento do Recurso Extraordinário 760931/DF, contabilizava-se mais de 50 mil processos sustados, segundo a relatora, ministra Rosa Weber. É de se recordar que a quantidade de

[24] BRASIL, 2017. Voto do Ministro Luís Roberto Barroso.

[25] Ver também: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 324/DF e, ainda, o RE 958.252-MG, relativo ao tema 725: "Terceirização de serviços para consecução da atividade-fim da empresa", bem como o ARE 791932-RG/DF, representativo do tema 739: "Possibilidade de recusa de aplicação do art. 94, II, da Lei 9.472/1997 em razão da invocação da Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho, sem observância da regra de reserva de plenário".

demandas fora a preocupação central quando da apreciação da ADC 16 pelo Supremo Tribunal Federal.

Nesse sentido, a análise negativa da atuação do Judiciário Trabalhista:

> **E presente a bateção de carimbo na Justiça do Trabalho**, a responsabilidade passou a ser solidária também quanto aos encargos trabalhistas[26]. (Grifo nosso)

a. A racionalidade econômica

O acórdão, que contém 355 laudas e fixa as teses para repercussão geral, foi redigido pelo ministro Luiz Fux e da sua leitura já se pode constatar a adoção de uma racionalidade econômica da eficiência, que vem corroborada nas razões de decidir. A extensa ementa vem ora transcrita em excertos com o escopo de ressaltar aspectos dessa nova racionalidade, *in verbis*:

1. Imprescindibilidade da terceirização no setor público:
   TERCEIRIZAÇÃO COMO MECANISMO ESSENCIAL PARA A PRESERVAÇÃO DE POSTOS DE TRABALHO E ATENDIMENTO DAS DEMANDAS DOS CIDADÃOS[27].

2. Ausência de violação às normas protetivas do trabalho:
   INEXISTÊNCIA DE PRECARIZAÇÃO DO TRABALHO HUMANO[28].

3. Busca de eficiência:
   1. A dicotomia entre "atividade-fim" e "atividade-meio" é imprecisa, artificial e ignora a dinâmica da economia moderna, caracterizada pela especialização e divisão de tarefas com vistas à maior eficiência possível, de modo que frequentemente o produto ou serviço final comercializado por uma entidade comercial é fabricado ou prestado por agente distinto, sendo também comum a

[26] BRASIL, 2017. Voto do Ministro Marco Aurélio.

[27] BRASIL, 2017. Acórdão.

[28] BRASIL, 2017. Acórdão.

mutação constante do objeto social das empresas para atender a necessidades da sociedade, como revelam as mais valiosas empresas do mundo. É que a doutrina no campo econômico é uníssona no sentido de que as "Firmas mudaram o escopo de suas atividades, tipicamente reconcentrando em seus negócios principais e terceirizando muitas das atividades que previamente consideravam como centrais". (ROBERTS, John. The Modern Firm: Organizational Design for Performance and Growth. Oxford: Oxford University Press, 2007)

2. A cisão de atividades entre pessoas jurídicas distintas não revela qualquer intuito fraudulento, consubstanciando estratégia, garantida pelos artigos 1º, IV, e 170 da Constituição brasileira, de configuração das empresas, incorporada à Administração Pública por imperativo de eficiência (art. 37, caput, CRFB), para fazer frente às exigências dos consumidores e cidadãos em geral, justamente porque a perda de eficiência representa ameaça à sobrevivência da empresa e ao emprego dos trabalhadores. [...]

6. A Administração Pública, pautada pelo dever de eficiência (art. 37, caput, da Constituição), deve empregar as soluções de mercado adequadas à prestação de serviços de excelência à população com os recursos disponíveis, mormente quando demonstrado, pela teoria e pela prática internacional, que a terceirização não importa precarização às condições dos trabalhadores.[29]

4. Lógica dos custos

3. Histórico científico: Ronald H. Coase, "The Nature of The Firm", Economica (new series), Vol. 4, Issue 16, p. 386-405, 1937. O objetivo de uma organização empresarial é o de reproduzir a distribuição de fatores sob competição atomística dentro da firma, apenas fazendo sentido a produção de um bem ou serviço internamente em sua estrutura quando os custos disso não ultrapassarem os custos de obtenção perante terceiros no mercado, estes denominados "custos de transação", método segundo o qual firma e sociedade desfrutam de maior produção e menor desperdício[30].

[29] BRASIL, 2017. Acórdão.

[30] BRASIL, 2017. Acórdão.

5. Benefícios da terceirização:

4. A Teoria da Administração qualifica a terceirização (outsourcing) como modelo organizacional de desintegração vertical, destinado ao alcance de ganhos de performance por meio da transferência para outros do fornecimento de bens e serviços anteriormente providos pela própria firma, a fim de que esta se concentre somente naquelas atividades em que pode gerar o maior valor, adotando a função de "arquiteto vertical" ou "organizador da cadeia de valor".

5. A terceirização apresenta os seguintes benefícios: (i) aprimoramento de tarefas pelo aprendizado especializado; (ii) economias de escala e de escopo; (iii) redução da complexidade organizacional; (iv) redução de problemas de cálculo e atribuição, facilitando a provisão de incentivos mais fortes a empregados; (v) precificação mais precisa de custos e maior transparência; (vi) estímulo à competição de fornecedores externos; (vii) maior facilidade de adaptação a necessidades de modificações estruturais; (viii) eliminação de problemas de possíveis excessos de produção; (ix) maior eficiência pelo fim de subsídios cruzados entre departamentos com desempenhos diferentes; (x) redução dos custos iniciais de entrada no mercado, facilitando o surgimento de novos concorrentes; (xi) superação de eventuais limitações de acesso a tecnologias ou matérias-primas; (xii) menor alavancagem operacional, diminuindo a exposição da companhia a riscos e oscilações de balanço, pela redução de seus custos fixos; (xiii) maior flexibilidade para adaptação ao mercado; (xiii) não comprometimento de recursos que poderiam ser utilizados em setores estratégicos; (xiv) diminuição da possibilidade de falhas de um setor se comunicarem a outros; e (xv) melhor adaptação a diferentes requerimentos de administração, know-how e estrutura, para setores e atividades distintas[31].

6. Tese de repercussão geral:

7. O art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, ao definir que a inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, representa legítima escolha do legislador, máxime porque a Lei nº 9.032/95 incluiu no dispositivo exceção à regra de não responsabilização com referência a encargos trabalhistas.

[31] BRASIL, 2017. Acórdão.

> 8. Constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93 já reconhecida por esta Corte em caráter erga omnes e vinculante: ADC 16, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 24/11/2010.
> 9. Recurso Extraordinário parcialmente conhecido e, na parte admitida, julgado procedente para fixar a seguinte tese para casos semelhantes: "O inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não transfere automaticamente ao Poder Público contratante a responsabilidade pelo seu pagamento, seja em caráter solidário ou subsidiário, nos termos do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93.[32]

Se, nos termos do Acórdão da ADC 16, o público é virtuoso e o mercado não; se a terceirização não encontra respaldo na Constituição – segundo voto do ministro Carlos Ayres Brito; e se a questão é eminentemente jurídica de legalidade – adequação ou não aos termos do art. 37 da Constituição e Lei de Licitações –, agora, em sede de repercussão geral, a análise segue outra linha. Custos passam a ser relevantes e o privado (mercado) se torna virtuoso.

b. O papel do Judiciário

O Poder Judiciário trabalhista exerceu um importante papel abrindo as portas para aceitar a terceirização como uma circunstância dirigida como demanda do capital; inicialmente o fez por meio do Enunciado de Súmula 256 e, posteriormente, com o atual Enunciado de Súmula 331, aprovada nos idos da década de 90[33]. Poderia ter trilhado distinto caminho, ao simplesmente recusar tal possibilidade ante o reconhecimento de sua inconstitucionalidade. No entanto, ao apreciar situações de terceirização, desenha resposta a partir do fato consumado no estabelecimento de limites e efeitos jurídicos nos marcos da

[32] BRASIL, 2017. Acórdão.

[33] BRASIL. 1993.

responsabilidade do tomador de serviços. Ao tempo em que a resposta enfrenta questões de responsabilidade, se objetiva ou subjetiva, ou validade em atividades-meio ou atividades-fim, a própria constitucionalidade da terceirização deixa de ser uma questão posta. Ninguém melhor do que a própria ministra Rosa Weber, pela sua trajetória no judiciário trabalhista antes de chegar ao Supremo Tribunal Federal, para afirmar que

> Assim, tem-se que **a terceirização, ao surgir como demanda do empresariado, recebeu progressivamente respostas do ordenamento jurídico**, com os limites e condicionantes impostos pelo Direito do Trabalho e princípios de envergadura constitucional.
> No que concerne às terceirizações realizadas fora desses permissivos legais, a resposta veio do Judiciário, observadas as balizas e os princípios informadores do Direito do Trabalho, ramo do direito que, como sabido, se debruça sobre realidade social singular e diferenciada, na feliz expressão de Manoel Alonso Olea, cabendo neste recurso o exame tão só da evolução da jurisprudência a respeito da responsabilidade subsidiária[34]. (Grifo nosso)

Ou, ainda, o ministro Marco Aurélio, por idênticas razões:

> **Reafirmo que o Supremo ficou em situação muito delicada, passando a Justiça do Trabalho a ser um verdadeiro "Supremo**", no que nos manietaram, assentando invariavelmente a falta de fiscalização do Poder Público, como se devesse, olvidando os parâmetros do contrato de terceirização, constituir equipe e colocar dentro da empresa contratada[35]. (Grifo nosso)

[34] BRASIL, 2017. Voto da Ministra Rosa Weber.

[35] BRASIL, 2017. Voto do Ministro Marco Aurélio.

A atuação do Poder Judiciário Trabalhista, assim como as demandas da política, culminam na necessidade de uma atuação do Supremo Tribunal Federal:

> Por isso, entendo que a jurisdição constitucional deve se curvar à deferência em relação ao Legislativo, como sói ocorrer em todos os doutrinadores que abordam os limites da jurisdição constitucional, alguns até com um dom de categorizar e de rotular através de alta criatividade, como, por exemplo, **"supremocracia", como se nós fôssemos a instância hegemônica.** E, na verdade, **a questão da judicialização da política, a questão do ativismo judicial, na verdade, isso é uma blasfêmia, porque o Poder Judiciário não age de ofício**. E todo dia chega, no nosso gabinete, uma questão política judicializada, uma questão que não é resolvida e **nós é que temos que solucionar, porque há uma regra, na Constituição Federal, de que o Judiciário, uma vez provocado, não pode denegar a prestação da justiça**. Alguma solução há de ser dada. Então, a própria opinião pública talvez nem saiba da existência desse dispositivo que impõe ao Supremo Tribunal Federal uma resposta judicial a todos os litígios que aqui chegam[36]. (Grifo nosso)

E assim o Supremo Tribunal Federal responde com os novos elementos da racionalidade econômica.

c. Elementos da racionalidade nos votos: eficiência e custo

A eficiência é princípio inserido na Constituição da República em seu art. 37, e vem trazida como elemento de análise pelo Supremo Tribunal Federal em inúmeros julgados, aqui exemplificados no voto do ministro Luís Roberto Barroso, para quem a terceirização é não somente benéfica como imperativo de gestão pela redução de custos, senão ainda uma condição inelutável da modernidade:

[36] BRASIL, 2017. Voto do Ministro Luiz Fux.

> **Um desempenho eficiente de suas atribuições significa a obtenção do melhor resultado e, portanto, da maior utilidade buscada pela atuação administrativa, com o menor conjunto de recursos**[1]. Na mesma linha, com base na proporcionalidade, o administrador busca produzir decisões: (i) adequadas à consecução dos fins a que se destinam; (ii) necessárias, por constituírem as providências menos onerosas à consecução dos objetivos propostos; e (iii) proporcionais em sentido estrito, porque guardam uma relação adequada entre os custos incorridos e os benefícios gerados pela medida[2].[37] (Grifo nosso)

E assim, segue a análise que legitima a possibilidade de terceirização no setor público:

> justifica-se, à luz de tais princípios, por dois fundamentos: (i) terceirizar atividades-meio permite que a Administração Pública concentre recursos, pessoal, tempo e energia em suas atividades-fins; (ii) permite que contrate prestadores de serviço especializados nas atividades-meio, tendentes, por isso, a prestá-las com **maior eficiência** e a **menor custo.** A título de ilustração, vale ter em conta a contratação terceirizada de serviços de vigilância e/ou de tecnologia da informação pelo Poder Público. É provável que a contratada disponha de maior *know how* e que preste tais serviços com **maior eficácia**. A terceirização idealmente resulta, portanto, para a Administração, em **redução de custo, aumento da eficácia** das atividades-meio prestadas pelo terceirizado e, portanto, aumento do desempenho na atividade-fim desenvolvida diretamente pelo Poder Público.[...]
>
> Se interpretada em tais termos a obrigação da Administração de fiscalizar, a opção pela terceirização deixará provavelmente de ser uma escolha racional na grande maioria dos casos, implicando em maiores **custos,** ônus e/ou riscos para a Administração. Em tais condições, a obrigação de fiscalizar com tamanha abrangência implica em, por via transversa, criar entraves à própria terceirização, um **fenômeno já consolidado globalmente**[38]. (Grifos nossos)

[37] BRASIL, 2017. Voto do Ministro Luís Roberto Barroso.

[38] BRASIL, 2017. Voto do Ministro Luís Roberto Barroso.

A perspectiva da livre iniciativa, princípio que rege o capital e a propriedade, é elemento de peso e a responsabilidade é considerada como um "desestímulo à terceirização", por conta da busca de eficiência e redução de custos:

> Não, mas a verdade, Ministro Marco Aurélio, é que não há no mundo essa questão da terceirização com responsabilidade subsidiária. A Apple é a primeira empresa líder mundial que terceiriza toda a fabricação do hardware, que é pela Foxcon, que trabalha para a Elveti, para a Cassio, Sony etc., e não tem nada de responsabilidade solidária, porque isso é um desestímulo à terceirização. E suas empresas, da maior eficiência do mundo, atendem a esses princípios nossos também da livre iniciativa. Isso não combina com terceirização, com responsabilidade solidária[39].

A discussão sobre ônus da prova, isto é, a quem compete comprovar a ausência ou insuficiência de prova da fiscalização, milita em favor do empregado hipossuficiente, por se tratar de prova de difícil produção por parte deste. Então, para não deixar de lado a necessidade de proteção do trabalhador em seus direitos sociais, resultou assegurada, conforme encaminhamento dos votos, a tese da inversão do ônus da prova. É o que sobrou em termos de proteção ao trabalhador:

> Como fica claro a partir da leitura do acórdão proferido na ADC 16, a obrigação da Administração Pública de fiscalizar as empresas contratadas é uma obrigação de meio e não de resultado. A Administração está obrigada a acompanhar adequadamente a execução do contrato pela contratada, o que inclui o adimplemento das obrigações trabalhistas. Não se pode imputar ao Poder Público, contudo, o ônus de impedir a ocorrência de qualquer irregularidade, como se fosse ele próprio o empregador e executor do contrato. Essa interpretação implicaria justamente na responsabilidade automática da

[39] BRASIL, 2017. Voto do Ministro Luiz Fux..

> Administração por dívidas trabalhistas das contratadas, em contrariedade ao teor expresso do art. 71, §1º, da Lei 8.666/1993, entendimento que o próprio Supremo Tribunal Federal já rejeitou. [40]
>
> Então, eu vou aqui, Senhor Presidente, me encaminhar como deve ser o magistrado, com toda a humildade judicial. Eu estou diante de perplexidades jurídicas que eu não consigo vencer, a não ser em nome da proteção dos direitos sociais do trabalhador[41].
>
> [...] meu sentimento de justiça, que é esse depósito aqui. Esse depósito silencia minha objeção, no sentido de que o trabalhador trabalhou de graça. Nem a Administração tem culpa nem o contratado paga. E o trabalhador trabalhou e não recebe absolutamente nada.[42]
>
> Nossa decisão leva a uma outra ideia que é responsabilidade subjetiva com inversão do ônus da prova, que se reconhece. [...] quer dizer, cabe ao poder público contratante fazer a prova de que fez a fiscalização[43].

Os impactos econômico-financeiros para a Administração Pública aparecem como uma importante razão de decidir:

> [...] E isso não é qualquer coisa, porque, aqui da tribuna, a União destacou que a responsabilidade subsidiária da União importa em **somas que estão não só derruindo as finanças dos Estados como também da própria União**. Foram anunciados aqui números estratosféricos sobre essa responsabilidade que a Justiça do Trabalho chancela, segundo o próprio Ministro Marco Aurélio, sem os cuidados[44]. (Grifo nosso)

Tal condição de proteção/tutela da Administração decorre do reconhecimento da atuação das corporações no mercado, considerado como não virtuoso:

---

[40] BRASIL, 2017. Voto do Ministro Luís Roberto Barroso.

[41] BRASIL, 2017. Voto do Ministro Luiz Fux.

[42] BRASIL, 2017. Voto do Ministro Luiz Fux.

[43] BRASIL, 2017. Voto do Ministro Gilmar Mendes.

[44] BRASIL, 2017. Voto do Ministro Luiz Fux.

> Eu me recordo – eu tenho as notas da minha intervenção - que, na sessão em que se discutiu esse tema, eu disse não ser incomum, na experiência da administração pública brasileira, **a constituição de empresas de fachada**, que são criadas ad hoc, para fazer – e, na maior parte das vezes, deixam de fazer – determinada obra. Arrecadam o dinheiro público e desaparecem assim como os seus proprietários[45]. (Grifo nosso)

Estão exaltados no acórdão os mesmos argumentos histórico-cronológicos presentes na Reforma Trabalhista, de "evolução" e necessidade de superação de um "protecionismo" indevido existente ou proposto pelo Direito do Trabalho:

> Precisamos, Presidente, entender que **não vivemos mais a década de 40**, na qual veio à balha – ante o mercado de trabalho desequilibrado com oferta excessiva de mão de obra e escassez de empregos, muito embora a população brasileira fosse em torno de 40 milhões de almas –, um instrumento imperativo, protecionista.
>
> Costumava dizer, quando atuava no ofício judicante e também no Ministério Público do Trabalho, que protecionista é a legislação. O juiz não pode abandonar a equidistância que deve manter quando se defronte com o conflito de interesses. E não posso aqui, Presidente, olvidar o princípio da legalidade, tão caro a um Estado que se diga democrático, e assentar simplesmente que norma especial é um nada jurídico, sendo possível, até mesmo, contrariar o princípio do determinismo relativamente a essa espécie de contratação, a terceirizada, e dizer-se ser equivalente à contratação direta, no que se atribua ao Poder Público o dever de atuar como se empregador fosse, ou seja, até com um dever maior, porque de censura, quanto à observância das normas trabalhistas pela empresa contratada. A empresa contratada que responda pelos ônus assumidos. O arregimentado sabe de início, tendo em vista ninguém poder evocar a ignorância da lei para deixar de observá-la, inexistir a responsabilidade da Administração Pública.[46] (Grifo nosso)

[45] BRASIL, 2017. Voto do Ministro Ricardo Lewandowski.

[46] BRASIL, 2017. Voto do Ministro Marco Aurélio.

Como Corte Constitucional, sempre há de restar uma ponta de esperança na atuação do Supremo Tribunal Federal; afinal,

> A Carta Magna, seu preâmbulo, como todos sabem, não tem uma força cogente, necessariamente, mas tem o valor exegético interpretativo extremamente consistente e forte. E, no preâmbulo da nossa Constituição Federal, lê-se logo, em primeiro lugar, que os constituintes instituíram o Estado democrático para, dentre outros valores, assegurar o quê? O exercício dos direitos sociais, que estão definidos basicamente nos artigos 7º e 8º da Constituição Federal. Ademais, os artigos 1º e 2º da Carta Magna estabelecem com todas as letras, são os artigos vestibulares da nossa Lei Maior, que são fundamentos da República Federativa do Brasil: a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e a construção de uma sociedade mais justa e solidária. Logo, é responsabilidade do Estado, em qualquer de suas ações, em qualquer de suas vertentes de atuação, que ele fiscalize o cumprimento, a efetivação, a concretização desses valores, que são valores fundantes do próprio Estado Democrático de Direito. [47]

4. Adi 1923 e a constitucionalidade do modelo de gestão flexível por organizações sociais: setor público e instituições privadas

A possibilidade de instituições privadas, criadas sob a forma jurídica de organizações sociais, atuarem concretizando funções estatais já estava presente como discussão na ADI 1864-PR, referente ao Paranaeducação e julgada em 2007[48]. Porém, nenhum outro julgamento explicita de modo mais notório e exemplar esse novo modelo gerencial flexível da Administração Pública do que o proferido na ADI 1923[49], em acórdão publicado em 17 de dezembro de 2015, estabelecendo fundamentos para terceirização no setor público. A discussão remete às modificações no

[47] BRASIL, 2017. Voto do Ministro Ricardo Lewandowski.

[48] BRASIL, 2007.

[49] BRASIL, 2015. Acórdão.

ordenamento institucional da administração pública brasileira, ao questionar a constitucionalidade da Lei 9.631/98, que "dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais, a criação do Programa Nacional de Publicização, a extinção dos órgãos e entidades que menciona e a absorção de suas atividades por organizações sociais". Exatamente por meio do Programa Nacional de Publicização haveria a transferência para a iniciativa privada de atividades nas áreas da saúde, educação, cultura, desporto e lazer, meio ambiente e ciência e tecnologia.

Prevaleceu na decisão, ao fim e ao cabo, a posição do ministro Luiz Fux, de adotar normas objetivas para atuação e controle das organizações sociais, pessoas jurídicas sem fins lucrativos que prestam colaboração à administração pública mediante contratos de gestão flexível para realização de serviço público.

4.1. Flexibilização

Conforme indica o ministro Marco Aurélio, "o modelo das organizações sociais introduz os objetivos de eficiência e de flexibilização"[50]. Não se trata, a bem ver, de compartilhamento ou de uma atuação conjunta, em termos de uma possível "parceria", senão de uma substituição, por transposição, de serviços públicos; não se trata de competência, em todos os sentidos que o termo comporta, mas da transferência pelo Estado, que nestes termos se despe de suas atribuições e responsabilidades, projetando-as para a iniciativa privada.

4.2. Hermenêutica permeada pela política e pelo econômico

Para além da análise da terceirização no setor público, o julgamento do Supremo Tribunal Federal demonstra a interpretação da Constituição

[50] BRASIL, 2015. Acórdão, p. 93.

pelo viés da política e da economia, agasalhando uma nova concepção de Estado e do princípio republicano. A ementa sintetiza o novo modelo de Estado que se tem como proposto:

> 1. A atuação da Corte Constitucional não pode traduzir forma de engessamento e de cristalização de um determinado modelo pré-concebido de Estado, impedindo que, nos limites constitucionalmente assegurados, as maiorias políticas prevalecentes no jogo democrático pluralista possam pôr em prática seus projetos de governo, moldando o perfil e o instrumental do poder público conforme a vontade coletiva. [...] 7. Na essência, preside a execução deste programa de ação institucional a lógica que prevaleceu no jogo democrático, de que a atuação privada pode ser mais eficiente do que a pública em determinados domínios, dada a agilidade e a flexibilidade que marcam o regime de direito privado[51].

O enfrentamento de eventual violação de **dispositivos constitucionais** permite acercar-se do grau de **efetividade e concretização constitucional**, em um processo **hermenêutico aberto e permeável a impactos da economia e da política.** Em seu voto, afirmou o ministro relator Ayres Britto:

> poucas vezes eu vi aqui, em nosso Tribunal, impugnação a tantos dispositivos da Constituição Federal, são múltiplos, são numerosos os dispositivos impugnados por esta Ação Direta de Inconstitucionalidade. E eles bem revelam que o nosso constitucionalismo hoje é muito mais do que econômico-social, é um constitucionalismo social genérico, sociocultural, digamos assim, porque incorpora não apenas direitos sociais típicos, no artigo 6º, ou direitos trabalhistas específicos, no artigo 7º – estou falando do nosso constitucionalismo social –, como incorpora ciência e tecnologia, cultura, saúde, educação, Previdência Social, infância, juventude; é um

[51] BRASIL, 2015. Acórdão.

> constitucionalismo social do mais largo espectro, por isso eu tive que fazer um voto mais alongado[52].

A posição por uma hermenêutica compreensiva de um filtro pela política, ditado pela "voz do povo", "conclamada pela sociedade brasileira", é externalizada, ainda, pelo ministro Luiz Fux em seu voto, que encaminha por julgar parcialmente procedente para conferir interpretação conforme, nos seguintes termos:

> é preciso que se enxergue o tema sem as amarras de uma pré compreensão rígida de um modelo específico de Estado, supostamente avesso mesmo às manifestações de vontade que o povo, por seus representantes eleitos, traga a público diante da evolução provocada pelo passar dos anos"[53].; [...]
>
> Com efeito, ao mesmo tempo em que a Constituição exerce o papel de tutelar consensos mínimos, as suas normas tem de ser interpretadas de modo a viabilizar que, no campo permitido por suas balizas, sejam postos em prática projetos políticos divergentes, como fruto do pluralismo político que marca a sociedade brasileira. (CF, art. 1º, V)[54].

A racionalidade econômica que pauta a decisão pela eficácia está também presente na ADI 1923. Note-se que:

> Como regra, cabe aos agentes eleitos a definição de qual modelo de intervenção, direta ou indireta, será mais eficaz no atingimento das metas coletivas conclamadas pela sociedade brasileira, definindo o modelo de atuação que se mostre mais consentâneo com o projeto político vencedor do pleito eleitoral[55].

---

[52] BRASIL, 2015. Voto do Ministro Ayres Brito.

[53] BRASIL, 2015. Acórdão, p. 56.

[54] BRASIL, 2015. Acórdão, p. 56.

[55] BRASIL, 2015. Acórdão, p. 60.

4.3. O princípio republicano em torno do público e do privado

O Supremo Tribunal Federal procurou, então, enfrentar e responder questões identificadas e pontuadas pelo ministro relator no acórdão, quais sejam, as fronteiras do **público e do privado**, o que é essencial para compreender não somente os limites da atuação estatal, mas ainda o desenho da república:

> à iniciativa privada é permitida a prestação de serviços públicos? Há serviços públicos em que o setor privado pode atuar por sua conta e risco? Em caso afirmativo, podem recursos públicos ser destinados a instituições privadas, não integrantes da Administração Pública? Existe mesmo um setor público não-estatal, ou, por definição, todo setor público tem que ser estatal?[56]

Aqui se situa, então, o princípio republicano, reconhecido como questão pelo ministro Marco Aurélio, para quem a "coisa pública" não está à disposição do soberano: "Indago: o que é o princípio republicano? É a ideia geral de que, na República, a coisa pública é inapropriável pelo particular. Pertence à coletividade, e não aos agentes públicos e privados rotulados como Colaboradores"[57].

O Estado, então, não pode se despojar da sua função, nem dispor de suas competências e atribuições fora dos parâmetros de legalidade, a partir de uma racionalidade jurídica que deve pautar as condutas. Destaca o texto do acórdão da ADI 1923 que "no Estado republicano, no qual as regras de acesso aos bens e cargos públicos obedecem a critérios de racionalidade, isonomia, impessoalidade e publicidade", não é possível que "[...] se abra a oportunidade de o administrador fazer escolhas arbitrárias ou caprichosas". Portanto, [...] "A margem de conformação do gestor da coisa

[56] BRASIL, 2015. Voto do Ministro Ayres Brito.

[57] BRASIL, 2015. Voto do Ministro Marco Aurélio (pp. 101).

pública tem fronteiras determinadas pelo Texto Constitucional e pela lei. O legislador, ao fixar as balizas para a atuação do administrador, deve respeitar o quadro normativo-constitucional"[58].

> Em resumo, o que fazem as leis atacadas? Permitem ao gestor público transformar um órgão ou pessoa jurídica pública em uma entidade de direito privado, livre das amarras inerentes ao regime jurídico público[59].

Assim, se trata mais do que de um "regime constitucional dos serviços públicos, espécie do gênero 'atividade estatal'"[60]. Enfrenta-se o que seria, por similitude, "atividade-fim" ou "atividade-meio". Nesse trilhar se tratou de fixar quais os

> serviços públicos de titularidade estatal [prestados...] não com exclusividade. Refiro-me às atividades de saúde pública, educação e ensino, cultura, previdência social, meio ambiente, ciência e tecnologia, assistência social, que, titularizadas por toda e qualquer pessoa federada (deveres que são de cada uma dessas pessoas públicas), também se inscrevem no âmbito do senhorio e exploração das pessoas privadas. Pelo que se definem como atividades mistamente públicas e privadas. Importando muito lembrar que, se prestadas pelo setor público, são atividades públicas de regime jurídico igualmente público[61].

Seria, então, de acordo com o ministro relator, inconstitucional, pois

> Ora, o que faz a Lei 9.637/98, em seus arts. 18, 19, 20, 21 e 22, é estabelecer um mecanismo pelo qual o Estado pode transferir para a iniciativa privada toda a prestação de **serviços públicos** de saúde, educação, meio ambiente, cultura, ciência e tecnologia. A iniciativa privada a substituir o Poder Público,

[58] BRASIL, 2015. Voto do Ministro Marco Aurélio (pp. 96).

[59] BRASIL, 2015. Voto do Ministro Marco Aurélio (pp. 103).

[60] BRASIL, 2015. Acórdão, p 8.

[61] BRASIL, 2015. Acórdão, p 9.

> e não simplesmente a complementar a performance estatal. É dizer, o Estado a, globalmente, terceirizar funções que lhe são típicas[62].

No voto, o ministro Gilmar Mendes explicita essa mudança de paradigma, que acarreta a transformação do Direito Administrativo e Constitucional, apoiado na doutrina germânica, como sói:

> No voto que proferi, trouxe até citações do eminente jurista e consagrado filósofo Günther Teubner, em que ele falava dessa nova fase do próprio Direito e do Direito Público e do Direito Privado. Então, ele dizia, inclusive, neste texto traduzido para o português: não gostaria de sugerir apenas a rejeição da separação entre setor público e privado como uma simplificação grosseira demais da atual estrutura social, mas também proporia o abandono de todas as ideias de uma fusão de aspectos públicos e privados. Ao invés disso, a simples dicotomia público-privado significa que as atividades da sociedade não podem mais ser analisadas com a ajuda de uma única classificação binária – público ou privado. Ao contrário, a atual fragmentação da sociedade numa multiplicidade de setores sociais exige uma multiplicidade de perspectivas de autodescrição. Analogamente, o singelo dualismo estado-sociedade, refletido na divisão do Direito em Público e Privado, deve ser substituído por uma pluralidade de setores sociais, reproduzindo-se por sua vez no Direito[63].

4.4. Estado

A Constituição prevê a possibilidade de uma atuação colaborativa entre particulares e o poder público para realização de determinadas atividades e, a partir de tal constatação, o ministro relator indica: "Sob tais coordenadas normativas, não enxergo inconstitucionalidade nesse mecanismo de parceria entre o Estado e os particulares"[64]. Mas terceirizar, ao fim e ao cabo, constitui mais propriamente uma ação de "abdicar", por

[62] BRASIL, 2015. Acórdão, p 15.

[63] BRASIL, 2015. Voto do Ministro Gilmar Mendes (pp. 141).

[64] BRASIL, 2015. Acórdão, p 3.

absorção de serviços público, pela iniciativa privada, através das organizações sociais[65]. O Estado permaneceria, como aliás reconhecido, tão só como "indutor, fiscalizador e regulador"[66].

Portanto,

> A modelagem estabelecida pelo Texto Constitucional para a execução de serviços públicos sociais, como saúde, ensino, pesquisa, cultura e preservação do meio ambiente, não prescinde de atuação direta do Estado, de maneira que são incompatíveis com a Carta da República leis e programas de governo que emprestem ao Estado papel meramente indutor nessas áreas, consideradas de grande relevância social pelo constituinte."[67]
>
> O Ministro Gilmar Mendes, ainda na oportunidade da liminar, destacou que esse novo modelo de administração gerencial - porque, na verdade, isso é um projeto de reforma gerencial do Estado, nessa constatação inequívoca de que o Estado não consegue atingir as suas finalidades se não houver essa coparticipação nessa atividade coadjuvante[68].
>
> [...] seria [então] uma terceirização da própria atividade estatal, não mais a terceirização na órbita trabalhista, da ótica do trabalho, daquele que executa o trabalho, da atividade do trabalhador, mas da atividade estatal como tal[69].

5. Para concluir

O Direito do Trabalho desde muito perdeu seu protagonismo como parâmetro de regramento particularmente favorável e protetivo ao trabalhador; tal fato vem reconhecido pelo próprio Supremo Tribunal Federal, na medida em que vem:

> criando fórmulas para assentar a responsabilidade subsidiária da Administração Pública. Hoje, o Código Civil é até mais enérgico, ele nem fala

[65] BRASIL, 2015. Acórdão, p 15.

[66] BRASIL, 2015. Acórdão, p 54; Voto do Ministro Luiz Fux, p. 6.

[67] BRASIL, 2015. Voto do Ministro Marco Aurélio (pp. 97).

[68] BRASIL, 2015. Voto do Ministro Luiz Fux (pp. 121).

[69] BRASIL, 2015. Voto da Ministra Rosa Weber (pp. 135).

> mais em culpa in vigilando, é responsabilidade objetiva por fato de terceiro, nem tem vigilando e in elegendo[70].

Como foi possível constatar[71], há um marco temporal delimitado em que se pode confirmar, nas questões trabalhistas e previdenciárias, a mudança de racionalidade: até 2011 a legalidade é o parâmetro de apreciação e a partir de 2014, a racionalidade econômica da eficiência passa a ocupar um lugar central na construção hermenêutica de sentidos.

Com a reforma trabalhista, em 2017, a terceirização se expande para todas as formas, suplantando a dicotomia atividade-fim e atividade-meio, mantendo-se a responsabilidade subsidiária pelas obrigações trabalhistas, em consonância com o teor do Enunciado de Súmula 331, do Tribunal Superior do Trabalho. O Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário 958252 (repercussão geral)[72] e na ADPF 324[73], manteve a posição favorável à terceirização válida para todas as atividades da empresa. Se antes a jurisprudência dava o norte, agora estamos diante de uma situação de previsão legislativa. Mudou para permanecer tudo igual.

Mas nunca se há de perder as esperanças. Afinal, como observa o ministro Marco Aurélio:

> Ainda acredito, Presidente, nessa medula do Estado Democrático de Direito que é o princípio da legalidade. Ainda acredito ser a atuação do julgador vinculada ao Direito positivo, cabendo-lhe observar a autocontenção[74].

[70] BRASIL, 2017. Voto do Ministro Luiz Fux.

[71] Ver COUTINHO, 2017.

[72] BRASIL, 2020.

[73]BRASIL, 2018.

[74] BRASIL, 2017. Voto do Ministro Marco Aurélio.

Referências

BRASIL. *Lei 8.666*, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm>. Acesso em: 11dez.2020.

BRASIL. *Lei 8.883*, de 8 de junho de 1994. Altera dispositivos da Lei 8.666, de 21 de junho de 1993, que regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e dá outras providências. 1994a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8883.htm#art1>. Acesso em: 11dez.2020.

BRASIL. *Lei 9.032,* de 28 de abril de 1995. Dispõe sobre o valor do salário mínimo, altera dispositivos das Leis 8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9032.htm#art4>. Acesso em: 11dez.2020.

BRASIL. *Lei nº 9.868, de* 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9868.htm Acesso em 22/3/2021.

BRASIL. Presidência da República. *Mensagem 436*, de 8 de junho de 1994. 1994b. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/Mensagem_Veto/anterior_98/Vep436-L8883-94.pdf>. Acesso em: 11dez.2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF 324*. Relator Ministro Luís Roberto Barroso. Julgamento 30ago.2018. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22ADPF%20324%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=tru>. Acesso em: 18dez.2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 958252*. Relator Ministro Luiz Fux. Julgamento30ago.2020. Disponível em: < http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=750817537>. Acesso em: 18dez.2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADC 16*. Relator Ministro Cezar Peluso. Julgamento 3nov.2010. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2497093>. Acesso em: 2dez.2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 1864-PR*. Relator Ministro Maurício Corrêa. Redator do acórdão Ministro Joaquim Barbosa. Julgamento 8ago.2007. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur3653/false.> Acesso em: 18dez.2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 1923-DF*. Relator Ministro Carlos Ayres Britto. Redator do acórdão Ministro Luiz Fux. Julgamento 16abr.2015. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur334200/false.> Acesso em: 18dez.2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário 760931-DF*. Relatora Ministra Rosa Weber. Redator do acórdão Ministro Luiz Fux. Julgamento 26abr.2017. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur373217/false>. Acesso em: 18dez.2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Enunciado de Súmula 331*. Resolução 23/1993, publicada no DJ de 21 e 28dez.1993 e 4jan.1994; Resolução 96/2000, altera o item IV; Resolução 121/2003, publicada no DJ 19, 20 e 21nov.2003; e para adequação aos termos da ADC 16, Resolução 174/2011, publicada no DJ 27, 30 e 31mai.2011.

COUTINHO, Aldacy Rachid. Reforma trabalhista e o Supremo Tribunal Federal: as escolhas trágicas? *Revista da Faculdade Mineira de Direito, v.*21, n. 41, p. 31-52, nov. 2018.

COUTINHO, Aldacy Rachid. Retrocesso social em tempos de crise ou haverá esperança para o Direito do Trabalho? Uma análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho,* Brasília, v. 83, n.3, p. 17-58, jul./set.2017.

MENDES, Gilmar. Perplexidades acerca da responsabilidade civil do Estado: União 'seguradora universal? *Revista Jurídica da Presidência. Revista Jurídica Virtual*. Brasília, v. 2, n. 13, jun.2000. Disponível em: < https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/1027/1011>. Acesso em: 18dez.2020.

Capítulo 2

A terceirização no contexto da reforma trabalhista e as decisões judiciais: limites, contradições e possibilidades

Magda Barros Biavaschi [1]
Alisson Droppa [2]
Ana Cristina Alves [3]

Esse é o momento em que, tanto do ponto de vista prático, quanto ideológico e teórico, as classes dominantes e dirigentes, em escala mundial, apostam (e ganham) no retrocesso, no recuo das conquistas sociais e econômicas das classes subalternas. Não é de espantar que se observe a correção das instituições republicanas, que seja constante e reiterada a violação dos direitos sociais acumulados ao longo dos últimos trinta anos. Torna-se agudo o conflito entre a aspiração a uma vida decente, segura, economicamente amparada, e as condições reais de existência (...) Difunde-se a ideia de que a liberação das forças que impulsionam a acumulação do capital é um movimento "natural e "irreversível" em direção ao progresso e à realização da autonomia do indivíduo.

Luiz Gonzaga Belluzzo, *O capital e suas metamorfoses.* (2013. p. 33)

1. Introdução

No dia 16 de junho de 2020, em plena pandemia decorrente da expansão da Covid-19 – que escancarou e aprofundou as históricas assimetrias do mercado de trabalho brasileiro –, a página de internet do Supremo Tribunal Federal (STF) estampou notícia do julgamento virtual

[1] Desembargadora aposentada do TRT4, pesquisadora no CESIT/IE/Unicamp, professora colaboradora no Programa de Pós-graduação em Desenvolvimento Econômico do IE/Unicamp, professora permanente no Programa de Doutorado em Ciências Sociais do IFCH/Unicamp, coordenadora do GT Reforma Trabalhista na América Latina do CLACSO e integrante da REMIR.

[2] Historiador, doutor em História Social, pós doutorando em Educação pela Fapesp.

[3] Advogada, especialista em Direito e Processo do Trabalho, aluna da especialização em Economia do Trabalho e Sindicalismo do CESIT/Unicamp.

de duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade – ADIs 5685 e 5695 – questionando a constitucionalidade da Lei 13.429, de 2017, a chamada "Lei da Terceirização". Sancionada pelo presidente Michel Temer em 31 de março de 2017, essa lei alterou a antiga Lei nº 6.019/74, a "Lei do Trabalho Temporário", que regulamentou as chamadas relações "trilaterais" ou "assimétricas", abrindo as portas legais para um terceiro atravessar o binômio empregado x empregador[4]. A nova lei teve origem no PL 4302-B, encaminhado pelo Executivo em março de 1998 para alterar dispositivos da Lei 6.019/74. Com substitutivo aprovado no Senado em dezembro de 2002, o PL retornou à Câmara dos Deputados e, no início do governo de Luiz Inácio Lula da Silva, tramitava em regime de urgência. Diante de forte reação das organizações dos trabalhadores, movimentos sociais, entidades representativas do mundo do trabalho, o presidente Lula encaminhou a Mensagem nº 389/03 solicitando a retirada do projeto. Embora a mensagem não tenha sido apreciada até hoje, a urgência na tramitação foi retirada.

Em setembro de 2008, a executiva da Central Única dos Trabalhadores (CUT) manifestou-se contrária à proposta, por vulnerar as relações trabalhistas, reiterando a necessidade da retirada do projeto[5]. Designado relator o deputado Sandro Mabel (MDB-GO), autor do PL 4330/04, seu parecer favorável ao substitutivo do Senado foi aprovado na Comissão de Trabalho da Câmara dos Deputados em outubro de 2008. Além de fortalecer a terceirização, contrapondo-se à Súmula 331/93 do TST, o PL desvirtuava o caráter excepcional da terceirização, estendendo-a, no trabalho temporário, às atividades-fim. Desde maio de 2011 na Comissão de Constituição e Justiça (CJC), após sucessivos adiamentos, em

[4] Consultar relatórios: BIAVASCHI; BALTAR, 2009; e BIAVASCHI; BALTAR, 2010.

[5] Ofício Circular 05015087375/08/SG/CUT.

dezembro de 2012 o parecer foi aprovado. Com tramitação alterada para "urgente", aguardava agenda quando desengavetado[6].

Esse abrupto desengavetar do PL 4302/98 aconteceu justo quando o PL 4330/2004 (de autoria do deputado Sandro Mabel, estendendo a terceirização para todas as atividades), aprovado pela Câmara em 2015 (na presidência do deputado Eduardo Cunha), tramitava no Senado, na Comissão de Direitos Humanos (CDH), nominado como PLC 30/2015. Sob a relatoria do senador Paulo Paim (PT/RS), a proposta foi objeto de audiências públicas em praticamente todos os estados da federação. Conquanto o presidente da Câmara, Rodrigo Maia, em reunião realizada com as centrais sindicais, tenha se comprometido a dar prioridade ao PLC 30/15 (prestes à apresentação do parecer do relator, discutido amplamente com os movimentos e centrais), ele só foi votado e aprovado em março de 2017. Trata-se da Lei 13.429, de 2017, sancionada enquanto já tramitava a Reforma Trabalhista, logo aprovada pelo Senado para viger em novembro de 2017.

Em 2017, a Rede Sustentabilidade ajuizou a ADI 5685, argumentando que a lei questionada, entre outros aspectos, feria o princípio constitucional da proteção ao trabalho, e apontando, ainda, que a terceirização na administração pública viola a regra do concurso público. Incluída no julgamento a ADI 5695, da Confederação Nacional dos Trabalhadores na Indústria Química (CNTQ) e Confederação Nacional dos Trabalhadores nas Indústrias Têxtil, Vestuário, Couro e Calçados (Conaccovest), o STF, por 7 votos a 4, concluiu que o Legislativo é o foro adequado para a discussão, acatando o argumento da Advocacia-Geral do Senado Federal de regularidade do processo legislativo[7].

---

[6] BIAVASCHI; SANTOS, 2014; BIAVASCHI; TEIXEIRA, 2015; BIAVASCHI; TEIXEIRA, 2018.

[7] Pela constitucionalidade, ministros Gilmar Mendes, Alexandre de Moraes, Carmen Lúcia, Luiz Fux, Roberto Barroso, Dias Toffoli e Celso de Mello. Vencidos: Marco Aurélio de Mello, Edson Fachin, Ricardo Lewandowski e Rosa Weber.

No dia 28 de novembro de 2006, o Ministério Público do Trabalho (MPT) ajuizou ação civil pública contra a empresa Celulose Nipo-Brasileira S/A (Cenibra), apontando a ilicitude da terceirização em atividade-fim e requerendo reconhecimento de sua condição de empregadora. A Cenibra foi condenada no primeiro grau a abster-se de contratar terceirizadas para serviços relacionados à sua atividade-fim, sob o fundamento de que para mão de obra essencial a contratação deve se dar na via direta, garantidos a esses trabalhadores os direitos sociais do trabalho e os inseridos em acordos ou convenções coletivas da categoria. Mantida essa decisão pelo TRT da 3ª Região e não recebido o Recurso de Revista (RR) interposto pela Cenibra, o apelo chegou pela via do Agravo de Instrumento (AIRR) ao Tribunal Superior do Trabalho (TST), que negou provimento ao pedido. Dessa decisão, publicada em junho de 2011, houve Recurso Extraordinário (RE), para o STF, não recebido. Porém, o Agravo de Instrumento da Cenibra (ARE 713.211) levou a discussão ao STF, sendo relator o ministro Luiz Fux. Em 16 de maio de 2014, por maioria, o STF decidiu que o julgamento se daria em sede de repercussão geral, substituída a tramitação pela do RE 958252, o *leading case*[8].

Nesse julgamento, foi examinada a tese da inconstitucionalidade da Súmula nº 331 do TST, invocando-se o argumento de que o TST, ao proibir a terceirização em atividade-fim, fere o princípio da "livre iniciativa". Em decisão por maioria[9], em agosto de 2018, com acórdão publicado em 13 setembro de 2019, o STF fixou a tese no Tema 725, que transcrevemos com destaque, dada a relevância de seus impactos sobre essa forma de contratar:

[8] *Leading case* é caso líder, ao qual ficam subsumidos outros casos análogos e que deverão ter a mesma sorte.

[9] Voto prevalente do ministro Luiz Fux, com três contrários. O acórdão aguarda julgamento de embargos declaratórios.

> [...] Tema 725: É lícita a terceirização ou qualquer outra forma de divisão do trabalho entre pessoas jurídicas distintas, independentemente do objeto social das empresas envolvidas, mantida a responsabilidade subsidiária da empresa contratante.

Essa decisão se contrapõe à Súmula 331 do TST, que, em dezembro de 1993, definira ser lícita a terceirização apenas nas atividades-meio da tomadora, ou seja, nas que não lhe são essenciais. Dessa forma, o STF legitimou a terceirização sem limites que o Projeto de Lei 4330/2004, aprovado na Câmara em 2015 e encaminhado ao Senado (onde tramitou como PLC30/2015), consagrara e que a "reforma" incorporou, mantendo apenas responsabilidade subsidiária da contratante nas terceirizações, agora admitidas sem restrições. E mais, estendeu esse entendimento a processos anteriores à "reforma". Aliás, o próprio RE 958252 foi oposto em processo ajuizado na Justiça do Trabalho em 2006[10].

Também a responsabilidade da administração pública quanto ao pagamento dos direitos dos trabalhadores terceirizados foi objeto de julgamento em sede de repercussão geral: RE 760931. A União Federal recorreu da decisão do TST que, confirmando a do TRT da 2ª Região, reconhecera responsabilidade subsidiária quanto às verbas trabalhistas devidas pela empresa Evolution Administradora de Serviços Terceirizados Ltda. à trabalhadora Priscila Medeiros Nunes. Nesse julgamento, o STF fixou a tese no Tema 246[11], que, em síntese, dispõe que a dívida decorrente do não pagamento dos direitos dos trabalhadores das terceirizadas não se transfere automaticamente às empresas públicas que fazem uso dessa forma de contratar. Com trânsito em julgado em 2 de outubro de 2019, o

[10] Na Justiça do Trabalho sob o número nº 126140-27.2006.5.03.0013.

[11] Tema 246: o inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não transfere automaticamente ao poder público contratante a responsabilidade pelo seu pagamento, seja em caráter solidário ou subsidiário, nos termos do artigo 71, § primeiro da Lei 8666/93.

entendimento é igualmente contraposto ao sumulado pelo TST. As decisões do STF sobre terceirização, julgadas em sede de repercussão geral, fundamentam-se no princípio da "livre iniciativa", em detrimento da dignidade humana e do valor social do trabalho, pilares do Estado Democrático de Direito.

No Dia da Consciência Negra, 20 de novembro de 2020, os veículos de comunicação internacionais e brasileiros escancaram fato ocorrido no dia anterior: João Alberto Silveira Freitas, 40 anos, negro, morreu no estacionamento de uma loja do Carrefour em Porto Alegre, espancado por seguranças terceirizados. Esse brutal assassinato, justo às vésperas do dia 20 de novembro, provocou forte brado contra o genocídio da população negra, fruto do racismo estruturante da sociedade brasileira, que marca, a ferro e fogo, nossa tessitura social. Mas também explicita as perversidades da terceirização ampliada para todas as atividades empresariais, um dos "feitos" da "reforma" trabalhista abordada neste livro. A pergunta que se coloca é como julgará o STF eventual ação postulando a responsabilidade objetiva da tomadora, contratante principal?

Esses elementos introdutórios convidam ao aprofundamento do estudo das decisões do STF em Recursos Extraordinários (Res), Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) e Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPFs), em regra contrapostas à jurisprudência trabalhista incorporada pela Súmula 331 do TST. É que o STF, em sede de repercussão geral, ao definir suas teses (vide o Tema 725, antes transcrito), tem buscado tirar a voz do TST, que, conquanto com reais dificuldades e contradições, vem afirmando a responsabilidade da tomadora quanto aos direitos dos terceirizados, reconhecendo quer sua condição de empregadora quando preenchidos os requisitos caracterizadores da relação de emprego, quer sua responsabilidade solidária ou subsidiária, como se verá. No caso do assassinato no Carrefour, em que evidente

racismo herdado dos tempos coloniais aparece com relevância, os temas da terceirização e da responsabilidade objetiva da tomadora vêm encontrando espaço de forma viva em certas discussões[12]. Trata-se de um dos elementos do capitalismo, em que a terceirização mostra suas faces deletérias.

Com tais registros, o capítulo discute alguns aspectos históricos da formação do sistema público de proteção ao trabalho no Brasil, incluída a legislação trabalhista e as instituições públicas aptas a dar-lhe eficácia, como é o caso da Justiça do Trabalho. Depois, abordando julgamentos pelo STF que têm como objeto a terceirização, discute o significado dos fundamentos de alguns desses acórdãos, em diálogo com aqueles que aparecem em certos votos vencidos e nos acórdãos recorridos. Assim, busca trazer ao debate elementos que contribuam para evidenciar o papel dessas Cortes diante do abalo dos direitos sociais do trabalho e para que se avaliem os impactos da "reforma" trabalhista em julgamentos envolvendo terceirização. Aliás, a ampliação dessa forma de contratar para quaisquer atividades, uma das novidades da "reforma" trabalhista, acabou legitimada pelo STF, que, em certa medida, atuou como sua verdadeira antessala. Nessa démarche, chega-se às considerações finais.

2. Notas sobre o sistema público de proteção social: a justiça do trabalho

Da locação de serviços, nos Códigos Civil e Comercial, ao *status* de sujeito de direitos contemplados em estatuto próprio, o movimento foi de avanços e recuos. Mesmo que no século XIX algumas leis esparsas fossem dirigidas ao trabalho, e ainda que na década de 1920, principalmente em momentos de greves, as reivindicações operárias tenham provocado intensos debates no Parlamento sobre a "questão social", é a partir de 1930

[12] FONTELLE, 2020.

que, de forma sistemática, em meio ao processo de industrialização, são adotados mecanismos públicos de proteção social aos trabalhadores da indústria e do comércio. Tais direitos foram consolidados em 1943 e, mais tarde – não sem tensões, avanços e recuos –, contemplados pela Constituição de 1988, que os elevou à condição de direitos sociais fundamentais, estendendo-os aos rurais e aos domésticos, excluídos da CLT[13].

Nascia neste país de capitalismo tardio[14] o Direito do Trabalho, compreendido como uma intervenção extramercado. Informado por princípios que lhe dão fisionomia e rompendo com o primado liberal da autonomia das vontades, próprio do Direito Civil, buscou compensar, por meio da regulação pública, a desigualdade econômica desfavorável ao trabalhador, mitigando o desequilíbrio inerente ao capitalismo. Para dar efetividade a esses "mecanismos públicos de regulação e proteção social ao trabalho"[15], a Justiça do Trabalho foi criada na Constituição de 1934, decretada em 1939 e inaugurada em 1941. As Juntas de Conciliação e Julgamento e as Comissões Mistas, de 1932[16], administrativas, foram embriões dessa justiça especializada[17]. Em 1935, para regulamentar o texto constitucional, foi encaminhado à Câmara dos Deputados projeto elaborado por comissão de técnicos do Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio (MTIC), liderados por seu consultor, Oliveira Viana. Duramente criticado pelo relator na Comissão de Constituição e Justiça, deputado

[13] BIAVASCHI, 2005; BIAVASCHI, 2007.

[14] CARDOSO DE MELLO, 1990.

[15] TEIXEIRA, M. O. *et. al.*, 2017, p. 17.

[16] Decreto 21.396, de maio de 1932, criou as Comissões Mistas; o Decreto **22.132, de novembro de 1932, as Juntas.**

[17] BIAVASCHI, 2007.

Waldemar Ferreira[18], o projeto foi retirado[19]. Em 2 de maio de1939[20], não sem profundas resistências, Getúlio regulamentou por decreto a criação da Justiça do Trabalho, tal como prevista no projeto que Waldemar Ferreira afirmara ser cópia fascista. Instalada em 1941, apenas em 1946 essa justiça especializada passou a integrar o Poder Judiciário.

Criada para dar eficácia a um direito novo, informado por princípios próprios – entre eles o da irrenunciabilidade de direitos assegurados por normas de ordem pública –, a Justiça do Trabalho, ao longo de sua história, com dificuldades e marcadas contradições, lutou para dar efetividade a esse direito, buscando colocar limites à ação desigualadora do capitalismo. Daí seu papel altamente civilizatório, no dizer de Maurício Godinho Delgado[21]. Não à toa, tem sido objeto de ataques e acirradas críticas[22]. É que o Direito e a Justiça do Trabalho são obstáculos ao livre trânsito do desejo insaciável de acumulação de riqueza abstrata que move o capitalismo desde que constituído[23], sendo, ao lado dos sistemas de fiscalização e das organizações sindicais, elemento central da "reforma" trabalhista[24]. Medidas Provisórias subsequentes reforçaram a inversão das fontes prevalentes da regulação pública universal para o contrato individual de trabalho.

[18] O cerne da divergência colocada pelo relator estava na possibilidade de essa Justiça, ao julgar dissídios de natureza coletiva, definir normas e condições de trabalho para as categorias em conflito: o chamado poder normativo. Esse parecer, lócus da primeira acusação de fascista à legislação de que se tem notícia, provocou a polêmica Oliveira Viana versus Waldemar Ferreira, conforme BIAVASCHI, 2007.

[19] VIANA, 1983; BIAVASCHI, 2007.

[20] O Decreto-lei 1.237 e as modificações subsequentes introduzidas pelo Decreto-lei 2.851, de 10 de dezembro de 1940, organizaram a Justiça do Trabalho. Seu regulamento, aprovado pelo Decreto 6.596, de 12 de dezembro de 1940, deixou expresso que ela seria instalada em 1º de maio de 1941.

[21] CASTRO GOMES; PESSANHA, 2010.

[22] TEIXEIRA DA SILVA, 2019.

[23] BELLUZZO, 2013.

[24] TEIXEIRA, M. O. *et. al*., 2017; KREIN; GIMENEZ; SANTOS, 2018.

Desse modo, como sublinha a obra Contribuição crítica à Reforma Trabalhista[25], foi reeditado o princípio da autonomia das vontades individuais, marca da ordem liberal do século XIX, ampliando-se o poder discricionário do empregador para definir as regras da contratação. E os defensores da "reforma" – que aplaudiram sua aprovação na suposição de que a excessiva litigiosidade e as decisões por demais protetivas da Justiça do Trabalho provocam insegurança jurídica, afastam investimentos e impedem a retomada da economia e a geração de emprego – chegaram a afirmar que o TST, ao editar súmulas (aliás, previstas para reduzir as inseguranças porventura decorrentes dadiversidade dos conteúdos das decisões regionais), estaria extrapolando a função de intérprete da lei ao negar validade às cláusulas normativas redutoras de direitos e ao definir limites à terceirização[26] – elementos, aliás, encontrados nos votos vencedores de ministros do STF referidos neste capítulo.

O tema da terceirização é um dos exemplos, como, entre outros de relevância para os direitos sociais do trabalho, o da supremacia do negociado sobre o legislado, mesmo que importe redução de direitos, tema da Repercussão Geral 1046, leading case o ARE 1121633, com julgamento iniciado em 6 de novembro de 2020 e até o momento não finalizado. Em seu voto, o relator, ministro Gilmar Mendes, atribui legitimidade a essa via, mesmo que redutora de direitos. Retirado do julgamento virtual diante de pedido de destaque da ministra Rosa Weber, está incluído no calendário de julgamento do dia 17 de junho de 2021[27].

[25] TEIXEIRA, M. O. *et. al.*, 2017.

[26] TEIXEIRA, M. O. *et. al.*, 2017.

[27] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ARE 1121633*. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5415427 . Acesso em 18 de dezembro de 2020.

3. A terceirização e o poder judiciário: a trajetória de algumas decisões

Conforme apontado em artigos anteriores[28], a terceirização avançou no Brasil principalmente a partir dos anos 1990 e, com a "reforma" trabalhista, foi expandida para quaisquer atividades, com expressivo reflexo nas demandas trabalhistas. É o que demonstram os relatórios das pesquisas "A terceirização e a Justiça do Trabalho" e "A terceirização e a Justiça do Trabalho: diversidades regionais"[29], desenvolvidas no âmbito do CESIT/IE/Unicamp, bem como no projeto temático "Contradições do trabalho no Brasil atual: formalização, precariedade, terceirização e regulação", da Fapesp. São demandas que, em regra, envolvem pedido de reconhecimento do vínculo de emprego com a tomadora ou, então, sua responsabilidade solidária, ou mesmo subsidiária, diante do não cumprimento das obrigações que emergem da relação de emprego.

Nas duas primeiras pesquisas, tendo como fonte prevalente os processos de trabalhadores do setor de papel e celulose envolvendo terceirização, o marco temporal foi de 1985 a 2000. Já no citado projeto temático, cuja fonte prevalente são acórdãos do TST[30], além das ações dos trabalhadores do setor papel e celulose foram incluídas as dos eletricitários, portuários, operadores de TI e *call center* em bancos públicos e, mais tarde, correspondentes bancários, ampliando-se o marco final para 2015. Esses estudos mostram que a Justiça do Trabalho foi majoritariamente espaço de resistência a essa forma precarizadora de contratar.

Já outra pesquisa, em andamento, analisa como a Justiça do Trabalho tem enfrentado o tema da terceirização no setor eletrônico, com ênfase nas

[28] BIAVASCHI; DROPPA, 2011.

[29] BIAVASCHI; BALTAR, 2009. BIAVASCHI; BALTAR, 2010.

[30] BIAVASCHI; DROPPA, 2011.

empresas Samsung, LG, Foxcomm, Dell, Flextronics e Sanmina, que estão entre as principais em atuação no Brasil e que, situadas entre as maiores produtoras do setor, relacionam-se à ampla cadeia produtiva com intersecções em diversos países. A metodologia para a busca das decisões foi a mesma utilizada nas investigações anteriormente referidas[31]. Para se obter resposta à pergunta de como a Justiça do Trabalho, especialmente o TST, vem decidindo quanto ao tema nos dois anos anteriores e nos dois posteriores à "reforma", definiram-se três subperíodos: i) de 10/11/2015 a 09/11/2017; ii) de 10/11/2017 a 11/11/2019; e iii), atualizando-se para 12/11/2019 a 08/10/2020. Para tanto, fez-se uso de ferramenta disponibilizada pela página de internet do TST (Consulta Jurisprudência, acessível em: https://jurisprudencia.tst.jus.br/).

Além da palavra-chave "terceirização" e do termo correspondente a cada uma das empresas em análise – "Samsung", "LG", "Foxcomm", "Dell", "Flextronics", "Sanmina" –, selecionaram-se as opções processuais oferecidas: RR e AI[32]. Com esse recorte, foram encontrados 327 acórdãos[33]. No entanto, ao serem lidos, verificou-se que apenas 82 tratavam especificamente da terceirização nas empresas mencionadas. Essa discrepância revela a dificuldade que reiteradamente se tem apontado: o uso de palavra-chave faz com que, por vezes, sejam disponibilizando acórdãos com conteúdo não correspondente àquela palavra utilizada[34]. Como mostram os acórdãos, o conteúdo decisório na maioria absoluta das decisões do TST não mudou essencialmente quando comparado às

[31]Ver relatórios aprovados pela Fapesp citados na nota 29, 2009 e 2010, *op cit*.

[32] O Recurso de Revista (RR) leva a matéria decidida pelos tribunais regionais para o TST, última instância trabalhista; o Agravo de Instrumento (AI) destranca o RR quando não recebido pelo Tribunal no juízo de admissibilidade.

[33] BIAVASCHI; DROPPA, 2015.

[34] No caso, no acórdão TST-AIRR-10808-98.2015.5.03.0044, por exemplo, uma das partes tem sobrenome "Dell", o que levou à sua inclusão nos resultados da busca. Ocorre que a ferramenta não foi projetada para pesquisas acadêmicas, mas para atender às demandas judiciais. Daí a leitura de todos os acórdãos, selecionando-se os que tratam do tema.

proferidas antes e depois da "reforma" trabalhista, com alguma alteração somente nos últimos 11 meses, de novembro de 2019 a outubro de 2020. Essa permanência de conteúdo fica mais evidente em recente decisão da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais (SDI-1) do TST, encarregada da uniformizar as decisões entre turmas do TST via Recurso de Embargos[35], definindo, para os casos em que a prestadora de serviços não cumpre com as obrigações trabalhistas, que o órgão público contratante (a tomadora) deve comprovar ter fiscalizado a correção dos pagamentos[36]. Trata-se de decisão tomada depois do julgamento do RE 760.931[37] pelo STF em sede de repercussão geral e que, de certa forma, confirma entendimento anterior adotado quando da decisão do STF na Ação Direta de Constitucionalidade (ADC) nº16, proposta pelo então governador Roriz[38], pretendendo a declaração de constitucionalidade de artigo da Lei de Licitações que exime de responsabilidade trabalhista o ente público que terceiriza. O TST adequou o entendimento da Súmula 331/93, que, em 2000, estendera a obrigação subsidiária, para definir o ônus do contratante de provar a fiscalização no cumprimento dos contratos.

Portanto, há certa estabilidade na forma de julgar quanto à terceirização no setor eletrônico. A maioria dos acórdãos reconhece a responsabilidade da tomadora, com fundamento na Súmula 331 (mesmo em decisões posteriores à "reforma"). Também é relevante o fato de que a tomadora foi reconhecida como empregadora em alguns casos (13,95%, no subperíodo novembro/2017-novembro/2019), sendo excluída do feito

[35] Cabe à SDI-1 atuar quando turmas do TST divergem quanto a certa matéria.

[36] BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Notícias: *Terceirização no setor público: cabe ao contratante comprovar fiscalização do contrato.* Disponível em: http://www.tst.jus.br/web/guest/noticias/-/asset_publisher/89Dk/content/id/25061722. Acesso em out. 2020.

[37] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 760.931*. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4434203. Acesso em 08 de out.2020.

[38] BRASIL. Supremo Tribunal Federal Ação Direta de Constitucionalidade, *ADC nº16*. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627165. Acesso em 08 de out. 2020.

(eximida de responsabilidade) em percentual reduzido (9,3% no mesmo subperíodo). Os acórdãos que a definem como empregadora – conquanto em menor número em relação aos que reconhecem sua responsabilidade pelo pagamento das verbas trabalhistas fortes na Súmula 331 – expressam postura de resistência à terceirização, quer pelo reconhecimento da fraude ou burla, concluindo pela subordinação direta do trabalhador à tomadora, quer pela responsabilização solidária ou mesmo subsidiária desta. Em todos os subperíodos prevalecem decisões que responsabilizam o contratante com base na Súmula 331/93 do TST, tanto nos dois anos anteriores como nos dois anos posteriores à "reforma". Assim, ressalvadas as exclusões do feito, são decisões que colocam limites à terceirização, circunstância que a "reforma" buscou alterar.

TABELA 1 – POSICIONAMENTO DO TST EM RELAÇÃO AO VÍNCULO COM A TOMADORA DOS SERVIÇOS, POR SUBPERÍODOS (SETOR ELETRÔNICO)[39]

	Nov. 2015 a nov. 2017		Nov. 2017 a nov. 2019		Nov. 2019 a nov. 2020	
Decisão	**Número de acórdão**	**%**	**Número de acórdão**	**%**	**Número de acórdão**	**%**
Reconheceu o vínculo de emprego com a tomadora	5	12,82	6	13,95	2	5,26
Reconheceu a responsabilidade solidária	2	5,13	5	11,63	1	2,63
Reconheceu a responsabilidade subsidiária	27	69,23	28	65,12	32	84,21
Exclui da lide a tomadora	5	12,82	4	9,3	3	7,89
Total	39	100	43	100	38	100

FONTE: TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO (2020).

[39] O foco da análise foi direcionado à postura do TST quanto à responsabilização da tomadora, com as opções: reconheceu com ela o vínculo de emprego; reconheceu sua responsabilidade solidária; reconheceu a responsabilidade subsidiária; a excluiu da lide. Na graduação da responsabilidade atribuída à tomadora, a maior ocorre quando esta é reconhecida como empregadora. Nas opções "reconhece a responsabilidade solidária" e "reconhece a responsabilidade subsidiária", à tomadora são atribuídas responsabilidades, sendo garantindo pagamento dos direitos reconhecidos na via judicial.

No período de 10/11/2015 a 09/11/2017, referente a dois anos antes da "reforma", 12,82% das decisões reconheceram a ilegalidade na terceirização, vinculando o trabalhador diretamente à tomadora, tendo havido variação para maior nos dois anos a ela posteriores (10/11/2017 a 11/11/2019), com 13,95% como já se viu. Aplicada igual metodologia para o último subperíodo, de 12 de novembro de 2019 a 1º de novembro de 2020, terceiro ano incompleto da "reforma", percebe-se aumento considerável no reconhecimento da responsabilidade subsidiária da tomadora, de 65,12% para 84,21%, com redução importante nos reconhecimentos de vínculo de emprego com a tomadora, de 13,95% para 5,26%, na comparação com novembro de 2017 a novembro de 2019. Vale sublinhar que a "reforma" ampliou a terceirização para todas as atividades. Mesmo assim, decisões fundamentadas na Súmula 331/93 reconhecem a tomadora como empregadora direta ou como responsável pelos direitos trabalhistas. Ao colocarem limites ao fenômeno da terceirização, tanto os processos em que é reconhecida a condição de empregadora da tomadora (embora em número reduzido) quanto os que concluem por sua responsabilidade quanto a pagamentos expressam postura de resistência.

Exemplifica-se com o Agravo de Instrumento (AIRR) 10555-43.2014.5.15.0002[40]. Trata-se de vigilante que, contratado pela LG Electronics do Brasil Ltda., por meio da Arima Comunicações Brasil Ltda., para desenvolver atividades na Motorola Mobility Comércio de Produtos Eletrônicos Ltda., teve o vínculo de emprego reconhecido. O processo que deu origem ao AIRR (agravo julgado pelo TST com o RR) tramitou na 1ª Vara do Trabalho de Jundiaí-SP, 15ª Região. A sentença reconheceu o

[40] BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Agravo de Instrumento AIRR - 10555-43.2014.5.15.0002*. Acórdão. Disponível em: https://jurisprudencia.tst.jus.br/#38d27eeacb97d7e1da65316e1b5d04e6. Acesso: 08 de outubro/2020.

vínculo de emprego direto com a Motorola, condenada a proceder o registro na carteira de trabalho e a pagar adicional de insalubridade, horas extras pela não concessão do intervalo intrajornadas e horas suplementares trabalhadas. A Arima foi responsabilizada subsidiariamente. No recurso, a Motorola negou qualquer responsabilidade, inclusive subsidiária. Já a Arima insurgiu-se contra as horas extras pelo descumprimento do intervalo intrajornada, nada mencionando quanto ao vínculo de emprego. Ao julgar o recurso, a 2ª Câmara da Primeira Turma do TRT15 manteve a sentença, salientando:

> [...]
> Nas hipóteses de terceirização ilícita, ou seja, aquelas em que há intermediação de mão de obra na atividade-fim da tomadora de serviços, as empresas envolvidas são solidariamente responsáveis pelos créditos trabalhistas da empregada, por se unirem no propósito de fraudar a legislação trabalhista, incidindo o teor do art. 942 do Código Civil.
> No caso em exame, é incontroverso que a 2ª reclamada, ora recorrente, produtora de aparelhos celulares, contratou a recorrida por meio de empresa interposta para realizar testes em placas de aparelhos de telefonia, atividade esta nitidamente inserida entre as atividades fins da recorrente.
> A fraude se evidencia inclusive pelo teor da defesa da 1ª ré, ao afirmar que a reclamante foi contratada para a realização de teste em aparelhos de telefonia, embora na mesma peça, argumenta que a autora exercia a função de vigilante[41].

Não conformada, a Motorola interpôs o RR[42], não recebido por ausência de requisitos legais. Destrancado seu andamento pelo AI, a 3ª

[41] BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Agravo de Instrumento AIRR - 10555-43.2014.5.15.0002.* Acórdão. Disponível em: https://jurisprudencia.tst.jus.br/#38d27eeacb97d7e1da65316e1b5d04e6. Acesso: 08 de outubro/2020.

[42] O Recurso de Revista, RR, admitido em algumas circunstâncias, leva o julgamento para uma das Turmas do TST. O RR pode não ser admitido pelo presidente do tribunal regional (ou por quem o regimento designar) por não cumprimento dos requisitos, negando seguimento. Contra esse despacho cabe AI, que o destranca para o TST.

Turma do TST, em 2 de maio de 2018, conheceu do AI e julgou o RR, negando-lhe provimento. Foi mantido o acórdão do regional. Essa decisão deveria encerrar o processo no TST. Porém, a Motorola protocolizou RE, suspenso pelo STF diante da repercussão geral[43].

No período objeto da pesquisa em processos de trabalhadores do setor eletrônico, quatro RE´s foram opostos pelas empresas a acórdãos do TST. Dois deles tiveram seguimento negado pelo TST; o terceiro, encaminhado ao STF, ainda está sem andamento; o quarto aguarda ainda no TST decisão do presidente quanto à tramitação. Essa tentativa da Motorola de levar o processo ao STF pela via do RE tem sido habitual nos últimos anos, sobretudo a partir da tramitação do PL nº 4330, como o gráfico a seguir evidencia[44]. Talvez esse crescimento seja tributado ao conteúdo das decisões do STF, que, concluindo pela inconstitucionalidade da Súmula 331/93 forte no princípio da "livre iniciativa", tem eximido a tomadora de responsabilidade, "retirando voz" do TST. Ademais, muitos desses RE´S, ou ARE´s[45], estão sendo julgados no STF em sede de repercussão geral, cuja decisão obriga os juízes de todos os graus de jurisdição.

É que, ao se olhar os julgamentos do STF relativos à terceirização, observa-se que, apesar de constitucionalmente competir à Justiça do Trabalho dirimir os conflitos individuais e coletivos envolvendo questões trabalhistas, podendo editar súmulas que consolidem entendimentos jurisprudenciais sobre determinado tema, é progressivo o aumento da interposição de Recursos Extraordinários, AREs e REs, dirigidos ao STF

[43] Com última movimentação em 13 de agosto de 2020: juntada de petição não disponibilizada no sistema.

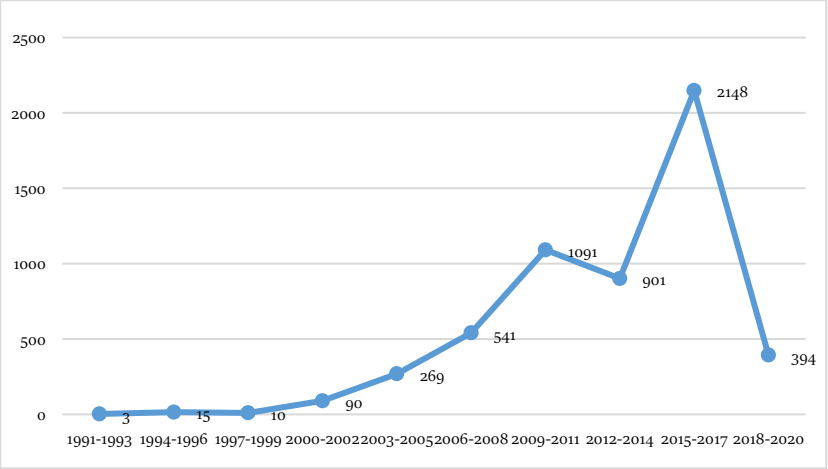
[44] O PL 4330/04 tramitava desde 2004, sendo, depois de resistência, aprovado pela Câmara dos Deputados em 2015, na presidência do deputado Eduardo Cunha. Encaminhado ao Senado (PLC 30/15), até hoje não foi votado, mesmo porque a "reforma" introduziu a terceirização irrestrita, incorporando a ideia central do PLC.

[45] O RE (Recurso Extraordinário) é cabível quando é discutida a interpretação ou aplicação de dispositivos da Constituição Federal; não recebido o RE no TST, o Agravo de Instrumento o destranca, ARE, indo para o STF.

quanto ao tema foco deste artigo. De 1991 a 2020, foram 5462 os RE´s por meio dos quais as empresas buscam alterar as decisões do TST. Ainda sobre esse aspecto, é importante assinalar que, segundo dispõem o Código de Processo Civil e o Regimento Interno do STF[46], uma vez reconhecida a repercussão geral, cabe ao presidente do TST selecionar um ou mais recursos representativos da controvérsia e encaminhá-los ao STF, sobrestando os demais até pronunciamento definitivo da Corte. Em razão do sobrestamento dos Recursos Extraordinários no próprio TST ou da aplicação das teses de repercussão geral já apreciadas, há redução de recursos encaminhados ao STF.

O Gráfico 1 expressa essa realidade.

GRÁFICO 1 – RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS NO STF ENVOLVENDO TERCEIRIZAÇÃO – 1991 A 2020*



FONTE: Elaboração própria, com dados do Supremo Tribunal Federal (2020).

*São considerados os recursos ajuizados até 1º de novembro de 2020.

Um deles, paradigmático, é o ARE 713.211, referido na introdução deste capítulo. Trata-se de Ação Civil Pública proposta pelo MPT em que a Celulose Nipo-Brasileira S/A (Cenibra) opôs Recurso Extraordinário a

[46] CPC, artigos 1.035 e seguintes, e Regimento Interno, artigos 327 e 328.

decisão do TST que, não recebido, chegou ao STF pela via do AI. Em 23 de setembro 2014, a pedido da Contax S/A, da Associação Brasileira de Telesserviços (ABT) e da Federação Brasileira de Telecomunicações, o relator suspendeu os processos que discutem terceirização em *call centers,* atingindo milhões de trabalhadoras e trabalhadores. Aprovada por maioria a modalidade de julgamento em sede de repercussão geral, em sua tramitação o ARE 713.211 foi substituído pelo RE 958252, Tema 725, o *leading case*[47]. O argumento empresarial da inconstitucionalidade da Súmula nº 331 do TST – que, ao proibir a terceirização na atividade-fim, estaria a ferir o princípio da "livre iniciativa" – foi acolhido pelo STF, que, julgando o feito, por maioria[48] fixou a tese (Tema 725). A ela se retornará posteriormente.

O STF, em julgamento de agosto de 2018, em decisão contraposta à Súmula 331 do TST, legitimou a terceirização sem limites[49], aliás incorporada pela "reforma" objeto deste estudo, estendendo essa decisão a processos anteriores à Reforma Trabalhista, como o próprio RE 958252, ajuizado na Justiça do Trabalho em 2006[50]. O acórdão, nesse caso, evidencia que o valor primordial protegido está na "liberdade" da concorrência e da livre iniciativa, como se a Constituição de 1988 as consagrasse como direitos absolutos. No entanto, não o faz, eis que condiciona a livre iniciativa ao valor social do trabalho e ao respeito à dignidade humana, não sendo uma Constituição liberal como fora a de 1891. Nesse julgamento, o voto do ministro Gilmar Mendes, que invoca

[47] *Leading case* é caso líder, ao qual ficam subsumidos outros casos análogos e que deverão ter a mesma sorte.

[48] Prevaleceu o voto do ministro Luis Fux, ficando vencidos três ministros – um deles, Rosa Weber.

[49] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 958252*. Plenário. Redator Ministro Luiz Roberto Barroso. Julgamento: 30/8/2018. Publicação: 6/9/2018. Acórdão.

[50] Na Justiça do Trabalho sob o número nº 126140-27.2006.5.03.0013.

Ronald Coase e seus *custos de transação*[51], filia-se à teoria da prevalência dos mercados como lócus da produção normativa, dizendo:

> [...]
> O modo como a indústria se organiza depende da relação entre os custos de realização de transações no mercado e os custos de organizar as mesmas operações dentro daquela firma que possa realizar essa tarefa com o menor custo. [52]

Na compreensão do voto, a atuação da empresa se pauta pelo caminho menos oneroso do ponto de vista dos custos de transação, com o argumento de que, sendo menos oneroso, será a via eleita para conduzir os negócios. Assim, sem avaliar o sistema jurídico que a Constituição inscreve, atribui ao "mercado" o lócus da precificação. Reconhece, ainda, a "constitucionalidade da terceirização de atividades inerentes à atividade-fim por se revelar instrumento de equalização dos agentes de mercado envolvidos, atendendo, portando, às diretrizes constitucionais acima citadas". Esse entendimento fixou a tese da plena liberdade para terceirizar em atividade-fim. Em voto vencido, a ministra Rosa Weber, à luz da Constituição e de seus princípios, sublinha que os direitos fundamentais devem prevalecer. Transcreve-se parte dos fundamentos desse voto que, conquanto vencido, evidencia haver internamente no STF nichos e contradições:

> [...]
> Embora a terceirização, em todas as suas formas, implique, a rigor, na maioria das vezes, precarização, o fenômeno tem se ampliado como forma de diminuição de custos, prestação de serviços com maior eficiência,

[51] COASE, 2020, p. 63.

[52] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 958252*. Plenário. Redator Ministro Luiz Roberto Barroso. Julgamento: 30/8/2018. Publicação: 6/9/2018. Voto do Ministro Gilmar Mendes.

> produtividade e competitividade, que são objetivos intensamente buscados em tempos de globalização. Para atingir esses objetivos desconsideram-se, frequentemente, pelos empregadores e tomadores dos serviços, os limites legais impostos com o fim de resguardar os direitos sociais e o valor constitucional do trabalho (CF, artigos 1º, IV, e 170, caput) e assegurar, em última análise, a incolumidade do princípio da dignidade humana, que já se disse, com propriedade, ser o "direito fundamental de todos os direitos fundamentais [...] Tal intermediação – em que o trabalho humano se torna produto suscetível de ser comprado e vendido – constitui uma das piores fraudes à aplicação dos direitos trabalhistas, pois visa a retirar a incidência de todo o arcabouço da respectiva legislação, de ordem pública, que tutela as relações de emprego. Essa fraude implica não apenas afronta a dois dos cinco fundamentos da República – a dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho –, mas também ofensa aos direitos sociais da coletividade dos trabalhadores e à organização geral do trabalho como um todo.[53]

Relativamente à terceirização na administração pública, no RE 760931 – em que a União Federal recorreu de decisão do TST que confirmara o acórdão do TRT2 reconhecendo sua responsabilidade pelas verbas trabalhistas devidas pela empresa Evolution Administradora de Serviços Terceirizados Ltda. à trabalhadora recorrida Priscila Medeiros Nunes – o STF, em sede de repercussão geral, em 26 de abril de 2017, com trânsito em julgado em 2 de outubro de 2019, no *leading case*, Tema 246, fixou a tese:

> [...] O inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não transfere automaticamente ao poder público contratante a responsabilidade pelo seu pagamento, seja em caráter solidário ou subsidiário, nos termos do artigo 71, § primeiro da Lei 8666/93 (Tema 246).

[53] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 958252*. Plenário. Redator Ministro Luiz Roberto Barroso. Julgamento: 30/8/2018. Publicação: 6/9/2018. Voto da Ministra Rosa Weber.

Importante referir à decisão do STF na ADPF 324, proposta em agosto de 2014 pela Associação Brasileira do Agronegócio (ABAG). Distribuída ao ministro Roberto Barroso, a ADFP pede, com efeito vinculante, o reconhecimento da inconstitucionalidade de interpretações da Justiça do Trabalho que vedam a terceirização sem legislação que a proíba, e que estariam a violar os princípios constitucionais da legalidade e da livre iniciativa. O julgamento, finalizado em 30 de agosto de 2018, reportou-se à repercussão geral reconhecida sobre o mesmo tema no ARE 713.211 (que foi substituído pelo *leading case* 958.252), Tema 725[54], transcrita na introdução a este capítulo, e que legitima a ampliação do uso da terceirização para quaisquer atividades empresariais, sendo vencidos os ministros Edson Fachin, Rosa Weber, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio. Em seu voto vencido, a ministra Rosa Weber sublinha que a livre iniciativa está acompanhada do valor social do trabalho e que a Justiça do Trabalho aplicou os direitos e garantias constitucionais ao identificar a terceirização ilícita. Depois dessa decisão, objeto de embargos declaratórios, a Subseção I Especializada em Dissídios Individuais (SDI-1) do TST, que uniformiza as decisões entre turmas, concluiu que, descumpridas as obrigações trabalhistas pelo contratante direto, órgão público, este deve comprovar ter fiscalizado os pagamentos[55], forte no princípio da aptidão à prova cujo ônus de produzir é de quem tem melhores condições.

4. As decisões judiciais no âmbito do TST e do STF: renovando o diálogo

[54] Aguarda no STF decisão de embargos declaratórios

[55] BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Notícias*: Terceirização no setor público: cabe ao contratante comprovar fiscalização do contrato*. Disponível em http://www.tst.jus.br/web/guest/noticias/-/asset_publisher/89Dk/content/id/25061722.Acesso 14 de out/20.

Para se proceder ao diálogo entre as decisões do TST e do STF envolvendo terceirização, pesquisa em andamento busca estudar acórdãos do STF a partir dos mesmos subperíodos da pesquisa junto ao TST para o setor eletrônico, não limitando, porém, agora, a um setor específico: novembro/2015-novembro/2017; novembro/2017- novembro/2019; e novembro/2019–novembro/2020. Os resultados, ainda que iniciais, são relevantes para este capítulo. Com a palavra-chave "terceirização", obteve-se 2382 recursos sobre o tema. Desse universo, selecionaram-se os recursos do tipo ARE e RE, obtendo-se os acórdãos que, uma vez analisados, permitem que se persiga a trajetória desses processos em suas instâncias judiciais, incluída a tramitação na Justiça do Trabalho, sendo necessário, para tanto, proceder à investigação em distintos sistemas. Isso porque os bancos de dados dos processos da Justiça do Trabalho (que têm o mesmo número desde que ajuizados até chegar ao TST) e aqueles que tramitam no STF são separados e, inclusive, com números diferentes. A partir desse recorte, chegou-se a 291 recursos tramitando no STF entre novembro/ 2015 e outubro/2020.

Agrupados os recursos nos subperíodos, seguem os percentuais:

1º subperíodo: novembro/2015 – novembro/2017 = 48%;
2º subperíodo: novembro/2017 – novembro/2019 = 51%;
3º subperíodo: novembro/2019 – outubro/.2020 = 1%.

Como, em face do limite de tempo para elaboração deste capítulo, seria inviável analisar esses 291 recursos, comparando-se as decisões do STF com aquelas do TST, optou-se, provisoriamente, pela amostra estratificada desse universo, buscando-se, aleatoriamente, amostragem indicativa da postura do STF quanto à terceirização. Assim, passaram a compor a amostra 51 recursos (ARE e RE) de decisões do TST

encaminhados ao STF. No entanto, quando estudados, verificou-se que três deles não se referem especificamente à terceirização, ficando a amostra composta por 48 recursos. Como referido, trata-se de pesquisa que precisa ser aprofundada para, com maior refinamento, se possa compreender como essas instituições se posicionam diante do fenômeno. Mas os primeiros estudos permitem apresentar alguns dados gerais.

Observa-se que muitos dos processos da amostra foram devolvidos pelo STF ao TST por distintos motivos, relacionados no quadro a seguir: 79,17% no primeiro subperíodo e 69,6% no segundo período. As razões dessas devoluções decorrem, em boa parte (há questões processuais que podem impedir o conhecimento do ARE ou do RE), de julgamentos em sede de repercussão geral, quando, no STF, é determinada a remessa ou devolução ao TST, que sobrestará tanto o Recurso Extraordinário (RE) quanto o Agravo de Instrumento (ARE), interposto quando não admitido o RE – isso quando o julgamento definitivo da repercussão geral não tenha ainda ocorrido.

Por outro lado, já tendo havido julgamento, o TST deve adequar a decisão à tese da repercussão geral. Quando o STF fixa na decisão a tese de repercussão geral, o TST reexaminará seu acórdão anterior, podendo: i) negar seguimento ou provimento quando a decisão no TST coincidiu com a tese fixada pelo STF; ii) reexaminar o decidido quando o acórdão objeto do RE, agora devolvido, contrariar a tese fixada, para que ocorra a adequação da decisão anteriormente proferida. Quando a repercussão geral ainda não foi apreciada pelo STF, o TST sobresta o feito, retomando-o após a decisão do STF para, então, aplicar a tese firmada, se for o caso. O quadro que segue resume como o STF se posicionou em relação aos recursos – ARE e RE – no período da amostra.

QUADRO 1 – DECISÕES DO STF EM ARE E RE, CONSIDERADA A DATA DA DISTRIBUIÇÃO DO RECURSO NO STF – PERÍODO DA AMOSTRA

Solução das ações no STF	Nov. 2015 a nov. 2017	Nov. 2017 a nov. 2019	Nov. 2019 a nov. 2020
Deu provimento ao RE (REPERCUSSÃO GERAL TEMA 725[56])	1	0	0
Deu parcial provimento ao RE (REPERCUSSÃO GERAL TEMA 246[57])	1	0	0
O STF negou seguimento ao ARE, em razão de ausência de pressuposto recursal	4	6	1
STF reconheceu a repercussão geral e determinou a remessa ao TST	18	17	0

FONTE: Elaboração própria (2020).

Essa démarche evidencia o quanto as decisões do STF podem submeter o TST, apesar da competência constitucional da Justiça do Trabalho para dirimir os conflitos do trabalho. Importante ainda registrar que o STF, ao não conhecer (negando seguimento) do AI ou do RE, por não preenchidos pressupostos recursais, deixa de apreciar o mérito, devolvendo o processo ao TST, cuja decisão, nesse caso, prevalece. Nos recursos em que o STF reconhece haver tese definida em repercussão geral, o RE não é examinado, sendo determinado o retorno ao TST para adequação do julgamento à tese fixada pelo STF. Nesse caso, poderá haver juízo de retratação pelo TST, quando a decisão anteriormente por ele proferida se mostrar contrária à tese definida na repercussão geral. Portanto, pode (ou não) o TST se retratar. Mas se constatar que a decisão antes proferida está de acordo com a tese da repercussão geral, ela será mantida, finalizando o andamento do processo.

Buscou-se, na amostra, exemplos dessas situações, sobretudo para se analisar o grau de submetimento de uma Corte em relação a outra, bem

[56] Tema 725 – transcrito anteriormente.

[57] Tema 246 – transcrito anteriormente.

como os argumentos usados por ambas e as diferenças de entendimentos. No processo nº 0074400-03.2013.5.21.0007, por exemplo, o TST negou provimento ao AI e, por decorrência, não conheceu do RR, sendo mantida a decisão do regional que reconhecera a responsabilidade subsidiária do ente público, condenado ao pagamento das parcelas trabalhistas. No caso, o STF, ao analisar o RE, não o julgou, determinando retorno ao TST para adequar a decisão ao Tema 246, fixado em repercussão geral. Nesse caso, o TST não exerceu o juízo de retratação antes referido, por concluir que sua decisão, objeto do RE, não contrariara a tese fixada pelo STF, Tema 246, sendo mantida, assim, a responsabilidade do ente público que terceiriza.

No processo nº 0000348-08.2012.5.06.0001, o TST, ao negar provimento ao AI/RR, manteve a decisão do regional que reconhecera a existência de vínculo de emprego direto com a tomadora, em face da pessoalidade e subordinação direta. Dessa decisão, a empresa recorreu ao STF via RE. O STF, no entanto, devolveu o processo ao TST, dada a repercussão geral, Tema 725. No entanto, esse processo está sobrestado no TST desde 5 de dezembro de 2018, aguardando decisão final do STF.

Já no processo nº 0127500-96.2003.5.01.0032, em que o TST negara provimento ao AI/RR, mantendo a decisão do Regional que reconheceu o vínculo de emprego direto com a tomadora, o RE interposto pela empresa dessa decisão levou o processo ao STF, que, em face da repercussão geral, Tema 739[58], determinou seu retorno ao TST para adequação ou não (juízo de retratação). Somente em 4 de março de 2020 os autos foram conclusos

[58] Tema 739 – É nula a decisão de órgão fracionário que se recusa a aplicar o art. 94, II, da Lei 9.472/1997, sem observar a cláusula de reserva de Plenário (CF, art. 97), observado o art. 949 do Código de Processo Civil – SÚMULA 331 DO TST. Transitou em julgado em 2 de outubro/2019. Pela reserva de Plenário, o julgamento da inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público por tribunal se dá pela maioria absoluta de seus membros ou do órgão especial.

para, no TST, ser ou não exercido esse juízo em face da repercussão geral, Tema 739. O processo ainda está sem definição.

Dos processos sobrestados no TST que tratam da terceirização, chama a atenção o acórdão proferido no processo 10440-86.2009.5.03.0016[59] pelo TST no juízo de retratação, em 5 de junho de 2019. Alterando o que anteriormente fora decidido, a 8ª Turma do TST, por unanimidade de votos, processou o RR interposto do acórdão do Regional, dando-lhe provimento para declarar a licitude da terceirização e, assim, afastar o reconhecimento do vínculo de emprego com a tomadora. Mas mesmo ao assim proceder, alterando o decidido anteriormente, o TST fez um registro quanto à licitude da terceirização definida pelo STF, fazendo constar da ementa, que se transcreve em parte:

> [...]
> 5. Entretanto, não obstante a licitude da terceirização em todas as etapas do processo produtivo, seja meio ou fim, por certo que, na hipótese de descumprimento das obrigações trabalhistas por parte da empresa contratada, a empresa tomadora dos serviços será responsabilizada de forma subsidiária pelo pagamento da remuneração e das demais verbas trabalhistas devidas, sendo certo, ainda, que a conclusão do Supremo Tribunal Federal de licitude da terceirização não impede que eventuais abusos decorrentes da referida terceirização sejam apreciados e decididos pelo Poder Judiciário, de modo a garantir os direitos trabalhistas dos trabalhadores terceirizados, pois o remate no sentido da licitude da terceirização não pode resultar na precarização das relações de trabalho, tampouco na desproteção do trabalhador.[60]

[59] BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *RR 10440-86.2009.5.03.0016*. 8ª Turma. Relatora Ministra Dora Maria da Costa. Julgamento em 5 de Junho de 2019. Publicação do acórdão em DEJT 07/06/2019. Acórdão.

[60] BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *RR 10440-86.2009.5.03.0016*. 8ª Turma. Relatora Ministra Dora Maria da Costa. Julgamento em 5 de Junho de 2019. Publicação do acórdão em DEJT 07/06/2019. Acórdão.

Portanto, embora se tenha adequado a decisão à repercussão geral, o TST manifestou expressamente que a decisão proferida pelo STF não pode impedir a apreciação pelo Judiciário Trabalhista de eventuais abusos decorrentes da terceirização, ressaltando que "o remate no sentido da licitude da terceirização não pode resultar na precarização das relações de trabalho, tampouco na desproteção do trabalhador"[61].

Essas decisões, conquanto seja necessária a continuidade da investigação, já evidenciam como o STF tem decidido em temas envolvendo a terceirização, reformando acórdãos do TST fundamentados, inclusive, em súmulas reconhecidas como inconstitucionais em sede de repercussão geral, por voto da maioria, como se viu. E, ainda, como, ao julgar em sede de repercussão geral, coloca obstáculos ou mesmo dificuldades por vezes intransponíveis ao TST na sua forma de compreender o fenômeno e de, conforme lhe é constitucionalmente atribuído, julgar a controvérsia. Por outro lado, o estudo desde logo desnuda a evidente dissintonia entre as duas Cortes.

Considerações finais

Este capítulo, olhando para decisões do STF, em diálogo com algumas proferidas pelo TST, tendo como objeto a terceirização, buscou demonstrar que as decisões do STF, em boa parte antessala da "reforma" trabalhista de 2017, têm, em sede de repercussão geral, fixado teses que se contrapõem ao que a Justiça do Trabalho vinha decidindo sobre temas que lhes são constitucionalmente afetos, como foco na terceirização e na definição das responsabilidades trabalhistas da contratante original. Assim, a Suprema Corte retira, por assim dizer, a voz do TST, tendo como

[61] Idem.

principal fundamento a preservação da "livre iniciativa", em detrimento da proteção social do trabalho.

A Justiça do Trabalho brasileira, criada pela Constituição de 1934 – tendo como embriões as Juntas de Conciliação e Julgamento de 1932 –, decretada em 1939, instalada em 1941 e integrante do Poder Judiciário a partir de 1946, foi constituída para dar eficácia a um direito novo que se internacionalizava, profundamente social, fundamentado em princípios próprios que lhe dão fisionomia. Ao longo de sua história, com dificuldades e marcadas contradições, essa Justiça lutou para dar efetividade a esse direito que, buscando superar as abissais desigualdades entre comprador e vendedor da força de trabalho, colocou limites à ação desigualadora do capitalismo. Não à toa, tanto o Direito do Trabalho quanto a Justiça do Trabalho e demais instituições públicas do mundo do trabalho – sistemas de fiscalização e organizações sindicais – têm sido objeto de ataques e acirradas críticas. Obstáculos ao livre trânsito do desejo insaciável de acumulação de riqueza abstrata que move o capitalismo desde que constituído, essas instituições são elementos centrais da "reforma" trabalhista que, reforçada por subsequentes Medidas Provisórias, inverte as fontes prevalentes dos direitos trabalhistas, migrando da regulação pública universal para o contrato individual de trabalho.

A Lei 13.429, que alterou disposições da Lei 6.019/74 (lei do trabalho temporário) e a "reforma" trabalhista (Lei 13.467), ambas de 2017, ampliaram as possibilidades do uso da terceirização para todos os setores da economia. Descartaram, assim, os freios ou limites colocados por entendimentos sumulados do TST, especificamente a Súmula 331, de dezembro de 1993, que reconheceu a terceirização como legítima apenas nas atividades não essenciais à contratante principal, as atividades-meio, vedando-a nas atividades-fim, ou seja, naquelas permanentemente necessárias à tomadora, esta subsidiariamente responsável pelos direitos

dos terceirizados nas terceirizações "lícitas". Ao concretizar a jurisprudência trabalhista, a súmula afirmou ainda a ilegalidade da locação de mão de obra e apontou para a existência de relação de emprego direta com a tomadora quando evidenciadas subordinação e pessoalidade. O TST, contrariamente ao apregoado pelos defensores da "reforma", visou com a Súmula 331 à segurança jurídica, resguardando garantias mínimas aos trabalhadores submetidos à terceirização, forma de contratar altamente precarizadora das relações de trabalho.

Ao proceder a um diálogo entre decisões do TST e as do STF em disputas envolvendo a terceirização, o capítulo evidencia as distintas visões entre essas duas Cortes: o TST, colocando freios e limites a essa forma desigualadora e precarizante do uso da força de trabalho; o STF, permitindo-a a todos os setores econômicos, com fundamento, entre outros, na preservação da "livre iniciativa" como valor absoluto, não condicionado à dignidade humana e ao valor social do trabalho, como faz a Constituição de 1988. Dessa forma, retira a força normativa da Constituição e silencia a fala do TST em sua incumbência constitucional.

Além disso, a partir de um conjunto de dados e estudos sobre a terceirização, o capítulo traz ao debate alguns elementos que apontam para a necessidade de se aprofundar a discussão sobre a importância de uma regulação pública universal e de instituições que, dando-lhe eficácia, coloquem limites à ação disruptiva do capitalismo ou apontem para saídas rumo a uma sociedade mais justa e menos desigual. São análises que, conquanto demandem continuidade na investigação, evidenciam como o STF tem decidido quando o tema são direitos dos trabalhadores para, com foco na terceirização, reformar decisões do TST fundamentadas em súmulas, atuando, por vezes, como antessala de uma "reforma" que não cumpriu com suas promessas. Ao contrário, tem contribuído para aprofundar iniquidades e acirrar as assimetrias.

Ao se trazer esse tema e esses elementos ao debate, evidencia-se a importância e a necessidade de, desnudados os argumentos dos que afirmam estarmos diante de um movimento "natural" e "irreversível" em direção ao progresso e à autonomia do indivíduo, refletir-se sobre a adoção de um sistema público de regulação que a todos incorpore. Regulação essa que contribua para a redução das desigualdades, colocando freios à ação predatória do capitalismo.

Referências

BELLUZZO, Luiz G. *O capital e suas metamorfoses*. São Paulo: Editora Unesp, 2013.

BIAVASCHI, Magda B. *O Direito do Trabalho no Brasil – 1930-1942*: a construção do sujeito de direitos trabalhistas. São Paulo: LTr, 2007.

BIAVASCHI, Magda B.; BALTAR, Paulo de A. *A Terceirização e a Justiça do Trabalho*. Campinas: Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo, 2009. Disponível em https://www.trt4.jus.br/portais/media/431601/A_terceirizaAcao_e_a_justiAca_do_trabalho_26deoutubrode2009.pdf Acesso em 18 fev 2021.

BIAVASCHI, Magda B.; BALTAR, Paulo de A. *A Terceirização e a Justiça do Trabalho:* diversidades regionais. Campinas: Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo, 2010. Disponível em: https://www.trt4.jus.br/portais/media/431603/RELATRIO_FINAl_diversidades_regionais_versAao__enviada_paraaA%25C2%25A6.pdf .Acesso 17 dezembro/2020

BIAVASCHI, Magda B.; TEIXEIRA, Marilane O. A Reforma Trabalhista Brasileira na Dinâmica da Economia. Século XXI, *Revista de Ciências Sociais*, v. 8, nº2, p. 477-518, jul./dez. 2018.

BIAVASCHI, Magda B; DROPPA, Alisson. A história da súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho: a alteração na forma de compreender a terceirização. *Revista Mediações,* Londrina, v. 16, n.1, p. 124-141, Jan./Jun. 2011.

BIAVASCHI, Magda B; SANTOS, Anselmo Luis dos; DROPPA, Alisson. A dinâmica da experiência regulamentação da terceirização no Brasil: as súmulas do Tribunal Superior do Trabalho, os projetos de lei e as decisões do Supremo Tribunal Federal. *Revista Política e Trabalho*, nº 41, p 121-145, 2014.

BIAVASCHI, Magda B; TEIXEIRA, Marilane O. A terceirização e seu dinâmico processo de regulamentação no Brasil: limites e possibilidades. *Revista da ABET*, v. 14, n. 1, Jan/Jun. 2015.

BIAVASCHI, Magda Barros; DROPPA, Alisson. *Os acórdãos do Tribunal Superior do Trabalho como fonte de pesquisa:* relato de Nacional de História. ANPUH, Florianópolis, 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal Ação Direta de Constitucionalidade, *ADC nº16*. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627165 . Acesso em 08 de out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 958252*. Plenário. Redator Ministro Luiz Roberto Barroso. Julgamento: 30/8/2018. Publicação: 6/9/2018. Acórdão.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF 324*. Plenário. Redator Ministro Luiz Roberto Barroso. Julgamento: 30/8/2018. Publicação: 6/9/2018. Acórdão.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE 1121633. Acórdão. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5415427. Acesso em 18 de dezembro de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 760.931. Acórdão. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4434203.Acesso em 08 de out.2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Agravo de Instrumento AIRR - 10555-43.2014.5.15.0002. Acórdão. Disponível em: https://jurisprudencia.tst.jus.br/#38d27eeacb97d7e1da65316e1b5d04e6 . Acesso: 08 de outubro/2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. RR 10440-86.2009.5.03.0016. 8ª Turma. Relatora Ministra Dora Maria da Costa. Julgamento em 5 de Junho de 2019. Publicação do acórdão em DEJT 07/06/2019. Acórdão.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Notícias: *Terceirização no setor público: cabe ao contratante comprovar fiscalização do contrato*. Disponível em: http://www.tst.jus.br/web/guest/noticias/-/asset_publisher/89Dk/content/id/25061722 . Acesso em out. 2020.

CARDOSO DE MELLO, João. *Capitalismo Tardio. Brasiliense*, São Paulo, 1990.

CASTRO GOMES, Ângela Maria de; PESSANHA, Elina Gonçalves da Fonte. *Trajetória de Juízes.* Org. Memorial da Justiça do Trabalho no RS. Porto Alegre: Editora Porto Alegre, 2010.

COASE, Ronald. *A firma, o Mercado e o Direito*. Rio de Janeiro, ed. Travessa, 2016.

FONTELLE, Luís Eduardo S. "Terceirização Mortal". *Trabalho além da Barbárie, Justificando*, 26 nov/2020. Disponível em: http://www.justificando.com/2020/11/26/terceirizacao-mortal . Acesso em 18 fev 2021.

KREIN, José Dari; GIMENEZ, Denis Maracci; SANTOS, Anselmo Luis dos. *Dimensões críticas da reforma trabalhista no Brasil*. Campinas, SP: Curt Nimuendajú, 2018.

TEIXEIRA DA SILVA, Fernando. *Trabalhadores no Tribunal:* Conflitos e Justiça do Trabalho em São Paulo no contexto do golpe de 1964. 2ª ed, rev e ampl. São Paulo: Alameda, 2019.

TEIXEIRA, Marilane Oliveira *et. al. Contribuição crítica à reforma trabalhista*. UNICAMP/IE/CESIT, Campinas, 2017.

VIANA, Oliveira. Problemas de Direito Corporativo. 2. ed. Brasília, Câmara dos Deputados, 1983.

Capítulo 3

O STF e a terceirização: o julgamento da ADI 5685 e da ADI 5695 quanto à constitucionalidade da terceirização irrestrita (Lei 13.429/2017 e Lei 13.467/2017)

Renata Queiroz Dutra [1]
João Gabriel Pimentel Lopes [2]

1 Introdução

O julgamento das ADIs 5685 e 5695, que nos competiu analisar neste capítulo, fecha um longo ciclo do Supremo Tribunal Federal (STF) em relação à terceirização. Além de diversas questões específicas atinentes ao tema, como a terceirização na Administração Pública (ADC 16), a terceirização em empresas concessionárias de serviços de energia elétrica (ADC 26), a terceirização por meio da permissividade da execução de serviços públicos através de organizações sociais (ADI 1923), assistiu-se a um enredo muito específico do STF em relação ao que se denomina de terceirização irrestrita, ou seja, à possibilidade de contratação trabalhista de forma terceirizada, independentemente de filtros com relação ao tipo de atividade subcontratada, no setor privado e também no âmbito das empresas públicas e sociedade de economia mista.

A matéria, historicamente equacionada pelo Tribunal Superior do Trabalho (TST) por meio da Súmula nº 331, que estabeleceu a distinção entre atividades-meio e atividades-fim como critério para admitir ou

[1] Professora adjunta de Direito do Trabalho da Universidade de Brasília. Professora permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Brasília (Capes 6). Doutora e mestra em Direito pela UnB. Integrante da coordenação da REMIR – Rede de Estudos e Monitoramento Interdisciplinar da Reforma Trabalhista e coordenadora do Projeto de Extensão "Observatório Trabalhista do STF", desenvolvido no âmbito da Universidade de Brasília. Pesquisadora do CRH/UFBA.

[2] Mestre em Direito, Estado e Constituição pela UnB. Advogado trabalhista e sindical.

repudiar a terceirização, não contou, em um primeiro momento, com a intervenção do STF, que, por meio do exame de admissibilidade dos recursos extraordinários, manifestava o entendimento de que as discussões atinentes à Súmula n 331 constituíam tema infraconstitucional[3].

Esse perfil de entendimento foi alterado a partir de 2014, no calor dos debates congressuais em torno do PL 4.330, proposta legislativa que se encontrava em debate à época e que objetivava criar previsão legal para a terceirização de atividades finalísticas, com limitações das responsabilidades das contratantes. Rompendo com a jurisprudência afirmada na década anterior, em 19/5/2014, no bojo do ARE nº 713.211/MG[4], o STF reconheceu a repercussão geral de Recurso Extraordinário que questionava a constitucionalidade da tese restritiva da terceirização de atividade-fim, por violação da liberdade de contratação, supostamente inserida no art. 5º, II, da Constituição Federal.

Em atuação atípica e tardia (em sede de Embargos de Declaração), o relator do caso, ministro Luiz Fux, reviu o entendimento anterior da Corte e concluiu pela repercussão geral da matéria, numa atuação que caracteriza o Supremo como *player* político. Uma vez diagnosticada a indefinição legislativa em relação à questão da terceirização, o STF transmitiu aos atores que se articulavam em torno do debate legislativo a clara mensagem de que, a persistir o impasse na arena política, atribuiria a si próprio a definição a respeito dos limites concretos da livre iniciativa nos contratos de trabalho. À época, a atuação do STF surtiu efeito e houve

[3] Nesse sentido, por exemplo, os seguintes precedentes do Supremo Tribunal Federal: ARE 646.813 (Relator: ministro Ayres Britto, DJ 26.8.2011), ARE 657.318 (Relatora: ministra Carmen Lúcia, DJ 11.10.2011), AI 816.211 (Relatora: ministra Carmen Lúcia, DJ 15.10.2010), ARE 648.316 (Relator: ministro Gilmar Mendes, DJ 648.316), ARE 647.434 (Relator: ministro Dias Toffoli, DJ 16.8.2011), ARE 646.825 (Relator: ministro Luiz Fux, DJ 7.12.2011).

[4] BRASIL, 2014.

aprovação do PL 4330 na Câmara dos Deputados em abril de 2015, em um dos marcantes episódios políticos que precederam o golpe de 2016.

Deposta a presidenta Dilma Rousseff (PT) e diante da ascensão de Michel Temer (MDB), com uma nova agenda política e econômica para o país[5], a discussão sobre terceirização no âmbito do Poder Legislativo sofreu uma guinada, que culmina, em velocidade ímpar, na aprovação da Lei nº 13.429/2017, a qual abria margem para interpretação questionável no sentido de autorizar a terceirização de atividade-fim. Por fim, a Reforma Trabalhista (Lei nº 13.467/2017), aprovada meses depois, chancelou expressamente tal possibilidade.

Já na vigência dessa normatização e diante da agitação e insegurança jurídica por ela ocasionadas na Justiça do Trabalho, no âmbito da qual se multiplicavam teses quanto à inconstitucionalidade dos referidos instrumentos normativos, o STF voltou a se pronunciar. Com novo fôlego diante de uma atuação cada vez mais incisiva em relação à matéria trabalhista, numa perspectiva liberalizante[6], a Corte Constitucional procedeu ao julgamento da ADPF nº 324, em agosto de 2018.

O julgamento da referida ação, o qual foi combinado com o provimento ao Recurso Extraordinário nº 958.252, com repercussão geral, terminou por estabelecer a tese de que "é lícita a terceirização ou qualquer outra forma de divisão do trabalho entre pessoas jurídicas distintas, independentemente do objeto social das empresas envolvidas, mantida a responsabilidade subsidiária das empresas contratantes"[7].

---

[5] Parcela significativa dessa agenda fora anunciada ainda às vésperas da ruptura política entre PT e MDB, no documento intitulado *Uma ponte para o futuro*, elaborado pela Fundação Ulysses Guimarães, comandada pelo partido do então vice-presidente.

[6] Nesse sentido, conferir o mapeamento realizado por Jorge Luiz Souto Maior em *O que é isso companheir@s?* (SOUTO MAIOR, 2017).

[7] BRASIL, 2018.

O julgamento proferido pelo Supremo Tribunal Federal manifestou entendimento permissivo em relação às práticas de contratação terceirizada, veiculando interpretação jurídica no sentido de que, *mesmo antes do advento da Lei nº 13.467/2017*, seria possível interpretar o ordenamento jurídico e concluir pela possibilidade de contratação terceirizada, independentemente da atividade envolvida (se atividade-fim ou atividade-meio). Nesse episódio, o STF não apenas desconstruiu o entendimento jurisprudencial do Tribunal Superior do Trabalho, que havia mais de 20 anos vinha sendo aplicado ao tema (Súmula nº 331 do TST), como também antecipou seu juízo de constitucionalidade sobre o texto da Lei nº 13.467/2017, que não era objeto da ADPF nem do RE[8].

Diante do significativo paradigma estabelecido a respeito da matéria da terceirização irrestrita no julgamento da ADPF 324 e do Recurso Extraordinário nº 958.252, o ano de 2020 trouxe consigo a reiteração e a radicalização discursiva do entendimento estabelecido desde 2018, com a decisão, pelo Plenário do STF, das ADIs 5685 e 5695, em que a Corte enfrentou a arguição de inconstitucionalidade dos dispositivos das Leis nº 13.429 e 13.467/2017 que tratavam da terceirização irrestrita.

Neste capítulo, analisaremos o julgamento das ADIs 5685 e 5695, em junho de 2020, considerando em que medida ele reproduz os fundamentos já externados no julgamento da ADPF 324 e do Recurso Extraordinário nº 958.252, e sobretudo lançando luz sobre o voto do relator, ministro Gilmar Mendes, que delineia, em sua fundamentação, um posicionamento condizente com a matriz econômica neoliberal e dissonante em relação à perspectiva constitucional dos direitos sociais. Também serão ponderados os fundamentos apresentados pelos ministros que ficaram vencidos no julgamento, de modo a retratar o tensionamento existente na Corte em

[8] DUTRA; DELGADO, 2019.

relação à matéria trabalhista, de forma geral, e à terceirização em especial. Por último, refletiremos sobre os significados jurídico-políticos desse julgamento e as sinalizações que ele representa para uma atuação justrabalhista do STF.

2. Requentando o julgamento da ADPF 324 e do RE 958.252

A ADPF nº 324[9] foi suscitada pela Associação Brasileira de Agronegócio (ABAG), com o objetivo de questionar a constitucionalidade das decisões proferidas pela Justiça do Trabalho que tiveram como base a Súmula nº 331 do TST, quanto à restrição da possibilidade de terceirização das chamadas atividades-fim. Assim, a requerente alegou ter havido violação dos princípios constitucionais da legalidade, da livre iniciativa e da valorização do trabalho. Tal julgamento foi combinado com o provimento ao Recurso Extraordinário nº 958.252, da empresa Cenibra, de Minas Gerais, com repercussão geral, também questionadora da constitucionalidade do entendimento concernente à ilicitude da terceirização de atividade-fim.

A tese adotada pelo relator, ministro Barroso, no julgamento, em síntese, foi a de que: 1) é lícita a terceirização de toda e qualquer atividade, meio e fim, não se configurando relação de emprego entre a contratante e o empregado da contratada; 2) na terceirização, compete à contratante verificar a idoneidade e a capacidade econômica da terceirizada e apenas responder subsidiariamente pelo descumprimento das normas trabalhistas, bem como por obrigações previdenciárias.

Os ministros Roberto Barroso, Luiz Fux, Alexandre de Moraes, Dias Toffoli, Gilmar Mendes, Celso de Mello e Cármen Lúcia votaram a favor dessa tese, sendo que seus argumentos principais orientaram-se no

[9] Para uma análise mais aprofundada desse julgamento, consultar: DUTRA; MATOS, 2019.

sentido de que não há delimitação jurídica para a diferenciação entre atividade-meio e atividade-fim; de que a Constituição Federal vigente não traz proibições nesse sentido; de que, quando há a restrição da possibilidade de subcontratar, prejudica-se a efetivação de princípios constitucionais relacionados à propriedade e à liberdade de iniciativa; de que os custos com a força de trabalho interferem no desenvolvimento (notadamente na geração de empregos).

Assim, foi estabelecida a tese de que "é lícita a terceirização ou qualquer outra forma de divisão do trabalho entre pessoas jurídicas distintas, independentemente do objeto social das empresas envolvidas, mantida a responsabilidade subsidiária das empresas contratantes"[10].

Cabe aqui registrar os votos vencidos dos ministros Edson Fachin, Rosa Weber, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio, que propuseram o equacionamento da questão a partir da proteção dos direitos fundamentais trabalhistas.

A tese prevalecente se construiu por meio de um encadeamento de argumentos alinhados à matriz econômica neoclássica e centrados em um suposto interesse maior na criação de postos de trabalho (que, também supostamente, seria alcançada mediante a flexibilização das formas de contratação, a despeito das evidências empíricas em contrário[11]), associado a uma recusa ao reconhecimento da relação entre terceirização e precarização.

O julgamento, voltado às situações regidas pela normatividade vigente anteriormente à edição das Leis nº 13.429 e 13.467/2017, possui um efeito significativo em termos de política judiciária: já naquele momento de inicial vigência da Reforma Trabalhista, sinaliza para sua

[10] BRASIL, 2018.

[11] Por todos, consultar: FILGUEIRAS, 2019.

constitucionalidade, buscando conter os entendimentos contrários à reforma no âmbito da Justiça do Trabalho.

Por outro lado, confere à Reforma Trabalhista uma dimensão maior que a sua própria vigência, autorizando uma espécie de efeito retroativo, na medida em que a revisão tardia de um entendimento jurisprudencial consolidado pelo TST por duas décadas, mas sem modulação dos efeitos, permite que os passivos de processos judiciais e relações contratuais firmadas sob o marco normativo anterior envolvendo a temática sejam alcançados pelo novo entendimento.

Por fim, revelou ainda uma sinalização para a agenda político-econômica do Poder Executivo Federal que, poucos dias após esse julgamento, publicou o Decreto nº 9.507/2018, que disciplinou a terceirização de serviços na administração direta e indireta da União, passando a abranger também algumas atividades finalísticas.

Portanto, quando posteriormente, em junho de 2020, o STF chancelou o mesmo entendimento, declarando a constitucionalidade das Leis nº 13.429 e 13.467/2017, por meio do julgamento das ADIs nº 5.685 e nº 5.695[12], de relatoria do ministro Gilmar Mendes[13], houve uma repetição dos fundamentos proferidos no âmbito do julgamento da ADPF 324 e do RE 958.252.

Nesse julgamento, em que os ministros que apresentaram votos escritos reproduziram (em alguns casos, literalmente) as razões de decidir já manifestadas no julgamento da ADPF nº 324 e do RE nº 958.252, ficou assentada a improcedência da ADI, com a declaração de constitucionalidade dos dispositivos da Reforma Trabalhista que legitimaram a terceirização irrestrita.

---

[12] BRASIL, 2020.

[13] Cabe, novamente, registrar os votos vencidos dos ministros Edson Fachin, Rosa Weber, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio.

Os ministros Barroso e Fux, que haviam promovido fundamentações centrais em relação ao julgamento da ADPF nº 324 e do RE nº 958.252, por exemplo, apenas acompanharam o relator, sem juntada de voto. Também não juntaram fundamentos próprios os ministros Celso de Mello, Dias Tóffoli, Carmén Lúcia e Alexandre de Moraes, que apenas seguiram o relator no Plenário Virtual. Os ministros que ficaram vencidos no julgamento, por outro lado, reproduziram os votos que já haviam proferido no julgamento anterior (Marco Aurélio, Rosa Weber, Edson Fachin e Ricardo Lewandowski). Esse também foi o caso do relator, que reiterou o voto proferido em 2018, sobre o qual lançaremos luzes no próximo tópico.

3. A fundamentação do relator no julgamento da ADI 5685 e da ADI 5695

Nesse julgamento, que conferiu maior visibilidade à sua posição, em função da condição de relator, o ministro Gilmar Mendes adotou exatamente o mesmo voto que usou no julgamento da ADPF nº 324 e do RE nº 958.252, em agosto de 2018, tendo restado assentado, uma vez mais, que a Constituição não elegeu um modelo específico de produção e que não seria possível afirmar que a terceirização enseje necessariamente a precarização das relações de trabalho[14], sendo, ao contrário, um instrumento de "equalização dos agentes de mercado" (aqui incluídos os trabalhadores).

Inicialmente cumpre registrar que as inconstitucionalidades formais suscitadas, que se circunscreviam às controvérsias concernentes à possibilidade de um projeto de lei (PL nº 4302/98) arquivado pelo Poder Executivo ser retomado pelo Poder Legislativo, foram refutadas por

[14]Para referências em sentido oposto, consultar: DUTRA; DELGADO, 2019.

Mendes ao fundamento de que se tratava de questão *interna corporis*, descabendo ao STF interpretar o regimento interno das casas legislativas.

Avançando sobre o mérito, o relator iniciou seu voto mapeando que a controvérsia tem problemática de cariz mais sociológico que jurídico, razão pela qual promoveu um resgate histórico da sucessão de modelos produtivos, desde a escravidão até o momento presente. Culmina, então, em um olhar sobre as cadeias produtivas, sobre as novas dinâmicas econômicas e sobre a relevância dos custos de transação e da eficiência enquanto questões que devem ser administradas pelas empresas com liberdade.

O voto é amparado na recuperação histórica da reestruturação produtiva que superou o modelo fordista e afirmou o modelo pós-fordista como padrão de acumulação capitalista, o qual se assenta na descentralização produtiva e, por consequência, na terceirização. Assim, a terceirização é apresentada pelo relator como resultado desse processo histórico traduzido com ares de inexorabilidade: "Se as bases socioeconômicas são outras, devemos inevitavelmente conformar a disciplina em torno delas". O dado da transformação econômica é informado como se não coubesse o estabelecimento de limites e critérios para a validação desse processo, papel supostamente incumbido ao Direito e às instituições estatais. Há, portanto, uma perspectiva de inexorabilidade das alterações nos modelos produtivos, como se não coubesse ao Direito colocar limites às escolhas dos agentes econômicos, mas, sim, adequar-se a elas, inevitavelmente.

Sob essa perspectiva, consolida-se, por entendimento judicial, determinada concepção de uma sociedade modelada integralmente pela figura da empresa capitalista, em que as subjetividades dos trabalhadores, seus anseios e aspirações, em termos de direitos e conquistas econômicas e sociais, deixam de ser exarados pela expressão dos seus interesses

pessoais ou coletivos e passam a ser ditados pelo desejo puro e simples de certa *governamentalidade empresarial*. Nesse movimento, as políticas públicas de proteção ao trabalho restam substituídas pela dinâmica que seja mais interessante à dinâmica dos atores hegemônicos do mercado, aumentando a dependência pessoal e imediata de parcela significativa da sociedade que vive do trabalho dos interesses imediatos dos empregadores. Tal forma de conduzir a dinâmica social foi assim caracterizada por Dardot e Laval:

> A corrosão progressiva dos direitos ligados ao status de trabalhador e a insegurança instilada pouco a pouco em todos os assalariados pelas "novas formas de emprego" precárias, provisórias e temporárias, as facilidades cada vez maiores para demitir e a diminuição do poder de compra até o empobrecimento de frações inteiras das classes populares são elementos que produziram um aumento considerável do grau de dependência dos trabalhadores com relação aos empregadores[15].

Dando prosseguimento ao discurso de modelação do Direito às disposições circunstanciais do mercado, o relator requenta o discurso sobre os avanços tecnológicos e a especialização dos agentes econômicos ao tocar naquilo que denomina de "controverso critério jurisprudencial" sobre o que sejam atividades-meio e atividades-fim, que supostamente tornaria confusos os limites entre a terceirização lícita e a terceirização ilícita.

Em uma perspectiva desqualificante, remonta aos debates parlamentares que contestam o critério construído pelo TST sobre atividades fim e meio, e elenca, sem estipular quais os critérios de seleção daqueles julgados, uma sequência de ementas de jurisprudência do TST

[15] DARDOT; LAVAL, 2016, p. 329.

que supostamente seriam dissonantes entre si em relação ao enquadramento de atividades-meio ou fim.

Sobre a tentativa de apresentar como dificultosa a distinção entre atividade-meio e atividade-fim, cabe lembrar que essa limitação se constituía em um filtro mínimo, que dialogava com a própria defesa da terceirização feita pelos porta-vozes do capital na década de 1990: afirmavam que seria necessário se especializar nas atividades principais e delegar as acessórias, para potencializar sua competitividade[16]. Curioso que, anos mais tarde, a própria agenda patronal que outrora suscitara a terceirização de atividade-meio para concentração na atividade-fim se reoriente no sentido de considerar que limitar a terceirização de atividade-fim implique restrição insustentável à liberdade de iniciativa e que, ademais, sequer vislumbre a possibilidade de realizar a distinção das atividades em si.

Prosseguindo na análise da argumentação, o voto do ministro Gilmar Mendes caracteriza a jurisprudência do TST que limitava a terceirização de atividade-fim como ativismo judicial e evoca um suposto "julgamento às avessas" do caso Lochner *vs*. New York, julgado pela Corte Constitucional norte-americana.

Lochner vs. New York foi um caso de ativismo judicial protagonizado pela Suprema Corte americana em 1905, mas já superado na jurisprudência dos Estados Unidos, no qual a Corte entendeu que limitar a jornada dos padeiros a 60 horas semanais, por meio de uma lei aprovada pela maioria do povo do estado de Nova Iorque, que havia se convencido de que esse trabalho causava riscos à saúde, seria uma restrição indevida

[16] As circunstâncias da formação da Súmula nº 331 do TST foram bem elucidadas no artigo "A história da Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho: a alteração na forma de compreender a terceirização" (BIAVASCHI; DROPPA, 2011).

ao direito de propriedade sobre a contratação de força de trabalho, sem o devido processo legal[17].

Mendes também aventa que, assim como a Suprema Corte americana tentou obstar diversas medidas governamentais referentes ao New Deal após a crise de 1929, o TST estaria a fazê-lo no Brasil com as reformas trabalhistas:

> Se a Suprema Corte americana impôs freios a opções políticas definidas pelo legislativo, por aqui, o TST tem colocado sérios entraves a opções políticas chanceladas pelo Executivo e pelo Legislativo. Ao fim e ao cabo, a engenharia social que a Justiça do Trabalho tem pretendido realizar não passa de uma tentativa inócua de frustrar a evolução dos meios de produção, os quais têm sido acompanhados por evoluções legislativas nessa matéria[18].

Cumpre destacar que, da comparação feita pelo ministro com o caso e a postura da Corte americana em relação às escolhas de governo, fica subjacente que o Judiciário se fragiliza quando não se curva às diretrizes governamentais, como se esses dois atos de "não se curvar", diametralmente opostos em um registro histórico e em outro, tivessem por baliza estritamente a tensão entre Poder Judiciário e os poderes Executivo e Legislativo, e não o óbvio marco constitucional implicado na questão.

Perspectivas de eficiência, evolucionismo e inevitabilidade dos destinos econômicos imperam na decisão, como se a sociedade não tivesse agência e espaço democrático de escolha ante os desígnios do mercado e como se não fosse a defesa do projeto constitucional a missão do próprio STF.

---

[17] FREEMAN, 1914.

[18] BRASIL, 2020.

Também se dedica o relator, em seu voto, a tratar da terceirização e das novas perspectivas de mercado no mundo, asseverando tratar-se de tendência global, cujos "resultados são majoritariamente positivos". Para afirmá-lo, ancora-se em pesquisa produzida por Ives Gandra Martins, que demonstraria comparativo entre taxas de desemprego de diversos países do mundo antes e depois das reformas trabalhistas. Não há referência ao traçado metodológico da pesquisa do jurista, tampouco sobre que marcos ele teria adotado como reformas, em conteúdo amplo e não restrito à terceirização, ressalte-se, nos diversos países.

Prossegue Mendes trazendo as estimativas da OIT sobre a informalidade na América Latina e, também, no Brasil, a fim de demonstrar que "a informalidade é um claro indicativo de que os agentes de mercado, não apenas empresas, mas também os trabalhadores, estão migrando para a margem do sistema super-regulado que construímos"[19].

Curioso que o mesmo julgador não tenha se valido da ampla pesquisa feita na OIT em 2015, baseada em critérios científicos expostos e fundamentados à comunidade internacional, que evidencia não haver relação entre a flexibilização do Direito do Trabalho e o aumento do nível de emprego[20].

Para além de toda essa minuciosa análise dos argumentos, o que salta aos olhos no voto do ministro relator nesse caso é justamente a pouca menção à Constituição, que ocorre exatas três vezes.

Primeiro, o texto constitucional é mencionado no seguinte excerto, em que a literalidade do art. 7º, com seus 34 incisos, é transcrita, desacompanhada de uma leitura da teoria constitucional sobre o tema dos direitos sociais no Estado Democrático de Direito:

[19] BRASIL, 2020.

[20] ADASCALITEI; MORANO, 2015.

Sem trabalho, não há falar-se em direito ou garantia trabalhista. Sem trabalho, a Constituição Social não passará de uma carta de intenções. A garantia contra despedida arbitrária ou sem justa causa e sua indenização compensatória, o seguro-desemprego, o fundo de garantia do tempo de serviço, o salário mínimo capaz de atender às necessidades vitais básicas do trabalhador e de sua família, o piso salarial proporcional à extensão e à complexidade do trabalho, a irredutibilidade do salário, a garantia de salário mínimo em caso de remuneração variável, o décimo terceiro salário, a remuneração do trabalho noturno superior ao diurno, a proteção do salário contra sua retenção dolosa, a participação nos lucros ou resultados e a participação na gestão da empresa, o salário-família, a jornada não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, a jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, o repouso semanal remunerado preferencialmente aos domingos, a remuneração do serviço extraordinário superior em cinquenta por cento à do normal, o gozo de férias anuais remuneradas, licença à gestante, licença-paternidade, proteção da mulher no mercado de trabalho, aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, a redução dos riscos inerentes ao trabalho, o adicional de remuneração para atividades penosas, insalubres ou perigosas, a aposentadoria, a assistência gratuita aos filhos e dependentes desde o nascimento até cinco anos de idade em creches e pré-escolas, o reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho, a proteção em face da automação, o seguro contra acidentes de trabalho, a ação quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho, a proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil, a proibição de qualquer discriminação ao trabalhador com deficiência, a proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos, a proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores e a igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo permanente e o trabalhador avulso; tudo isso estará fadado ao esvaziamento se não dermos essa resposta jurídica a um problema econômico e social sistêmico. A rigor, o art. 7º da Constituição não tem vida própria, depende do seu suporte fático: o trabalho[21].

[21] BRASIL, 2020.

Ao deslegitimar o nosso modelo de proteção ao trabalho, adjetivando-o como um modelo "suprarregulado", utópico, descontextualizado em relação à realidade, divergente em relação às diretrizes do Banco Mundial, tomado, sintomaticamente, como referência superior ao texto constitucional, o relator entende que altos níveis de regulação são incompatíveis com o crescimento e que a flexibilização, sim, teria o condão de aumentar o emprego.

Com respaldo apenas nesse argumento, todo o extenso art. 7º da Constituição e sua imperatividade são desmontados: sem trabalho não há direitos do trabalho e, portanto, todo o teor do art. 7º transforma-se numa mera carta de intenções. Logo, se o art. 7º depende da existência do trabalho, o STF arbitra quando as decisões empresariais geram ou não trabalho e, por tabela, sem mediações de natureza propriamente constitucional, protege o art. 7º.

Fica implícito e explícito no julgado que a realização dos direitos sociais exsurgirá, como que por mágica, de um determinado modelo de desenvolvimento econômico, escolhido pelos ministros em assentimento aos desígnios do mercado, à revelia do programa eleito pela Constituição dirigente de 1988[22].

Por essa razão, o STF abdica de sua função jurisdicional de tutela de direitos fundamentais, a fim de assegurar aquilo que entende por desenvolvimento econômico na decisão dos agentes, ainda que esse asseguramento destoe da própria Constituição. O argumento de que a constituição é o que o STF diz que ela é nunca foi distorcido de forma tão perigosa.

[22] BERCOVICI, 1999.

Interessante pontuar que a expressão "desenvolvimento" é trazida sempre como se possuísse significados unívocos e unidirecionais, não havendo espaço para discussão sobre modelos de desenvolvimento, tampouco sobre qual modelo teria sido escolhido pela própria Constituição.

O segundo momento em que se menciona a Constituição é quando, sob a epígrafe "Paternalismo e a necessária refundação do Direito e da Justiça do Trabalho", Mendes cita Roberto Campos para afirmar que "A cultura que permeia o texto constitucional é nitidamente antiempresarial", uma vez que "é praticamente irrestrito o direito de greve, mesmo nos serviços públicos. Obviamente, ninguém teve coragem para incluir, entre os 'direitos fundamentais', o direito do empresário de administrar livremente sua empresa"[23]. Trata-se de um discurso de censura à Justiça do Trabalho, por sua perspectiva supostamente paternalista e pelas perspectivas "marxistas" de luta de classes que ela supostamente adota.

Sem trazer à baila constitucionalistas afetos aos direitos sociais, Gilmar Mendes cita Roberto Campos, para sustentar que a Constituição de 1988 demonizou o capital, não cuidou de estabelecer o trabalho como dever e não assentou direitos dos empresários, mas apenas dos trabalhadores. O ponto alto dessa parte da fundamentação do voto, em que se confundem a crítica à Justiça do Trabalho e a crítica à própria Constituição, é a assertiva do relator no sentido de que o desequilíbrio entre as posições jurídicas não mais se sustenta, abolindo, por despacho, as assimetrias historicamente presentes nas relações de trabalho: "O contexto é, portanto, de um desequilíbrio entre posições jurídicas que não

[23] CAMPOS, Roberto. *A lanterna na popa*, v. 2 *apud* BRASIL, 2020.

mais se sustenta, pois a própria premissa de submissão da mão de obra ao capital merece ser revista"[24].

Por último, a Constituição é lembrada ao retomar o ministro a escolha constitucional pela paridade entre os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, seja nos fundamentos da Constituição, seja no art. 170, concluindo que perspectivas paternalistas seriam incongruentes com o texto de 1988, outrora diretamente criticado por seus "excessos". Assim, o relator reconhece que a terceirização de atividade-fim é instrumento de equalização dos agentes de mercado (e o trabalhador é assim considerado, e não como cidadão ou sujeitos de direitos), cumprindo pois o escopo do art. 170 da CF/88.

Chama a atenção nesse julgamento que o relator taxativamente reconhece que a terceirização coloca em xeque os postulados do Direito do Trabalho, mas sinaliza no sentido de que isso significa que o Direito do Trabalho precisaria ser refundado, em bases menos "paternalistas", e não que a terceirização deveria ser repudiada:

> Logicamente, a prática da terceirização coloca em xeque conceitos basilares do Direito do Trabalho tal qual o conhecemos. Será preciso, portanto, refundar o Direito do Trabalho, instaurando novos pontos de ancoragem ou, no mínimo, reformulando os seus mais fundamentais conceitos. Também a Justiça do Trabalho estará diante do grande desafio de coibir abusos, nomeadamente o uso ardiloso da terceirização como expediente de pulverização da cadeia produtiva com vistas a impedir, em qualquer altura do processo produtivo, que alguma empresa arque com os direitos trabalhistas envolvidos.[25]

Embora admita que a prática da terceirização seja contraditória com o atual modelo de regulação do trabalho, afirma, contrariamente a uma

[24] BRASIL, 2020.

[25] BRASIL, 2020.

consistente produção sociológica e econômica sobre o tema[26], que dela não decorreriam "necessária e intrinsecamente fraudes e ilicitudes". Todavia, caso estas ocorram, entende Mendes que caberia à censurada Justiça do Trabalho combatê-las.

A decisão, para Mendes, seguido pela maioria da Corte, é entre a utopia e a realidade. Trata-se de um posicionamento que se mostra pragmático quanto à decisão com base nos desígnios econômicos, e não em fundamentos jurídico-constitucionais, mas que, quando traz a lume o texto constitucional, convenientemente o faz sem compromisso com sua efetividade, que é remetida à Justiça do Trabalho, sob o prisma do controle de fraudes.

A discussão sobre efetividade dos direitos sociais é jogada para um segundo plano, como se não coubesse ao discurso jurídico pensar sua própria eficácia nessa matéria ou como se a própria efetivação desses direitos fundamentais fosse passível de uma postergação. A questão torna-se ainda mais grave quando se discute uma estratégia de contratação que torna rarefeitos os direitos sociais trabalhistas[27], comprometendo sua própria efetividade. A preocupação com a eficiência da conduta dos agentes econômicos, tão mencionada nesse e em tantos outros julgados da Corte em matéria trabalhista[28], se dissolve e se posterga quando se trata da eficácia dos direitos dos trabalhadores.

4. Significados do julgamento

O julgamento sinaliza para a perda da Constituição como referencial para os julgamentos em matéria trabalhista, consagrando aquilo que António Casimiro Ferreira denomina de uma jurisprudência de

[26] FILGUEIRAS; CAVALCANTE, 2015; DRUCK; DUTRA; SILVA, 2019; DRUCK, 2011.

[27] DELGADO; AMORIM, 2015.

[28] Por todos, consultar: COUTINHO, 2018.

austeridade[29]. Ou seja, um padrão de julgamento que se afirma em um contexto de deslegitimação de qualquer agenda com *ethos* social, e que se cristaliza por meio da cooptação de instituições e organizações de cidadania social para legitimar a austeridade.

Casimiro denomina de "jurisprudência de austeridade" o conjunto de decisões que intenciona servir aos postulados de austeridade visando colher benefícios futuros, exatamente como faz o ministro Gilmar, em seu voto, ao se referir ao art. 7º da Constituição, cuja concretização somente poderia ser mediada por decisões em matéria de gestão do trabalho que, ao passo que se afastem do escopo literal do dispositivo, produzam desenvolvimento e, num consectário tido como lógico, um posterior cumprimento do próprio artigo 7º, anteriormente negado.

A normatividade de exceção associada à austeridade torna a fronteira entre o constitucional e o inconstitucional um campo de disputa política que, no final, supostamente, diria respeito à possibilidade de o mercado legitimar a continuidade das existências das próprias instituições[30]. Desse modo, ao opor o direito ao trabalho ao Direito do Trabalho, a estratégia decisória do Supremo Tribunal Federal converte-se em um mecanismo de desestruturação das bases de solidariedade que ensejam uma leitura protetiva do Direito do Trabalho, fazendo com que este se transforme em apenas mais um aparato técnico à disposição, inclusive, de quem deseje dele extirpar exatamente os elementos que justificam sua existência. Assim, torna-se possível que, existindo uma regulação jurídica do trabalho, seja ela a própria negação da necessária proteção jurídica que justifica a sua existência.

[29] FERREIRA, 2012.

[30] FERREIRA, 2012.

Nesse panorama, as instituições oferecem o Direito e a si mesmas como produtos desejáveis ao mercado, para garantir sua sobrevivência. A advertência implícita do ministro Gilmar Mendes, ao mencionar o diametralmente oposto caso da conservadora Corte Constitucional americana contra o New Deal, e firmando Lochner vs. New York[31], nos conduz a uma redefinição do papel do Poder Judiciário, não mais como garantidor de direitos fundamentais ou das escolhas de uma sociedade política sobre modelos de desenvolvimento aceitáveis, mas, sim, como garantidor das escolhas de mercado pautadas por determinada racionalidade econômica, com o único propósito de que os agentes desse mesmo mercado não se voltem contra as instituições.

Ao prevalecer esse entendimento na Corte que supostamente deveria velar pelas determinações constitucionais, de forma imune às pretensões conjunturais dos atores políticos, abre-se um tortuoso caminho de questionamento da utilidade e da legitimidade dessas mesmas instituições, na medida em que extirpado o papel que lhe foi outorgado pela decisão fundante da democracia brasileira.

Considerações finais

Quando, nos Estados Unidos da América, sobreveio o final da chamada *Era Lochner*, a Suprema Corte daquele país – pressionada pelo impulso político de ameaça de aumento do número de juízes do tribunal – expediu a histórica decisão do caso *West Coast vs. Parrish*, reconhecendo que "a comunidade deve direcionar seu poder de criar leis para corrigir o abuso a que empregadores egoisticamente desconsideram o interesse público"[32].

[31] Curiosamente, semelhante advertência também está presente, de forma um pouco menos implícita, no discurso do ministro Ives Gandra Martins Filho – um dos articuladores da gestação da própria Súmula nº 331 – em artigo recentemente publicado (MARTINS FILHO, 2020).

[32] ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1937.

Ao virar *Lochner* às avessas, portanto, o tribunal norte-americano reafirmou uma premissa tão antiga quanto a própria democracia constitucional: compete à comunidade política o poder-dever de impor limites às pretensões totalizantes de grupos sociais ou econômicos que intentem suprimir o interesse público em favor de ambições egoísticas de exercício do poder privado.

No campo do Direito do Trabalho, a fórmula historicamente encontrada para fazê-lo consistiu em institucionalizar a relação laboral, protegendo-a, por meio do Direito estatal, dos imperativos econômicos que regem os contratos privados. Isso porque, embora seja inegável que toda relação laboral depende de um prévio acordo de vontades, é também irrecusável a constatação de que, em se tratando de um compromisso de natureza pessoal que afeta diretamente o domínio do trabalhador sobre o seu próprio tempo e o seu próprio corpo, a forma jurídica do trabalho somente foi viabilizada "ao preço de uma mutação completa da velha noção de locação de serviços"[33].

O esforço empreendido pela maioria do Supremo Tribunal Federal ao julgar as ADIs que são objeto da presente análise, contudo, foi o de reabilitar aquela velha figura, ocultando-a sob o manto de uma suposta inovação. A locação de serviços, que leva ao extremo a ideia de livre mercado aplicada ao mundo do trabalho, faz com que a regulação do preço do trabalho (salário) e a própria fixação do indivíduo a um posto de emprego dependam exclusivamente das circunstâncias eventuais de determinado contexto social e econômico. O eventual insucesso, sob a forma do desemprego, do subemprego, das ocupações precárias e mal pagas, é visto como um incidente de responsabilidade e efeitos meramente

[33] SUPIOT, 2016, p. 37.

individuais, que, ao fim e ao cabo, contribui para a evolução da competição capitalista em nível global.

O Direito do Trabalho, e em particular o Direito Constitucional do Trabalho, moldou, ao longo do tempo, a própria concepção do que significa para um trabalhador exercer algum grau – ainda que bastante limitado – de liberdade e igualdade perante concidadãos que, à sua diferença, detêm meios de organização da produção. A Constituição, afinal, se existe para além de uma mera representação escrita de intenções ilustradas, é de onde se extrai a possibilidade de dois indivíduos não se diferenciarem apenas em virtude de suas posses.

Enquanto puder resistir às incursões dos agentes de mercado, o Direito do Trabalho persistirá encontrando razão para existir. No entanto, como apontam Cristiano Paixão e Ricardo Lourenço Filho, "ao suspender casuisticamente o texto constitucional, a partir da orientação do mercado e do capital, o STF assume o protagonismo de uma contínua e coerente destruição do Direito do Trabalho"[34]. E o faz exatamente por considerar natural que mercado e capital orientem, sozinhos, quais os ditames protetivos aceitáveis em matéria de direitos sociais.

Nesse cenário, não espanta que o voto condutor do acórdão lavrado tenha firmado a compreensão do Direito Constitucional, aplicado pela Justiça do Trabalho brasileira, como "tentativa inócua de frustrar a evolução dos meios de produção, os quais têm sido acompanhados por evoluções legislativas sobre a matéria". E espanta menos ainda que, para apoiar sua argumentação, valha-se da literatura ideologicamente comprometida de Ayn Rand para sustentar a suposta importância de se evitarem amarras ao desenvolvimento econômico.

[34] PAIXÃO; LOURENÇO FILHO, 2020.

Baseando-se nas abstrações econômicas que de alguma forma dão sustentação à vertente neoclássica, a autora russa, citada pelo ministro Gilmar Mendes, argumenta que "o dinheiro não permite que nenhum poder prescreva o valor do seu trabalho, senão a escolha voluntária do homem que está disposto a trocar com você o trabalho dele"[35]. A afirmação, tão ingênua como atroz, parece levar à conclusão sem sentido e sem comprovação empírica de que todo trabalho decorre de uma escolha voluntária que espontaneamente resultará na obtenção do dinheiro necessário à consecução dos objetivos pessoais, a partir de uma precificação intrinsecamente justa do esforço humano. Na mesma linha, sustenta a escritora citada no acórdão que "o dinheiro permite que você obtenha em troca dos seus produtos e do seu trabalho aquilo que esses produtos e esse trabalho valem para os homens que os adquirem, nada mais que isso".

A crueza da vida dos trabalhadores brasileiros, porém, se um dia vier a ilustrar as páginas dos votos do Supremo Tribunal Federal, talvez responda à provocação com o relato de outra literata, Carolina Maria de Jesus, sobre os deletérios efeitos do dinheiro, conformador de uma realidade que se estende para muito além do preço do esforço dos trabalhadores em um mercado idealizado:

> [...] Nós somos pobres, viemos para as margens do rio. As margens do rio são os lugares do lixo e dos marginais. Gente da favela é considerado marginais. Não mais se vê os corvos voando as margens do rio, perto dos lixos. Os homens desempregados substituíram os corvos.
>
> Quando eu fui catar papel encontrei um preto. Estava rasgado e sujo que dava pena. Nos seus trajes rôtos êle podia representar-se como diretor do sindicato dos miseráveis. O seu olhar era um olhar angustiado como se olhasse o mundo com despreso. Indigno para um ser humano. Estava comendo uns doces que

[35] RAND, Ayn. A revolta de Atlas. São Paulo: Editora Arqueiro, 2017 *apud* BRASIL, 2020, p. 20.

> a fabrica havia jogado na lama. Ele limpava o barro e comia os doces. Não estava embriagado, mas vacilava no andar. Cambaleava. Estava tonto de fome!
> [...] encontrei com ele outra vez, perto do depósito e disse-lhe:
> – O senhor espera que eu vou vender este papel e dou-te cinco cruzeiros para o senhor tomar uma média. É bom beber um cafezinho de manhã.
> – Eu não quero. A senhora cata estes papéis com tantas dificuldades para manter os teus filhos e deve receber uma migalha e ainda quer dividir comigo. Este serviço que a senhora faz é serviço de cavalo. Eu já sei o que vou fazer da minha vida. Daqui uns dias eu não vou precisar de mais nada deste mundo. Eu não pude viver nas fazendas. Os fazendeiros me exploravam muito. Eu não posso trabalhar na cidade porque aqui tudo é a dinheiro e eu não encontro emprego porque já sou idoso. Eu sei que vou morrer porque a fome é a pior das enfermidades.
> [...] O homem parou de falar bruscamente. Eu segui com meu saco de papel nas costas[36].

Na linha do que brilhantemente defendeu Raquel Santana[37], o Direito do Trabalho de que precisamos é aquele que, sensibilizado pelas desigualdades estruturais que conformam o nosso contexto concreto, dedique-se a abranger, de forma eficaz, aqueles que se encontram no quarto de despejo da sociedade brasileira, o que jamais ocorrerá se for ele uma mera correia de transmissão do sistema econômico que forjou essa realidade.

Referências

ADASCALITEI, D., MORANO C.P. *Labour market reforms since the crisis:* Drivers and consequences, ILO, Research Department Working Paper No. 5. (2015) Disponível em: http://www.ilo.org/global/research/publications/working-papers/WCMS_414588/lang--en/index.htm. Acesso em: 24 de setembro de 2017.

[36] JESUS, 2005, p. 48-49.

[37] SANTANA, 2020.

BERCOVICI, Gilberto. A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro. *Revista de Informação Legislativa***.** Brasília a. 36 n. 142 abr./jun. 1999, p. 35-51.

BIAVASCHI, Magda Barros; DROPPA, Alisson. A história da Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho: a alteração na forma de compreender a terceirização. *Revista Mediações*, v. 16, 2011, p. 124-141.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ARE 713.211/MG*. Relator Ministro Luiz Fux. Plenário Virtual. 16/5/2014. DJ de 6/6/2014. Acórdão.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF 324*. Plenário. Redator Ministro Luiz Roberto Barroso. Julgamento: 30/8/2018. Publicação: 6/9/2018. Acórdão.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 5685*. Tribunal Pleno. Relator Ministro Gilmar Mendes. Julgamento 6/6/2020. Publicação: 21/8/2020. Acórdão.

COUTINHO, Aldacy Rachid. Reforma trabalhista brasileira e o Supremo Tribunal Federal: as escolhas trágicas? In: *Revista da Faculdade Mineira de Direito* – PUC Minas. v. 21 n. 41, 2018.

DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. *A nova razão do mundo: ensaio sobre a sociedade neoliberal*. São Paulo: Boitempo, 2016.

DELGADO, Gabriela Neves; AMORIM, Helder Santos. *Os limites constitucionais da terceirização*. São Paulo: LTr, 2015.

DRUCK, Graça. Trabalho, Precarização e resistências. *Caderno CRH*. Salvador: EDUFBA, v. 24, p. 35-54, 2011 – Disponível em https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-49792011000400004&script=sci_abstract&tlng=pt Acesso em 18 fev 2021.

DRUCK, Graça; DUTRA, Renata e SILVA, Selma Cristina. A Contrarreforma neoliberal e a terceirização: a precarização como regra. *Caderno CRH* [online]. 2019, vol.32, n.86, pp.289-306. Epub Oct 10, 2019. ISSN 1983-8239. https://doi.org/10.9771/ccrh.v32i86.30518.

DUTRA, Renata Q.; FILGUEIRAS, Vitor Araújo. A terceirização no STF e a utopia da direita. *Jornal GNN*. Publicado em 23/6/2020. Disponível em https://jornalggn.com.br/artigos/a-terceirizacao-no-stf-e-a-utopia-da-direita-por-renata-dutra-e-vitor-filgueiras/ Acesso em 17/12/2020, 16h15.

DUTRA, Renata Q.; DELGADO, Gabriela Neves. Terceirização sem limites: a crônica de uma tragédia social anunciada. In: Jorge Luiz Souto Maior; Valdete Souto. (Org.). *Resistência III*. 1ed.São Paulo: Expressão Popular, 2019, v. 1, p. 89-94.

DUTRA, Renata Q.; MATOS, Bianca S. A terceirização, o STF e o estado de exceção. *Revista Teoria Jurídica Contemporânea*, v. 4, p. 225-249, 2019.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States Supreme Court. *300 U.S. 379 – West Coast Hotel Company v. Parrish*. Decisão de 29 de março de 1937.

FERREIRA, António Casimiro. *Sociedade da Austeridade e direito do trabalho de exceção*. Porto: Vida Económica, 2012.

FILGUEIRAS, Vitor A. As promessas da Reforma Trabalhista: combate ao desemprego e redução da informalidade. In: KREIN, José Dari; OLIVEIRA, Roberto Véras; FILGUEIRAS, Vitor Araújo (orgs.). *Reforma Trabalhista no Brasil*: promessas e realidade. 1. ed. Campinas: Curt Nimuendajú, 2019.

FILGUEIRAS, V. CAVALCANTE, S. Terceirização: debate conceitual e conjuntura política. Revista da ABET, v. 14, n. 1, Janeiro a Junho de 2015. Disponível em https://www.periodicos.ufpb.br/index.php/abet/article/viewFile/25699/13875

FREEMAN, William. The Legal Regulation of Labor. In: *7 Law & Banker & S. Bench & B. Review 188*, 1914, p. 188 – 203.

JESUS, Carolina Maria de. *Quarto de Despejo: diário de uma favelada*. São Paulo: Ática, 2005.

MARTINS FILHO, Ives Gandra. Confronto entre TST e STF: Uma análise psicológica do direito. *Conjur*. Publicado em 21/10/2020. Disponível em https://www.conjur.com.br/2020-out-21/gandra-filho-tst-stf-analise-psicologica-direito Acesso em 17/12/2020, 16h25.

PAIXÃO, Cristiano; LOURENÇO FILHO, Ricardo. O STF e o Direito do Trabalho: as três fases da destruição. *JOTA*, 28 jun. 2020. Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-stf-e-o-direito-do-trabalho-as-tres-fases-da-destruicao-29062020. Acesso em 28 dez. 2020.

SANTANA, Raquel Leite da Silva. *O trabalho de cuidado remunerado em domicílio como espécie jurídica do trabalho doméstico no Brasil: uma abordagem justrabalhista à luz da trilogia literária de Carolina Maria de Jesus*. 2020. 255 f. Dissertação (Mestrado em Direito)—Universidade de Brasília, Brasília, 2020.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *O que é isso companheir@s*? In: Blog do Jorge Luiz Souto Maior. Publicado em 3/1/2017. Disponível em https://www.jorgesoutomaior.com/blog/o-que-e-isso-companheirs , Acesso em 18/9/2020, 17h00.

SUPIOT, Alain. *Crítica ao direito do trabalho*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2016.

Capítulo 4

Sobre a base de cálculo do adicional de insalubridade, à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: complexificações que precarizam

Guilherme Guimarães Feliciano [1]
Claudirene Andrade Ribeiro [2]

1 Introdução

O presente artigo discute a questão da base de cálculo do adicional de insalubridade à vista da Súmula Vinculante 4 do Supremo Tribunal Federal, que proíbe a utilização do salário mínimo como base de cálculo de vantagem, e bem assim à luz da decisão proferida na Reclamação 6.266, ajuizada pela Confederação Nacional da Indústria, como também das Reclamações a ela apensadas (números 6.277, 6275 e 8.436), em face da Súmula 228 do Tribunal Superior do Trabalho. A SV 4, como se sabe, proibiu a utilização do salário mínimo como indexador da economia; e, a partir dessa tese, a Súmula 228 do TST consolidou o entendimento de que, no cálculo do adicional de insalubridade, o salário mínimo poderia ser substituído pelo salário básico do trabalhador, salvo critério mais vantajoso estabelecido em norma coletiva como base de cálculo do adicional de insalubridade. Recorria-se à analogia, por ausência de base normativa para esse cálculo, a partir do reconhecimento da não recepção do art. 192 da CLT, quanto à base de cálculo do adicional. Essa tese, porém,

[1] Professor associado II do Departamento de Direito do Trabalho e da Seguridade Social da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Juiz titular da 1ª Vara do Trabalho de Taubaté-SP. Livre-docente em Direito do Trabalho e doutor em Direito Penal pela FDUSP. Doutor em Ciências Jurídicas pela Faculdade de Direito de Lisboa.

[2] Doutoranda em Direito do Trabalho e Seguridade Social-USP/SP. Mestre em direito agroambiental e em Educação pela UFMT. Especialista em Direito do Trabalho pela PUC/SP. Graduada em Direito e em Geografia, também pela UFMT. Docente na área jurídica. Atualmente é juíza do trabalho titular da 2ª VT de Tangará da Serra-MT. E-mail: claudireneribeiro@yahoo.com.br.

foi desautorizada pelas sucessivas reclamações constitucionais referenciadas.

Para tal estudo, lança-se mão de pesquisa doutrinária acerca dos objetivos do pagamento do adicional de insalubridade e de periculosidade e de levantamento e análise crítica – ainda que breve – das principais decisões do STF que levaram à fixação da Súmula Vinculante 4, como também das reclamações que resultaram na suspensão e na posterior cassação da Súmula 228 do TST. E, nesse encalço, o texto divide-se em três partes.

Na primeira parte, levantam-se os pressupostos do debate e apontam-se os fundamentos do pagamento do adicional de insalubridade e de periculosidade, assim como os seus pontos de contato. Apresenta-se, ademais, o conteúdo da Súmula Vinculante 4 do STF e da Súmula 228 do TST, em primeira aproximação crítica.

Na segunda parte, resgatam-se as reclamações ajuizadas em face da Súmula 228 do TST e as decisões proferidas nesse ensejo, como também no Recurso Extraordinário 565.714/SP.

Na derradeira parte, apontam-se as razões pelas quais se entende equivocada a premissa perfilhada pelo plenário do STF ao cassar a Súmula 228 do TST e vedar a aplicação da autointegração jurídica do sistema, por meio da utilização do salário contratual do trabalhador como base de cálculo para o adicional de insalubridade (isto é, por intermédio da analogia).

Voilà.

2 Pressupostos do debate: o artigo 192 da clt, a súmula vinculante 4 do STF, a lacuna do Sistema Legislativo e a súmula 288 do TST

Convém inicialmente apontar os pressupostos da discussão que ora se estabelece: o art. 192 da CLT, a Súmula 4 do STF e a Súmula 288 do TST. Vejamos.

O art. 192 da CLT estatui a obrigatoriedade do pagamento do adicional de insalubridade, conforme o respectivo grau, nos percentuais de 10, 20 e 40%, conforme aferição que, no plano judiciário, exige perícia técnica nos autos (reminiscência das "provas tarifárias" que persistiu no processo laboral), ressalvadas as naturais impossibilidades (assim, *exempli grata*, no caso de estabelecimentos ou setores desativados, em que geralmente se recorre a provas emprestadas ou indiretas).

Diz a redação do art. 192 da CLT, dada pela Lei 6.514/1977:

> O exercício de trabalho em condições insalubres, acima dos limites de tolerância estabelecidos pelo Ministério do Trabalho, assegura a percepção de adicional respectivamente de 40% (quarenta por cento), 20% (vinte por cento) e 10% (dez por cento) do salário-mínimo da região, segundo se classifiquem nos graus máximo, médio e mínimo[3].

Como se vê, o exercício de qualquer labor em condições insalubres enseja o pagamento de um adicional que tem por objetivo a compensação do maior desgaste em que as condições de trabalho são exercidas e que normalmente acarretam prejuízos à saúde do trabalhador, a médio e longo prazos, em razão do contato com determinadas agentes físicos, químicos ou biológicos. É que a exposição a tais agentes promove microtraumas ou microcontaminações que, acumulando-se ao longo do tempo, terminam por engendrar doenças ocupacionais, i.e., doenças profissionais, ditas

[3] BRASIL, 1977.

tecnopatias (Lei 8.213/1991, art. 20, I), ou doenças do trabalho, ditas *mesopatias* (Lei 8.213/1991, art. 20, II). A própria etimologia do termo remete, aliás, a essa característica: o vocábulo "insalubre" vem de radical latino que significa "tudo aquilo que origina doença, e a insalubridade é a qualidade de insalubre"[4].

O artigo 189 da CLT, por sua vez, apresenta o conceito legal de *insalubridade,* nos seguintes termos:

> Serão consideradas atividades ou operações insalubres aquelas que por sua natureza, condições ou métodos de trabalho, exponham os empregados a agentes nocivos à saúde, acima dos limites de tolerância fixados em razão da natureza e da intensidade do agente e do tempo de exposição aos seus efeitos[5].

De outra parte, a legislação trabalhista estabelece e desdobra o conceito de *periculosidade,* ontologicamente próximo daquele de insalubridade. Ambos, trabalho perigoso e trabalho insalubre, são, ao lado do *trabalho penoso* (previsto no art.; 7º, XXI, da CRFB, mas jamais regulado como tal pelo legislador ordinário), hipóteses de **trabalho perverso,** para trazer à baila o célebre macroconceito de Ferreira Prunes[6]. E, nesse diapasão, importa aqui tratar também do conceito legal de periculosidade, como ainda do dispositivo legal que estipula a base para o pagamento do adicional reservado ao trabalho exercido em condições perigosas.

A periculosidade, paga em razão do exercício de atividade consideradas perigosa para o trabalhador, nos estritos termos da Norma Regulamentadora 16 (escorada na Portaria GM nº 3.214, de 8 de junho de 1978, do extinto Ministério do Trabalho), resulta no pagamento do

[4] SALIBA; CORRÊA, 2004, p. 11.

[5] BRASIL, 1943.

[6] PRUNES, 2000, *passim*.

adicional previsto no parágrafo 1º do art. 193 do diploma celetista, segundo o qual "[o] trabalho em condições de periculosidade assegura ao empregado um adicional de 30% (trinta por cento) sobre o salário sem os acréscimos resultantes de gratificações, prêmios ou participações nos lucros da empresa".

A conceituação legal da periculosidade, ademais, é dada pelo art. 193 da CLT, nos termos abaixo:

> São consideradas atividades ou operações perigosas, na forma da regulamentação aprovada pelo Ministério do Trabalho, aquelas que, por sua natureza ou métodos de trabalho, impliquem em contato permanente com inflamáveis ou explosivos em condições de risco acentuado.[7]

Pode-se dizer que a insalubridade agride o trabalhador de modo lento e apresenta efeitos deletérios a médio e longo prazos, como acima antecipado, enquanto a periculosidade representa um risco imediato[8], que, se convertido em dano, gera sinistro de caráter grave, extenso e súbito. Contudo, ambas são devidas em decorrência do exercício do labor em condições prejudiciais à saúde e à integridade do trabalhador.

Atendendo-se à dimensão dinâmica do princípio constitucional da proteção, que se revela constitucionalmente como (sub-)princípio da norma mais favorável (art. 7º, *caput, in fine*) e como princípio da melhoria contínua ou do risco mínimo regressivo (art. 7º, XXII[9], c/c 225, caput da CRFB/88), é necessário avançar em modos de produção que melhor protejam a saúde e a integridade do trabalhador: a proteção

[7] BRASIL, 1943.

[8] MESQUITA; TAVARES, 2017, p. 284-285.

[9] O artigo 7º, XXII, da CF assegura que o trabalhador tem direito à "redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança" (BRASIL, 1988). Eis o que Sebastião Geraldo de Oliveira denomina de princípio do risco mínimo regressivo (2011, p. 148), mas que na verdade é apenas a expressão juslaboral do princípio ambiental da melhoria contínua.

psicossomática do trabalhador é um *vetor juridicamente necessário* para o investimento capitalista, inclusive em perspectiva *progressiva,* sempre que isso seja possível em razão do estado da técnica. Assim, deve o empregador buscar melhorias paulatinas nas condições de segurança dos maquinários em geral (v., *e.g.,* art. 12 da Convenção OIT 155[10]) e na eficácia dos equipamentos de produção coletiva e individual[11], por exemplo, tendo sempre como objetivo a eliminação dos agentes insalubres (e, em não sendo possível, a sua neutralização ou, sucessivamente, a sua redução, *ex vi* das NR 9, item 9.3.2, e da NR 15, item 15.4, entre outras).

Nada obstante, em não sendo possível a implementação de condições adequadas à saúde do trabalhador, e não sendo tampouco exigível a abolição da atividade econômica – o que nos devolve à questão do estado da técnica e do desenvolvimento sustentável –, será de rigor *compensar economicamente* o indivíduo sujeito ao trabalho em condições insalubres. Essa "solução de compromisso" foi desenhada pela própria CRFB/88, em seu artigo 7º, XXIII, ao assegurar ao trabalhador o direito ao pagamento de "adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei."[12] [13].

---

[10] *In verbis*: "Art. 12 — Deverão ser adotadas medidas em conformidade com a legislação e a prática nacionais a fim de cuidar de que aquelas pessoas que projetam, fabricam, importam, fornecem ou cedem, sob qualquer título, maquinário, equipamentos ou substâncias para uso profissional: a) tenham certeza, na medida do razoável e possível, de que o maquinário, os equipamentos ou as substâncias em questão não implicarão perigo algum para a segurança e a saúde das pessoas que fizerem uso correto dos mesmos; b) facilitem informações sobre a instalação e utilização corretas do maquinário e dos equipamentos e sobre o uso correto de substâncias, sobre os riscos apresentados pelas máquinas e os materiais, e sobre as características perigosas das substâncias químicas, dos agentes ou dos produtos físicos ou biológicos, assim como instruções sobre a forma de prevenir os riscos conhecidos; c) façam estudos e pesquisas, ou se mantenham a par de qualquer outra forma, da evolução dos conhecimentos científicos e técnicos necessários para cumprir com as obrigações expostas nos itens 'a' e 'b' do presente artigo". (OIT, 1981)

[11] Sem prejuízo da importância do uso dos EPIs, cujo uso e condições encontram-se tratados na NR 6 do extinto Ministério do Trabalho, cumpre lembrar a hierarquia já reportada no texto principal: em primeiro lugar, devem ser assegurados os EPCs, mais aptos para a neutralização dos agentes nocivos, se não for possível a sua própria eliminação; apenas nas hipóteses de insuficiência ou impossibilidade da atuação eficaz dos EPCs é que se deve lançar mão dos EPIs, consoante estabelecido no item 15.4.1 da NR 15.

[12] BRASIL, 1988.

[13] A penosidade ainda não foi objeto de regulamentação legal, não obstante já decorridos trinta e dois anos da promulgação da CRFB/88. Tal lacuna normativa demandaria longa discussão, que foge aos objetivos do presente artigo, razão pela qual não será contemplada. Vale sinalizar, porém, que **(a)** em recorte científico coerente com o

Logo, bem se infere da leitura dos incisos XXII e XXIII do art. 7º da CRFB/88 que os dois direitos em testilha – o direito à redução dos riscos inerentes e o direito aos adicionais de remuneração por trabalho perverso – convivem em harmonia e são compatíveis, se compreendidos nos termos da base principiológica que os sustém; e, não por outra razão, sustentamos alhures que a aparente "colisão" entre esses preceitos (um de corte prevencionista e outro de corte monetista) configura uma antinomia *aparente* do Direito Ambiental do Trabalho, perfeitamente equacionável[14]. Para tal equação, a melhor leitura a ser realizada é a de que os pagamentos dos adicionais devem ser realizados de forma supletiva, vale dizer, apenas quando não for possível a eliminação, neutralização ou redução a níveis toleráveis do agente penoso, insalubre ou perigoso; e é assim porque, à luz da semântica constitucional vigente, o objetivo maior sempre será a preservação da saúde e da vida do trabalhador, concedendo-se à monetização (i.e., à compensação econômica), por exceção – e de acordo com a evolução do estado da técnica –, apenas nas hipóteses em que não for viável, econômica e/ou tecnicamente, a manutenção do meio ambiente do trabalho em condições de plena indenidade. Noutras palavras, a sociedade tolera o risco agravado, sob tais circunstâncias, em prol do avanço do bem-estar comum e do desenvolvimento econômico. Mesmo em tais condições, todavia, o trabalhador sujeito a condições insalubres, perigosas ou penosas não suportará exclusiva e pessoalmente os custos da exposição, mercê do próprio princípio da alteridade, pelo qual os custos da produção devem ser imputados aos empregadores: o adicional de

atual quadro legislativo brasileiro, a penosidade deveria cobrir os contextos mais agudos de exposição a riscos ergonômicos e psicossociais (já que a periculosidade e a insalubridade alcançam, de modo geral, o horizonte dos riscos físicos, químicos e biológicos típicos); e, nessa linha, que **(b)** as hipóteses de "periculosidade" introduzidas pelas Leis 12.740/2012 e 12.997/2014 (por exposição a "roubos e outras espécies de violência física" e a "atividades [...] em motocicleta", respectivamente) seriam, a rigor, hipóteses de *penosidade* (por exposição a riscos graves derivados da violência patrimonial e da violência no trânsito, respectivamente).

[14] FELICIANO, 2002, *passim*.

remuneração ser-lhe-á pago, como compensação econômica prévia e obrigatória em razão de sua exposição aos agentes perigosos, insalubres ou penosos no interesse da coletividade (presumindo-se, como dito, tratar-se de atividade econômica que não pode ser simplesmente abolida); e, em havendo o dano (i.e., o acidente de trabalho ou a doença ocupacional), a responsabilidade civil do empregador será integral e objetiva, *ex vi* dos arts. 7º, *caput, in fine,* 225, §3º, e 200, VIII, todos da CRFB, c.c. art. 14, §1º, da Lei 6.938/1981[15]. Eis como se devem interpretar, em *concordância prática*[16], os incisos XXII e XXIII do precitado art. 7º, assegurando-se a cada um a preservação da sua *substantieller Wesenskern*[17].

No mesmo diapasão, o pagamento dos adicionais em comento serve como estímulo ao empregador para que busque incorporar melhorias técnicas nos modelos de produção, inclusive no campo da saúde e da segurança do trabalhador, já que terá um custo maior enquanto não implementadas condições que eliminem, neutralizem ou reduzam a níveis toleráveis a ação dos agentes agressivos. E, portanto, não se está a dizer ou sugerir que é uma opção do empregador implementar ou não melhorias que sejam possíveis pelo estado da técnica para o alcance da redução dos riscos inerentes ao trabalho; ao contrário, o que se afirma é que o empregador terá, em reforço ao imperativo constitucional e legal de agregar melhorias às condições ambientais de trabalho, um incentivo econômico que diz respeito ao não pagamento dos adicionais.

De outra parte, avançando nos pressupostos do debate, é importante trazer à tona o inteiro teor da Súmula Vinculante 4, aprovada pelo STF em abril de 2008, nesses termos:

---

[15] FELICIANO, 2002, p. 182-183.

[16] HESSE, 1970, p .28-29 e 132 e ss. No original, "Prinzip praktischer Konkordanz".

[17] FELICIANO, 2016, seções 12.2 e 15.2.

> Salvo nos casos previstos na Constituição, o salário mínimo não pode ser usado como indexador de base de cálculo de vantagem de servidor público ou de empregado, nem ser substituído por decisão judicial[18].

A decisão em comento foi proferida com o propósito de preservar o poder de compra do salário mínimo, ou seja, impedir que o salário mínimo legal seja utilizado como fator de indexação da economia, o que tendencialmente engendraria um constante e progressivo descompasso entre o seu valor e a evolução dos índices de inflação (i.e., do valor real da moeda com que se estipula o próprio salário mínimo). E, nesse encalço, merece inclusive todos os encômios. Ocorre, porém, que as consequências jurídicas da SV 4 não foram bem dimensionadas. Vejamos.

Nos termos do art. 7º, IV, CRFB/88, é assegurado a todos os trabalhadores o direito ao salário mínimo legal e que atenda as utilidades essenciais de que este precisa para uma vida digna do núcleo familiar; e, na linha da *ratio* acima exposta, a sua derradeira parte veda expressamente a vinculação do salário mínimo para qualquer fim. Eis a redação do mencionado dispositivo constitucional:

> São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...] salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim; [...][19]

[18] BRASIL, 2008a.

[19] BRASIL, 1988.

A partir dessa dicção, diversos autores – cite-se, *e.g.*, Waki[20]– têm defendido a inaplicabilidade do salário mínimo para qualquer fim jurídico de cálculo, como forma de impedir que as repercussões deste em outras parcelas sirvam de impasse para seu reajuste regular e periódico, que está na base dos objetivos principais da regra constitucional. E nessa linha caminhou, como visto, o plenário do Excelso Pretório. Isso terminou por engendrar uma **lacuna legislativa** no Direito do Trabalho: se o art. 192 previa o cálculo do adicional de insalubridade sobre o "salário mínimo da região", como visto *supra,* e o salário mínimo já não poderia ser utilizado para esse fim (*não recepção constitucional* da parte final da norma do art. 192 consolidado), como ele deveria passar a ser calculado?

Na expectativa de responder a essa *vexata quaestio,* a partir da edição da Súmula Vinculante 4 do STF, o Tribunal Superior do Trabalho conferiu nova redação à sua Súmula 228, em julho de 2008, e estabeleceu que o cálculo do adicional de insalubridade deveria ser "o salário básico, salvo critério mais vantajoso fixado em instrumento coletivo"[21]. Escorava-se na técnica da **analogia**, como método de integração do sistema jurídico trabalhista, na esteira da autorização legislativa dada pelo art. 8º, *caput,* da CLT, e também pelo art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB).

A esse propósito, em artigo que defende a interpretação das normas constitucionais de modo a retirar-lhes a máxima eficácia concretizadora, Teodoro e Domingues[22] assinalam que a interpretação dos dispositivos constitucionais e infraconstitucionais que tratam do adicional de remuneração para as atividades insalubres e perigosa defronta-se com a existência de duas decisões conflitantes, dentre os tantos precedentes da

[20] WAKI, 2008, p. 1060.

[21] BRASIL, 2008c.

[22] TEODORO & DOMINGUES, 2011.

Súmula 4 do STF. Tais decisões foram prolatadas respectivamente em 1998 e 2007, quais sejam, a decisão proferida nos autos do RE 236.396-5-MG, na qual se determinou que o tribunal de origem estipulasse a base de cálculo do adicional de insalubridade (outra, que não o salário mínimo), e a decisão proferida nos autos do RE 439.035-3-ES, na qual se deliberou por manter a decisão do TRT de origem no sentido de adotar a remuneração como base de cálculo, com fulcro no art. 7º, XXIII, da CRFB/88. Para os referidos autores, tais decisões colocariam em xeque o requisito de "reiteradas decisões" exigido pelo art. 103-A da CRFB/88, a fim de autorizar a edição de súmula vinculante. É que, nos termos do art. 103-A da CRFB/88,

> [o] Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.[23]

Como se vê, não há como recusar algum acerto à tese da provável prematuridade da SV 4. Mas não nos fixemos nesse aspecto.

Apresentados os principais elementos que compõem o cenário do presente artigo, passemos à compreensão da técnica de controle de constitucionalidade utilizada pelo STF para a exegese do art. 192 da CLT.

3 A técnica de controle de constitucionalidade utilizada pelo SFT e a lógica subjacente às decisões do tribunal

Há anos o STF tem aplicado técnicas originalmente consolidadas no âmbito do *Bundesvergassunfsgericht* alemão, responsável pelo controle

[23] BRASIL, 1988.

definitivo de constitucionalidade no modelo judiciário tudesco. Exemplos dessas técnicas são a interpretação conforme a Constituição, a declaração de inconstitucionalidade com redução parcial de texto, a declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto e a declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade. Nesse último caso, ao realizar o controle de constitucionalidade, o tribunal reconhece a injuridicidade de determinado texto legal questionado, mas não pronuncia a sua nulidade e tanto menos reduz o seu texto[24].

Nesse diapasão, Mendes[25] assegura que, no Direito alemão, a técnica da declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade não advém imediatamente da interpretação de leis constitucionais, mas de casuística própria do Direito Penal. Inicialmente, a Corte Constitucional alemã aceitava a aplicabilidade temporária da norma declarada inconstitucional; no entanto, a partir do julgamento da questão referente à "nacionalidade dos filhos provenientes dos chamados 'casamentos mistos'", o tribunal alemão passou a equiparar as hipóteses de "declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade à declaração de nulidade": apenas no caso em que a não aplicação provocasse *vazio jurídico inaceitável à ordem constitucional* é que tal princípio se excepcionaria; ou seja, a regra havia de ser a nulidade da declaração. No Direito português, em sentido similar, o artigo 282 do texto constitucional permite a limitação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade; mas, como no Brasil, "o princípio da nulidade continua a ser regra"[26]. E, como obtempera Silva[27], essa forma de decisão adquiriu universalmente

[24] SILVA, 2010, p. 97.

[25] MENDES, 2008a, p. 11.

[26] MENDES, 2008b, p. 25.

[27] SILVA, 2010, p. 88.

força de "técnica decisória da justiça constitucional", na medida em que se dirige à análise da constitucionalidade das normas em sua verticalidade.

Os efeitos do instituto em comento baseiam-se no art. 28, parágrafo único da Lei 9.868/99, que dispõe expressamente sobre a sua eficácia *erga omnes* e sobre a vinculação dos órgãos dos poderes Judiciário e Executivo[28]. Escora-se ainda no que prevê o art. 27 da Lei 9.868/1999[29], tendo por pressuposto motivos de segurança jurídica ou de excepcional interesse social.

Pois bem.

Sob a alegação de que, com a edição da nova redação da Súmula 228, o TST estaria descumprindo a Súmula Vinculante 4 do STF, a Confederação Nacional da Indústria, em 11/7/2008, protocolou reclamação constitucional autuada sob o nº 6266, com pedido de liminar para cassação do referido verbete sumular. Em caráter liminar, o então presidente do STF, ministro Gilmar Mendes, arrimou-se no entendimento do Supremo Tribunal por ocasião do RE 565.714/SP, fixado na Súmula Vinculante 4, no sentido da impossibilidade de remanejamento do salário mínimo como indexador ou base de cálculo, *inclusive para o adicional de insalubridade,* até que fosse editada lei em sentido estrito ou em sentido genérico (estipulação de base de cálculo para o adicional de insalubridade com base em instrumento coletivo da categoria). Decidiu, pois, que, "até que seja superada a inconstitucionalidade do artigo 192 da CLT por meio de lei ou de convenção coletiva"[30]*,* a parcela deve continuar a ser calculada

[28] Diz o art. 28, parágrafo único da Lei 9.868/99: "A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução do texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal." (BRASIL, 1999)

[29] Art. 27 da lei 9.868/1999: "Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado." (BRASIL, 1999)

[30] BRASIL, 2008c.

com base no salário mínimo. Ao final, acolheu o pleito da parte reclamante e declarou que

> [...] a nova redação estabelecida para a Súmula 228/TST revela aplicação indevida da Súmula Vinculante nº 4, porquanto permite a substituição do salário mínimo pelo salário básico no cálculo do adicional de insalubridade sem base normativa.[31]

Também a Confederação Nacional de Saúde, Hospitais, Estabelecimentos e Serviços[32], a Unimed Ribeirão Preto – Cooperativa de Trabalho Médico[33] e a Unimed de Araras[34] ajuizaram ações com o mesmo objeto, as quais foram autuadas, respectivamente, sob os números 6.277, 6275 e 8.436 e apensadas à reclamação principal, nº 6.266.

Por ocasião do julgamento de mérito da Reclamação 6.266, o relator, ministro Ricardo Lewandowski, seguindo a mesma linha de raciocínio manifesta na decisão liminar acima citada, registrou que a Corte já havia se manifestado em diversas ocasiões no sentido de que, não obstante o teor de sua Súmula Vinculante 4, não poderia o Poder Judiciário estabelecer novas base de cálculo para o adicional de insalubridade, concluindo pelo acolhimento da reclamação para cassar a Súmula 228 do TST, exclusivamente no que dizia respeito à fixação do salário-base do trabalhador como base de cálculo do adicional de insalubridade devido. Tornava-se definitiva a suspensão do verbete sumular nesta parte.[35]

Não se pode olvidar, enfim, a decisão proferida no Recurso Extraordinário 565.714/SP (j. 7.11.2008, Tema nº 25), considerado como

---

[31] Idem.

[32] Ação protocolada em 17/07/2008.

[33] Ação protocolada em 17/07/2008.

[34] Ação protocolada em 15/06/2009.

[35] BRASIL, 2018b. A mesma decisão foi proferida no bojo das Reclamações 6.275 (2018a), 6.277 (2018c) e 8.436 (2018d).

precedente representativo da Súmula 4 e que teve como relatora a ministra Carmem Lúcia. Tratava-se de ação em que os policiais militares do estado de São Paulo postulavam que a Fazenda Pública estadual aplicasse a alíquota do adicional de insalubridade que lhes era devido sobre o valor total de sua remuneração, com fulcro no art. 7º, XXII, da CRFB/88, afastando-se a norma que previa como base de cálculo de tal parcela dois salários mínimos legais.

Na decisão subsequente, entendeu-se que, embora inconstitucional o cálculo do adicional de insalubridade sobre o salário mínimo (art. 192 da CLT), não é possível ao Judiciário modificar essa base de cálculo, de modo que, **até haver alteração da CLT, as empresas deveriam seguir pagando o adicional com o cálculo eivado de inconstitucionalidade** (objetando, pois, a analogia que o TST realizara na Súmula 228).

Como se vê, prevaleceu a lógica subjacente à decisão proferida pelo STF na Reclamação 6.275, no sentido de continuidade do uso do salário mínimo legal como base de cálculo do adicional de insalubridade. É inconstitucional; e, nada obstante, pague-se com o vezo da inconstitucionalidade, a despeito das outras alternativas juridicamente plausíveis.

4 Aplicação de salário profissional, salário normativo ou piso salarial como base do adicional de insalubridade?

A solução conferida pelo STF às reclamações supramencionadas – e que resultaram na cassação da Súmula 228 do TST – não refletem, com todas as vênias, a técnica mais adequada para o desate da questão abstrata. Como dito, a edição da Súmula Vinculante 4 introduziu uma lacuna no sistema jurídico-legislativo trabalhista, a qual haveria de ser colmatada pelo Poder Judiciário, com brevidade e coerência, a partir dos recursos geralmente instrumentalizados para esse efeito: a analogia, os costumes –

inexistentes nesse caso – e os princípios gerais de Direito (como, ainda, o teor do art. 8º da CLT, os princípios específicos do Direito do Trabalho). Isto não significa legislar, em absoluto, porquanto o próprio artigo 8º da CLT[36] e o artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro[37] permitem o uso de tais recursos, e em especial da analogia, nas hipóteses de lacuna normativa, realizando-se a integração jurídica do sistema.

Com efeito, seguindo o escólio de Delgado[38], a integração jurídica[39] consiste em um mecanismo por meio do qual o intérprete do Direito pode "preencher as lacunas normativas verificadas no sistema jurídico em face de um caso concreto, mediante o recurso a outras fontes normativas que possam ser especificamente aplicáveis". Isto porque o sistema normativo é pleno e ao juiz não é dado deixar de dizer o direito sob a alegação de inexistência de norma aplicável ao caso concreto, consoante inclusive o disposto no artigo 140 do CPC[40] (vedação do *non liquet*).

Para a aplicação da analogia, principal modo de autointegração jurídica, é necessário o preenchimento de três condições: 1) que a questão não tenha sido especificamente regulamentada pelo legislador (ou, no caso, que essa regulamentação seja nula, por inconstitucional); 2) que haja no sistema normativo regra jurídica que regule "situação ou relação que

[36] Diz o artigo 8º da CLT: "As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por eqüidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público." (BRASIL, 1943)

[37] Dispõe a citada norma: "Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito." (BRASIL, 1942)

[38] DELGADO, 2019, p. 277.

[39] A integração pode se dar por meio da autointegração ou heterointegração. A primeira, quando se recorre às normas do próprio ramo do direito em que se constata a lacuna e a segunda, nas hipóteses de se recorrer às fontes supletivas daquele ramo. Por meio desta, realiza-se a verdadeira aplicação de "fonte supletiva do direito, já que rege situações fáticas concretas somente em circunstâncias de utilização da operação integrativa." (DELGADO, 2019, p. 280).

[40] Art. 140, CPC: "O juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico." (BRASIL, 2015)

apresente ponto de contato, semelhança, coincidência ou identidade"; e 3) que o elemento de contato autorize a realização da analogia[41].

Como exposto na primeira parte do artigo, por meio da Súmula Vinculante 4, o STF asseverou que o salário mínimo não poderia servir como indexador de base de cálculo de vantagem de servidor ou empregado, salvo nos casos previstos na própria CRFB/88, o que não se dá nessa espécie.

Ora, o ordenamento jurídico-laboral contava – e conta – com o parágrafo 1º do artigo 193 consolidado, transcrito acima, que também objetiva regular hipótese de trabalho perverso, i.e., de condição de trabalho que implica risco à saúde do trabalhador. A "semelhança" exigida no segundo requisito supra é indiscutível, assim como, a partir da edição da SV 4, a lacuna prescrita no primeiro requisito era igualmente inapelável. Por fim, era inegável o "ponto de contato" entre o adicional de insalubridade e o de periculosidade (em ambos os casos, trabalho em condições fisicamente deletérias), assim como a sua cambialidade, constituindo-se mesmo no elemento principal a autorizar o uso da analogia.

Dessarte, aplicar a solução prevista para o adicional de periculosidade como alternativa para o equacionamento da lacuna aberta – a base de cálculo do adicional de insalubridade – não apenas implicaria em adequada técnica de autointegração do sistema jurídico, suprimindo a lacuna jurídica nela configurada, como também resultaria na melhor configuração hermenêutica à luz do disposto no artigo 7º, *caput, in fine,* e incisos XXII e XXIII, todos da CRFB/88, ao assegurar o direito à melhoria contínua das condições de trabalho e de vida do trabalhador – o que inclui a melhoria de seu patamar salarial – e o pagamento de adicionais sobre a

[41] DELGADO, 2019, p. 280.

remuneração (não sobre o salário mínimo); e, por fim, atenderia melhor ao próprio fim protetivo do Direito do Trabalho.

Daí porque, a nosso viso, a interpretação sufragada pelo Excelso Pretório para a base de cálculo do adicional de insalubridade esquivou-se dos melhores caminhos da hermenêutica constitucional. Nada obstante, ainda há pontos de abertura que, mesmo na indevida restrição, podem permitir alguma adequação constitucional.

Assim é que, nos casos em que houver *salário profissional* previsto para a categoria, como nas hipóteses dos radiologistas[42], médicos[43] e engenheiros[44] – cujas atividades profissionais geralmente engendram a exposição a agentes perigosos, insalubres ou penosos –, **tal salário deverá ser a base de cálculo da alíquota de insalubridade (10%, 20% ou 40%),** mesmo à vista da Súmula Vinculante 4 do STF e do que decidido nas Reclamações 6.266, 6275 6.277 e 8.436, mais uma vez por força do princípio constitucional da norma mais favorável – a consumar o vetor da melhoria contínua das condições de trabalho –, mas agora também por força do próprio princípio da legalidade formal: em tais casos, é *a lei em sentido formal* a estabelecer o *minimum minimorum* para a remuneração desses profissionais. Aplicar os adicionais de insalubridade sobre o salário mínimo nacional, ao arrepio das leis em questão, é negar a tais

[42] O piso salarial dos radiologistas é fixado pelo art. 16 da Lei 7.394/85. Contudo, por unanimidade, o STF, valendo-se da técnica de declaração de inconstitucionalidade sem decretação de nulidade da norma, na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 151-DF, em acórdão da relatoria do ministro Roberto Barroso, acolheu parcialmente o pedido da parte requerente e declarou não recepcionado o art. 16 da Lei 7.394/85. Todavia, determinou que continuem sendo aplicados os critérios da referida norma enquanto não aprovada nova base de cálculo por lei ou instrumento normativo da categoria; determinou, mais, que houvesse o congelamento da base de cálculo (dois salários mínimos vigentes em 13.05.2011, data do trânsito em julgado da liminar concedida nos autos).

[43] O piso salarial dos médicos é fixado no art. 5º da Lei 3.999/61, que estipula remuneração mínima de 3 salários mínimos e o do auxiliar, em 2 salários mínimos. A constitucionalidade do dispositivo legal é questionada no STF por meio da ADPF 325-DF.

[44] O trabalho dos engenheiros e dos diplomados em química, arquitetura, agronomia e veterinária é disciplinado pela Lei 4.950-A, de 22 de abril de 1966, cujo art. 5º estabelece o piso mínimo de seis vezes o salário mínimo vigente no país para os graduados em cursos com duração de 4 anos ou mais e de 5 vezes o salário mínimo para os graduados em cursos com duração inferior a 4 anos.

trabalhadores o direito legal-formal à mínima retribuição salarial, "criando", por decisão judicial, uma base salarial que a eles absolutamente não se aplica.

Que valha, pois, para esses casos, o mesmo critério avalizado pela Reclamação 6.266. Nada mais, nada menos.

De "pesos e medidas" díspares: à guisa de considerações finais

Como afinal demonstrado, o teor da Súmula Vinculante 4 e a jurisprudência que a baseou e que dela derivou, notadamente a partir das decisões proferidas no RE 565.714/SP e nas Reclamações 6.266, 6.277, 6275 e 8.436, cuidaram de manejar, para um resultado socialmente injusto, a técnica da declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade, cassando os efeitos da bem pronunciada Súmula 228 do TST (que, à vista da referida SV 4, havia estipulado como base de cálculo do adicional o salário contratual básico do trabalhador, por óbvia integração analógica estribada na hipótese do adicional de periculosidade).

Ao assim decidir, o Supremo Tribunal Federal ignorou o recurso à analogia, autorizado pelo art. 8º, *caput,* da CLT e pelo art. 4º da LINDB, a despeito de haver indiscutível lacuna legislativa, a partir da edição da SV 4, e de subsistir norma celetista com objetivo semelhante ao do art. 192 no subsequente art. 193 da CLT. E, para mais, com essa jurisprudência – já consolidada, diga-se, no Excelso Pretório e nas cortes trabalhistas –, negou máxima eficácia à norma-princípio da interpretação mais favorável (*in dubio pro operario*), que deriva do *caput* do art. 7º da Constituição, como também subverteu o princípio *pro homine*, curial para a hermenêutica em sede de direitos humanos fundamentais, à luz da própria jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (v., *exempli gratia*, CIDH, Opinião Consultiva 05/1985). Havia que partir, obviamente, da invencível constatação de que o direito insculpido no art. 7º, XXIII, da CRFB é um

direito social fundamental e, portanto, integra o rol dos "direitos humanos", na acepção do próprio art. 4º, II, da Constituição; logo, caberia optar por uma hermenêutica que ampliasse a fruição do direito, não a que incrementasse as suas restrições; e, mais, diante de um conflito aparente de normas (na espécie, as que poderiam colmatar a lacuna legislativa criada pela SV 4), haveria que se optar pela que *ampliava* o exercício do direito[45]. Caminhou-se no sentido diametralmente oposto.

Daí porque, afinal, essa "nova" jurisprudência do Excelso Pretório em sede jurídico-laboral, que ganha corpo especialmente a partir de 2009 – e que tem pendores marcadamente liberais, infensos à intervenção do Estado-juiz e do próprio Estado-legislador nas relações de trabalho –, em larga medida *destoa* das tendências verificadas em outros segmentos dogmáticos igualmente protecionistas, como o Direito do Consumidor (em favor dos destinatários finais de bens e serviços) e o próprio Direito Falimentar (em favor dos credores da massa falida; vide, a propósito, a ADI 3.934, sobre a Lei 11.101/2005). *Destoa* ainda, em boa medida, da jurisprudência abrigada por aquela Corte antes de 2009 (comparem-se, por exemplo, as decisões havidas no Mandado de Injunção 712, de 2007, admitindo até mesmo greves de estudantes, e na Reclamação 24.597, de 2016, excluindo do direito de greve – ao arrepio do art. 9º da CRFB – "atividades das quais dependam a manutenção da ordem pública e a segurança pública, a administração da Justiça e a saúde pública"). Esta própria interpretação em torno da base de cálculo do adicional de insalubridade, ora sob crítica, *destoa* do modelo de solução recentemente perfilhado pelo plenário do Supremo Tribunal Federal acerca da atualização dos créditos trabalhistas (ADCs 58 e 59; ADIs 5.867 e 6.021; relator ministro Gilmar Mendes, julgamento em 18.12.2020): nesse caso,

[45] GARCÍA, 2002, p. 105.

o plenário optou por um índice – a Selic – que simplesmente não tinha previsão para as relações de trabalho, em nenhum dos atos normativos em disputa (a TR, no art. 879, §7º, da CLT, consoante a redação da Lei 13.467/2017; ou o IPCA-E, no mesmo art. 879, §7º, consoante a redação do art. 28 da MP 905/2019, que caducou em 18.8.2020).

Com efeito, a prevalecer a lógica da Reclamação 6.266, por exemplo, *caberia preservar a atualização dos créditos trabalhistas pela TR* – apesar da sua inconstitucionalidade (STF, ADIs 4.357, 4.425, 4.400 e 4.425; TST, ArgInc 479-60.2011.5.04.0231) –, *com os juros de mora a 1% a.m., a partir do ajuizamento da ação* (CLT, art. 883). Optou-se, no entanto, pela taxa Selic, que já embute juros, incorporando-se *por decisão judicial* um índice jamais cogitado pelo legislador, para esse específico fim, e suprimindo-se a regra de juros tradicionalmente empregada nos processos trabalhistas – também por força de lei (CLT, art. 879, §7º; Lei 8.177/1991, art. 39) –, com resultado desfavorável aos trabalhadores em geral: a partir de agora, os créditos trabalhistas passam a figurar entre os "mais baratos" do mercado, considerando-se a evolução do IPCA-E, da TR e da Selic nos últimos oito anos (desde que se agreguem aos primeiros os juros de 1% a.m., e não se agreguem ao último). Assim, por exemplo, para 2010, a Selic acumulada totaliza 9,37%, enquanto a TR com juros (1%) chega a 12,68% e o IPCA-E com juros (1%) chega a 17,79% (a nosso ver, o resultado socialmente mais adequado, considerando-se as perdas monetárias efetivas do período e o necessário vetor punitivo que deve se estabelecer em um país que ainda alimenta certa cultura de sonegação de direitos sociais fundamentais). Para 2018, a Selic acumulada soma 6,39%, enquanto a TR com juros (1%) chega a 12% (apenas de juros, porque a TR "zerou" em 2108) e o IPCA-E com juros (1%) chega a 15,86%. Privilegiou-se, pois, o interesse do devedor trabalhista (e não a dicção da lei – apesar de inconstitucional –, como se fez na Reclamação 6.266 e subsequentes).

Com tais ímpetos – e com a sinalização contraditória que deles deriva –, o STF não contribui para a tão sublimada segurança jurídica. Ao contrário, compromete paulatinamente o dever legal de uma jurisprudência estável, íntegra e coerente, previsto no art. 926 do CPC[46].

Nada obstante, ainda restam ensejos para resgatá-la, ainda que parcialmente. Assim, *e.g.*, mesmo à luz da SV 4 e da jurisprudência construída a partir do RE 565.714/SP e das Reclamações 6.266, 6.277, 6275 e 8.436, será possível afirmar que, havendo salário profissional para a categoria, *fixado por lei* – como nos casos de técnicos em radiologia, médicos e engenheiros –, tal base remuneratória deve ser necessariamente utilizada como base de cálculo do adicional de insalubridade. Afinal, já não são bases de cálculo "criadas" pelo Poder Judiciário, mas *impostas* pelo Poder Legislativo, por intermédio de lei em sentido formal. Resulta *ilegal,* ao revés, calcular o adicional de insalubridade, nesses casos, com base em salário mínimo que, a rigor, não corresponde legalmente ao salário mínimo daquele específico profissional. Igual tese se aplica, ademais, aos casos em que convenções e acordos coletivos de trabalho fixam bases de cálculo diversas do salário mínimo (i.e., mais favoráveis), *especificamente* para o adicional de insalubridade (v., *e.g.,* o que decidido liminarmente no RE 565.714/SP).

O raciocínio jurídico chega a ser, nesses casos, cartesiano. Oxalá não seja igualmente desautorizado pela jurisprudência constitucional cambiante do último decênio, apesar dos precedentes. Inclusive porque, no afã de "modernizar" a compreensão constitucional, não raro o que se tem feito é *resgatar* teses que fariam sentido, talvez, no início do século XIX, quando ainda se alimentava a ingênua convicção da igualdade essencial da pessoa humana no imo da autonomia privada individual. Os

[46] BRASIL, 2015.

dois séculos ulteriores – e, na verdade, todo o século XVIII – revelaram a falácia dessa crença.

Eis, aliás, o que de logo chama Shakespeare à nossa memória:

No, Time, thou shalt not boast that I do change
Thy pyramids built up with newer might
To me are nothing novel, nothing strange;
They are but dressings of a former sight.

(Não, Tempo, não zombarás de minhas mudanças!
As pirâmides que novamente construíste
Não me parecem novas, nem estranhas;
Apenas as mesmas com novas vestimentas.)

SHAKESPEARE, William. Sonnets. Soneto 123 *In*: EDMONDSON, Paul; WELLS, Stanley (ed.). All the sonnets of Shakespeare. Cambrigde: Cambridge University, 2020. (Tradução nossa).

... É como é. Que a lição do Bardo jamais se perca.

Referências

Doutrina

DELGADO, Maurício Godinho**.** *Curso de Direito do Trabalho***.** 19. ed. São Paulo: LTr, 2019.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. Meio ambiente do trabalho: aspectos gerais e propedêuticos. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região*, Campinas, SP, n. 20, p. 160-203, jul./set. 2002.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. *Por um processo realmente efetivo***:** tutela processual de direitos humanos fundamentais e inflexões do "due process of law". São Paulo: LTr, 2016.

GARCÍA, Luis M. El derecho internacional de los derechos humanos. In: GARCÍA, L. (Coord.). *Los derechos humanos em el proceso penal.* Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2002.

HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland.* 4. Aufl. Heidelberg: C. F. Müller, 1970.

MENDES, Gilmar Ferreira. A declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade na Ação Direta de Inconstitucionalidade e no processo de controle abstrato da omissão**.** *Caderno Virtual*, 2008a. Disponível em: https://core.ac.uk/download/pdf/233834492.pdf. Acesso em 15 dez. 2020.

MENDES, Gilmar Ferreira. *A declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade e a declaração de inconstitucionalidade de caráter restritivo ou limitativo no direito brasileiro.* Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 13, jan./fev./mar. 2008b. Disponível em: http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=223. Acesso em 15 dez. 2020.

MESQUITA, Valena Jacob Chaves; TAVARES, Sílvia Gabriele Corrêa. Adicionais por exposição a riscos: uma reparação ilusória. In: FELICIANO, Guilherme Guimarães. URIAS; João; MARANHÃO, Ney. *Direito Ambiental do Trabalho: Apontamentos para uma teoria geral.* Vol. III. São Paulo: LTr, 2017.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Proteção jurídica à saúde do trabalhador.* 6. ed. São Paulo: LTr, 2011.

PRUNES, José Luiz Ferreira. *Trabalho perverso*: Insalubridade, Periculosidade e Penosidade no Direito Brasileiro do Trabalho. Curitiba: Juruá, 2000. v. I-II

ROBINSON, Carlos Alberto. A efetividade da Súmula Vinculante nº 04 do STF e suas repercussões na esfera trabalhista. *Revista Âmbito Jurídico*, 1 set. 2009. Disponível em: https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-68/a-efetividade-da-sumula-vinculante-n-04-do-stf-e-suas-repercussoes-na-esfera-trabalhista/. Acesso em 9 dez. 2020.

SALIBA, Tuffi Messias; CORRÊA, Márcia Chaves. *Insalubridade e periculosidade***.** 7. ed. São Paulo: LTr, 2004.

SILVA, Marina Faraco Siqueira e. *A declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto como técnica decisória autônoma da justiça constitucional brasileira*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp153326.pdf. Acesso em 15 dez. 2020.

TEODORO, Maria Cecília Máximo; DOMIGUES, Gustavo Magalhães de Paula Gonçalves. Adicionais de insalubridade e periculosidade: base de cumulatividade e efeitos preventivo e pedagógico. *Anais do XX Encontro Nacional do CONPEDI FUMEC*. Belo Horizonte. Florianópolis, CONPEDI, 2011. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/XXencontro/Integra.pdf. Acesso em 17 dez. 2020.

WAKI, Kléber de Souza. O adicional de insalubridade e a Súmula Vinculante n. 04 do STF. *Revista LTr*, ano 72, n. 9, p. 1057/1072, set. 2008.

Jurisprudência

BRASIL. Supremo Tribunal Federal**.** *Súmula Vinculante nº 4*. 30 abr. 2008a. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula740/false Acesso em: 16 mar. 2021.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Súmula n. 228*. Resolução n. 128/2008. DJ 04 e 07/07/2008. 2008b. Disponível em: https://www.tst.jus.br/web/guest/sumulas. Acesso em: 17 dez. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 565.714-1 - São Paulo. Relatora: Min. Carmem Lúcia. Recorrente: Carlos Eduardo Junqueira e Outros. Recorrido: Estado de São Paulo. Brasília, 30/4/2008. 2008c. Publicação: Dje n. 147, Publicação: 08/08/2008c. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=560067. Acesso em: 09 dez. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Arguição de Inconstitucionalidade n. 479-60.2011.5.04.02318**.** Relator: Min. Claudio Mascarenhas Brandão. Recorrente: Lissandra Angélica Marques. Recorrido: Município de Gravataí. Brasília, 4/8/2015. Disponível em: http://aplicacao04.tst.jus.br/consultaProcessual/resumoForm.do?consulta=1&numeroInt=118578&anoInt=2012&qtdAcesso=18579101. Acesso em: 20 dez. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Reclamação n. 6.275 São Paulo*. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Reclte. Unimed Ribeiro Preto Cooperativa de Trabalho Médico. Recldo. Tribunal Superior do Trabalho (Resolução 148/2008). Brasília, 11 de março de 2018a. Publicação: DJE n. 72, 13/04/2018. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2630067. Acesso em: 9 dez. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Reclamação n. 6.266 – Distrito Federal*. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Reclte. Confederação Nacional da Indústria. Recldo. Tribunal Superior do Trabalho (Súmula n. 228). Brasília, 11 de abril de 2018b. Publicação: DJE n. 74, 17/04/2018. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2629349. Acesso em: 9 dez. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Reclamação n. 6.277 – Distrito Federal*. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Reclte. Confederação Nacional de Saúde – Hospitais, Estabelecimentos e Serviços - CNS. Recldo. Tribunal Superior do Trabalho (Resolução n. 148/2008). Brasília, 11 de março de 2018c. Publicação: DJE n. 72, 13/04/2018. 2018c. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=314119851&ext=.pdf. Acesso em: 9 dez. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Reclamação n. 8.436 – São Paulo*. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Reclte. Confederação Nacional de Saúde – Hospitais, Estabelecimentos e Serviços - CNS. Recldo. Tribunal Superior do Trabalho (Resolução n. 148/2008). Brasília, 11 de abril de 2018d. Publicação: DJE n. 73, 16/04/2018. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2684075. Acesso em: 9 dez. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF n. 151-DF*. Relatora: Min. Roberto Barroso. Requerente: Confederação Nacional de Saúde – Hospitais, Estabelecimentos e Serviços - CNS. Brasília, 07.02.2019. Intdo: Presidente da República. Publicação: Dje n. 147, Publicação: 11/04/2019. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2637147. Acesso em: 17 dez. 2020.

Legislação

BRASIL. *Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942*. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro**.** Rio de Janeiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657.htm. Acesso em: 9 dez. 2020.

BRASIL. *Decreto-Lei n. 5452, de 1º de maio de 1943*. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho**.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 9 dez. 2020.

BRASIL. *Lei n. 3.999, de 15 de dezembro de 1961. Altera o salário-mínimo dos médicos e cirurgiões dentistas*. Brasília. Publicado no DOU 21/12/1961. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/l3999.htm. Acesso em: 17 dez. 2020.

BRASIL. *Lei n. 4.950-A, de 22 de abril de 1966. Dispõe sobre a remuneração dos profissionais diplomados em Engenharia, Química, Arquitetura, Agronomia e Veterinária***.** Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4950a.htm. Acesso em: 17 dez. 2020.

BRASIL**.** *Lei. n. 6.514, de 22 de dezembro de 1977*. Altera o Capítulo V do Titulo II da Consolidação das Leis do Trabalho, relativo a segurança e medicina do trabalho e dá outras providências. Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6514.htm Acesso em: 16 mar. 2021.

BRASIL. *NR 15 – Atividades e operações insalubres. Portaria MTb n. 3.214, de 08 de junho de 1978***.** Disponível em: https://sit.trabalho.gov.br/portal/images/SST/SST_normas_regulamentadoras/NR-15-atualizada-2019.pdf. Acesso em: 17 dez. 2020.

BRASIL. *NR 06 – Equipamentos de Proteção Individual – EPI. Portaria MTb n. 3.214, de 08 de junho de 1978*. Disponível em: https://sit.trabalho.gov.br/portal/images/SST/SST_normas_regulamentadoras/NR-06.pdf. Acesso em: 17 dez. 2020.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 17 dez. 2020.

BRASIL. *Lei n. 9.868, de 10 de Novembro de 1999*. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9868.htm. Acesso em 17 dez. 2020.

BRASIL. *Lei n. 13.105, de 16 de Março de 2015. Código de Processo Civil*. Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 12 dez. 2020.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). *Convenção nº 155*. Genebra, 1981. Disponível em: https://www.ilo.org/brasilia/convencoes/WCMS_236163/lang--pt/index.htm , acesso em: 16 mar. 2021.

Capítulo 5

Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) 709.212 e o afastamento da prescrição trintenária para a cobrança do FGTS: segurança júridica ou poder econômico sem freios?

Ligia Barros de Freitas [1]
Karen Artur [2]

1 Introdução

Este artigo faz parte da agenda de estudos mais recentes das autoras sobre Ações Diretas de Inconstitucionalidades (ADI) que questionam os artigos instituídos pela Reforma Trabalhista. Entende-se que o STF já vinha promovendo posicionamentos mais flexibilizantes do Direito do Trabalho, iniciando a reforma via Judiciário, bem como aplicando ideais liberalizantes e ressignificando os direitos fundamentais sociais dos trabalhadores, com isso avançando nas posições pró-mercado. O objeto do presente trabalho é a análise dos votos dos ministros no julgamento do Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) 709.212, que afastou a prescrição trintenária para estabelecer a quinquenal, matéria de repercussão geral (Tema 608).

O FGTS foi estabelecido sob a ótica dos direitos do trabalho como empecilho à livre iniciativa e ao crescimento econômico. No âmbito jurídico, ao longo do tempo, e com sua posterior consolidação como um direito, já num contexto democrático, a doutrina disseminou a ideia da complexidade do instituto[3].

---

[1] Doutora em Ciência Política pela UFSCar. Professora adjunta da Faculdade de Direito da UEMG.

[2] Doutora em Ciência Política pela UFSCar. Professora adjunta da Faculdade de Direito da UFJF.

[3] "Então, se tivéssemos realmente de classificá-lo, teríamos de reconhecê-lo como direito individual trabalhista (adquirido no momento em que o trabalhador se insere em um vínculo de emprego); direito social (constitui medida de inibição da despedida e de acesso a bens básicos para a sobrevivência digna); direito previdenciário (assegura a

Foi justamente sobre a natureza jurídica que se construiu a tese vencedora no referido julgamento, sem base doutrinária que a legitimasse, mas sempre com o discurso, que se repete nos julgamentos das ADI sobre a Reforma Trabalhista, de promoção da segurança jurídica.

Esta pesquisa centra-se no julgamento pelo Pleno do STF do ARE 709.212, ocorrido em 13 de março de 2014, sobre o prazo prescricional para a cobrança dos valores do FGTS, quando é afastada a prescrição trintenária para fixar a quinquenal, em nome de uma "segurança jurídica", dando novas interpretações sobre a natureza jurídica do instituto, desconsiderando a jurisprudência consolidada do TST e a do próprio STF sobre o assunto.

Além desta introdução e das considerações finais, o presente artigo está dividido em duas outras seções. Na primeira seção, são expostos os argumentos favoráveis à prescrição quinquenal, posição prevalecente e consoante com o voto do relator, ministro Gilmar Mendes; na segunda seção, são apresentados os votos dos ministros Teori Zavascki e Rosa Weber, a favor da prescrição trintenária. Concluímos que, em nome da segurança jurídica, tal decisão aponta para a posição da Corte de desequilibrar as relações de trabalho, ao favorecer o poder econômico em detrimento dos direitos fundamentais e demais valores democráticos.

2 Alteraçao do entendimento consolidado do STF sobre a natureza jurídica do FGTS e o desequilíbrio em favor do poder econômico

A questão sobre a prescrição do FGTS, que teve sua repercussão geral reconhecida em 2013, centrou-se sobre a aplicação do artigo 23, §5º, da Lei 8036/90, que dispunha o prazo de 30 anos; da mesma forma, o artigo 55 do Decreto 99.684/90, que regulamentava a referida lei, em oposição

manutenção da subsistência quando da perda do vínculo) e direito tributário (os recursos do fundo são utilizados pelo governo para a realização de projetos sociais como a construção de casa própria)". (SEVERO, 2015, p. 3)

ao artigo 7º, III, da Constituição Federal (CF), que arrolou o FGTS como direito dos trabalhadores rurais e urbanos, e o art. 7º XXIX, o qual prevê a prescrição quinquenal para os créditos resultantes das relações de trabalho. Com isso, os votos passaram à discussão da natureza jurídica do FGTS, se híbrida – ao mesmo tempo previdenciária, enquanto contribuição, e trabalhista, como salário diferido ou indenizatório – ou então se unicamente um crédito trabalhista.

O voto de relator, ministro Gilmar Mendes, traz um longo histórico do entendimento do TST sobre a prescrição do FGTS. Inicia elencando o Enunciado 95[4], que, em 1980, reconheceu como trintenária a prescrição, sendo ainda, nessa época, a estabilidade de emprego uma alternativa.

Igualmente, percorreu o posicionamento do STF, que, antes da Constituição Federal de 1988, decidiu pelo prazo trintenário, em virtude do art. 20 da Lei 5.107/1966 (Lei do FGTS anterior) c/c art. 144 da Lei 1.807/1960 (Lei Orgânica da Previdência Social). Além disso, mencionou um julgado em que não foi reconhecida a natureza de tributo do FGTS, mas atribuiu ao instituto a mesma natureza das contribuições devidas à Previdência Social, ou seja, a prescrição de trinta anos.

Embora reconheça a natureza complexa e multifacetada do FGTS, o ministro, para defender a sua posição de alterar a jurisprudência da Corte, menciona uma única doutrina trabalhista, isolada, do doutrinador Sérgio Pinto Martins, que entendeu que com a Constituição Federal de 1988 o FGTS passa a ser um crédito trabalhista. Refere-se, ainda, ao entendimento de 2003 do TST, no Enunciado 362, que, embora reconhecendo a prescrição trintenária do FGTS, estabeleceu o prazo de dois anos após o término do contrato de trabalho para o direito de ação.

[4] Enunciado 95: "É trintenária a prescrição do direito de reclamar contra o não recolhimento da contribuição para o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço." (BRASIL, 2003)

Assim, em seu entender, aplicou o art. 7º, XXIX CF, considerando o FGTS como crédito trabalhista, ainda que parcialmente.

> Não há dúvida de que os valores devidos ao FGTS são "créditos resultantes das relações de trabalho", na medida em que, conforme salientado anteriormente, o FGTS é um direito de índole social e trabalhista, que decorre diretamente da relação de trabalho (conceito, repita-se, mais amplo do que o da mera relação de emprego).
> Registre-se que a aplicabilidade do disposto no art. 7º, XXIX, da Constituição à cobrança judicial dos valores relativos FGTS foi reconhecida até mesmo pelo Tribunal Superior do Trabalho, embora apenas de forma parcial, restritiva e até mesmo contraditória.
> Refiro-me à edição, em 2003, do Enunciado 362, segundo o qual "é trintenária a prescrição do direito de reclamar contra o não recolhimento da contribuição para o FGTS, observado o prazo de 2 (dois) anos após o término do contrato de trabalho".
> Em outras palavras, a Corte Trabalhista entendeu ser aplicável apenas a parte do dispositivo constitucional que prevê o prazo de dois anos após a extinção do contrato de trabalho, olvidando-se do disposto na primeira parte do dispositivo (o direito de reclamar o depósito do FGTS somente alcançaria os últimos cinco anos)[5].

Entrando mais nos argumentos casuísticos sobre a manutenção de prazo prescricional dilatado, o ministro relator rebate o argumento de que o trabalhador ficaria impossibilitado de exigir judicialmente as contribuições não recolhidas durante o contrato de trabalho, sob pena de dispensa, frente às ferramentas à sua disposição, quais sejam: a obrigatoriedade dos empregadores comunicarem mensalmente os valores recolhidos ao empregado; a possibilidade do sindicato exigir o depósito; a inscrição na Dívida Ativa dos débitos para com o FGTS pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional.

[5] BRASIL (2015). Voto do relator, ministro Gilmar Mendes

Completando seu voto, julgou pela modulação dos efeitos da decisão: efeitos *ex nunc*. Logo, àqueles para os quais o termo inicial da prescrição ocorresse após a data do julgamento, aplicar-se-ia o prazo de cinco anos. Para os outros casos em que o prazo prescricional já estivesse em curso, seria aplicado o que ocorresse primeiro, ou os trinta anos, contados do termo inicial, ou os cinco, a partir da decisão.

O ministro Gilmar Mendes utilizou-se de apenas um doutrinador, então minoritário na questão, para afirmar a natureza trabalhista do instituto com o objetivo de aplicar a prescrição trabalhista, em nítido retrocesso social. Essa prática de deslegitimação de entendimentos da doutrina trabalhista vinculada ao combate a tal retrocesso tem sido comum em seus argumentos, a exemplo de sua decisão mais recente sobre a terceirização, em junho de 2020[6].

No caso estudado, segundo o ministro relator, o princípio de proteção deve ser analisado em consonância com a necessidade de segurança jurídica. Porém, essa segurança jurídica é vista apenas sob o prisma da livre iniciativa. Assim, a livre iniciativa exaltada não é a presente na Constituição Federal de 1988, que a subordina ao valor social do trabalho. A real consequência de decisões com esse mote é a utilização da livre iniciativa para o não cumprimento das obrigações sociais, com consequências para toda a sociedade.

Entende-se, neste trabalho, que, ao contrário do que se quer aparentar na Corte, o argumento significa mais um passaporte para a imposição de um poderio econômico do que a construção de liberdades para todos.

O ministro Luís Roberto Barroso votou com o relator, expondo em seu voto que não restavam dúvidas sobre a natureza trabalhista, e não

[6] Para um histórico de decisões do STF, ver: PAIXÃO; LOURENÇO FILHO (2020).

tributária ou previdenciária, do FGTS, por força do art. 7º, II da CF, sendo consequência natural a aplicação do prazo quinquenal previsto no artigo 7º, XXIX da CF. Fundamentou ser o prazo de 30 anos "excessivo e desarrazoado, o que compromete o princípio da segurança jurídica"[7].

> A previsão de um prazo tão dilatado eterniza pretensões no tempo e estimula a litigiosidade – problema que já se tornou crônico no Brasil –, em prejuízo da necessária estabilização das relações jurídicas. Nenhuma dívida pecuniária deveria poder ser cobrada judicialmente trinta anos depois de seu inadimplemento [8].

O ministro Marco Aurélio Mendes de Farias Mello, em sintonia com o relator e com o ministro Luís Roberto Barroso, entendendo pela natureza trabalhista do FGTS, defendeu a aplicabilidade do artigo 7º, XXIX da CF, interpretando ser o prazo de dois anos decadencial para buscar o reconhecimento do direito substancial em si, após rompido o vínculo empregatício, e prescricional de cinco anos quanto à pretensão reivindicada. Mais radicalmente, quanto à modulação, foi contrário, por entender que o trabalhador, ao receber o extrato do FGTS e constatar que não houve o depósito, pode ingressar de imediato com a ação, o que geralmente acontecia, segundo o ministro:

> Digo que o trabalhador não tem fôlego para deixar transcorrer período maior visando ajuizar ação trabalhista. Ajuíza de imediato, e ressaltou o ministro Gilmar Mendes que nós – recebo até hoje – recebemos, como titulares de conta do Fundo de Garantia, extrato da Caixa Econômica sobre os depósitos efetuados. Então, ou bem constata que não houve o depósito, principalmente cessado o vínculo empregatício e ajuíza a ação, ou não a ajuíza, tendo os depósitos como feitos.

[7] BRASIL (2015). Voto do ministro Luís Roberto Barroso.

[8] BRASIL (2015). Voto do ministro Luís Roberto Barroso.

> Entender-se caber a modulação, a essa altura, implicará celeuma incrível. Implicará ensejar que aqueles que, até hoje, não entraram com a ação trabalhista possam entrar com essa mesma ação, em que pese o decurso dos dois anos a partir da cessação do contrato de trabalho, e também o decurso dos cinco anos. Em vez de estar-se solucionando uma problemática social, estar-se-á criando, sobrecarregando ainda mais a máquina judiciária, problema de estatura[9].

A qualidade dos argumentos dos ministros nessa decisão deixa muito a desejar se forem consideradas como parâmetros as discussões, por exemplo, sobre as instituições europeias, debates esses que contestam as visões e as decisões institucionais que dão proeminência às liberdades de mercado, em detrimento de objetivos sociais e da própria democracia. Desse modo, contrariamente à naturalização, pelas Cortes, da liberalização do mercado, observamos, em autores de diferentes países[10], um esforço acadêmico em prevenir que a concentração de poder econômico implique em grandes desvantagens sociais e em tamanho poder político que acabe por minar os valores democráticos e os próprios direitos humanos.

> (...) the freedom to conduct a business has a role to play in ensuring a robust democracy, to the extent that it helps to empower individuals – especially those who are disadvantaged – through economic activity, to prevent concentrations of (economic) power and equalize societal asymmetries. As a human right it should not, under such a constitutional democratic reading, provide a 'sword' for companies in the operation of their business against

[9] BRASIL (2015). Voto do ministro Marco Aurélio de Mello.

[10] Na Europa, podem ser citadas as preocupações de GARBEN, Sacha. Balancing fundamental social and economic rights in the EU: in search of a better method. *In* VANHERCKE, Bart; GHAILANI, Dalila; SLAVINA, Spasova; Philippe Pochet (eds). *Social policy in the European Union 1999-2019*: the long and winding road. Brussels:European Trade Union Institute (ETUI) and European Social Observatory, 2020, p.57-70; nos Estados Unidos, tem-se a literatura utilizada por Wendy Brown (2015) sobre o direito e economia. No Brasil, além de toda a agenda dos pesquisadores da RENAPEDTS e da REMIR, estão os apontamentos de Ana Frazão, que podem ser levantados em EJUD 5**.** Profª. Ana Frazão (UnB), dia 06 de agosto de 2020, 14- 16 h. Moderador: Danilo Gaspar (Juiz. TRT5**).** Novos pilares para uma economia que contemple o Direito do Trabalho**.** Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=WnVfdu6h7vw. Acesso em 21 dez 2020.

> workers, citizens and general public interest standards; that would be counterproductive[11].

Nesse sentido, nota-se que a atividade econômica só pode realizar-se, dentro de uma abordagem efetivamente liberal, e, assim, não concentradora do poder econômico, se permitir o desenvolvimento individual e coletivo dos cidadãos. Portanto, ainda nesse quadrante teórico, trazendo a influência de Amartya Sen[12], os direitos fundamentais exigem realização, de modo que implicam em obrigações que devem ser direcionadas a promover as necessidades essenciais das pessoas e suas liberdades. Desse modo, há um imperativo ético de máxima efetividade desses direitos rumo a tal desenvolvimento, jamais de sua restrição.

No entanto, a decisão tomada buscou inovar na interpretação judicial para, ao qualificar o direito, restringir a sua realização. Essa decisão pode implicar, na prática, dificuldades de recebimento do direito em questão, com o agravamento das necessidades dos trabalhadores.

Apesar do claro contexto brasileiro de baixo cumprimento das obrigações trabalhistas, o ministro Gilmar Mendes entendeu como condições suficientes para justificar a restrição da prescrição, até então trintenária, a possibilidade de os trabalhadores acompanharem os depósitos do FGTS e a existência de instituições fiscalizadoras[13]. Idealiza-se, portanto, um trabalhador plenamente livre, dotado de informações e atuando num arranjo institucional acessível, quando, na realidade, tem-se um cenário de total insegurança diante do poder do empregador, do desemprego, da reiterada negação de direitos básicos e de instituições

[11]GARBEN, citada na nota acima. (2020, p. 62-63)

[12] SEN (2000).

[13] Argumento também criticado por Coutinho (2017).

públicas cada vez mais esvaziadas de recursos e sentidos protetivos, tanto via decisões judiciais, como por meio das sucessivas reformas[14].

Por fim, para além dos argumentos direcionados para as consequências das decisões para o mercado, há que se retomar o argumento dessas consequências para toda a sociedade. Trata-se aqui, portanto, de um consequencialismo honesto, que não direcione sua visão apenas para a concentração de poderes, traduzida em vantagens. Aqui, a obra de Brown[15] é importante por lembrar que essa liberdade aclamada em interpretações judiciais pode estar sustentada em apenas uma dimensão – a individual (com grandes corporações sendo tratadas como sujeitos de direitos) –, descartando as várias tradições que enriqueceram, e enriquecem, na dinâmica das lutas sociais, outras visões sobre a liberdade.

Há, portanto, um elitismo que imprime uma única visão em suas decisões, afastando as discussões sobre o poder econômico. Assim, o Direito ganha o papel de tecnologia de desregulação, por meio da qual tudo que trata de justiça social, desigualdades, participação, real autonomia coletiva, necessidade de políticas públicas, enfim, o próprio Direito do Trabalho, atrapalha a única liberdade pretendida – a do livre mercado. Avançar nesses argumentos é apontar quem ganha o quê, quando, como. É falar sobre as regras do jogo, vencedores e perdedores. É tratar das diversas tradições que abordam a não exploração, o direito ao reconhecimento e à deliberação.

Nesse sentido, em artigo da época do julgado aqui analisado, Nicoladeli e Opuszka notaram a ausência da participação social:

[14] KREIN; OLIVEIRA; FILGUEIRAS (orgs.) (2019).

[15] BROWN (2015).

> Pergunta-se: dado o impacto e a relevância do julgado, não caberia ouvir a comunidade interessada no julgado? Minimamente, centrais sindicais, entidades patronais, conselho curador do FGTS e Poder Executivo não deveriam ter se manifestado em audiência pública, ante a repercussão da decisão judicial?[16]

Esse elitismo estava presente nas discussões da Assembleia Constituinte[17] e é resgatado por uma Corte que tem muito poder, que trabalhou para tê-lo[18], que decide quais grupos podem acessá-la, e com que pauta, e que, com suas decisões pró mercado, acaba por aumentar o político e o econômico em detrimento do projeto solidário constitucional, afrontando seus princípios de dignidade da pessoa humana, da valorização do trabalho, da justiça social e do não retrocesso social.

3 A defesa da natureza híbrida do FGTS e do não retrocesso social

Divergindo da interpretação dada pelo relator, o ministro Teori Zavascki entendia existirem duas relações envolvendo o FGTS: uma do Fundo com o empregador, na qual a prestação é uma contribuição mensal, cuja natureza não é salarial, nem poderia ser trabalhista, pois devida diretamente ao empregado; e a segunda relação, do Fundo com o empregado, quando este último tem uma expectativa de levantá-lo.

Conforme sua interpretação, o legitimado a cobrar as contribuições não efetuadas era o próprio Fundo, através do seu órgão gestor, e o empregado seria o substituto processual. Portanto, não seria o FGTS um crédito trabalhista, não devendo seguir a prescrição quinquenal. "Enfim, eu dou uma interpretação ao inciso XXIX do artigo 7º da Constituição no sentido de que se aplica às ações em que os empregados estão reclamando

[16] NICOLADELI; OPUSZKA (2015, p. 17).

[17] COSTA (2013).

[18] KOERNER; FREITAS (2013).

verbas diretamente decorrentes do contrato de trabalho em seu favor, devidos pelo empregador"[19].

A ministra Rosa Weber inicia seu voto expondo que nada evita que a Corte Constitucional revise seus diferentes temas e institutos, alterando sua jurisprudência, porém com a observância do princípio da vedação do retrocesso social. Com isso, recordou que o Direito do Trabalho é informado pelo princípio básico da proteção do trabalhador, que objetiva restabelecer o equilíbrio entre os sujeitos da relação de emprego.

Argumenta que frente ao princípio da proteção, nada impede que a Constituição tenha fixado um prazo prescricional determinado – como fez no artigo 7º, XXIX, e que, em função de uma norma, que pode ser de uma legislação infraconstitucional, como a Lei 8036/90, expressamente assegure a prescrição trintenária do FGTS, tudo em consonância ao artigo 8º da CLT, aplicando-se o princípio da norma mais favorável.

> Nada impede, enfatizo, que contratualmente, ou por negociação coletiva, ou ainda por legislação infraconstitucional, outros direitos sejam acrescidos.
> Nessa ótica, Senhor Presidente, com todo respeito, tenho enorme dificuldade em acatar tese que veja inconstitucionalidade no art. 23, § 5º, da Lei nº 8.036/1990 – que nada tem a ver com a pretensão exercida pelo trabalhador em juízo –, para, utilizado como parâmetro o art. 7º, XXIX, da CF, concluir pela sua inconstitucionalidade. Para mim, não há como chegar a essa conclusão. A construção feita – e então eu também, com todo respeito, divirjo do Ministro Gilmar – no Enunciado nº 362 do Tribunal Superior do Trabalho justamente respeita os dois anos da extinção do contrato de trabalho.
> (...) Não aplica a prescrição trintenária para todo e qualquer depósito pedido, mas somente quanto aos depósitos incidentes sobre aquilo que foi pago com natureza remuneratória pelo empregador no curso do contrato de trabalho. Por isso é que se faz essa distinção. Não poderia o Tribunal Superior do Trabalho desconsiderar o limite de dois anos após a extinção do contrato de

[19] BRASIL (2015). Voto do ministro Teori Zavascki.

> trabalho, mas entendeu possível sim, à luz de norma mais benéfica, reconhecer o prazo prescricional de trinta anos, exclusivamente – repito – quanto àqueles depósitos que deveriam ter sido efetuados sobre as verbas remuneratórias pagas [20].

Ademais, aponta não ser o FGTS apenas um direito trabalhista, bem como nota que o doutrinador citado por Gilmar Mendes era voz isolada no ponto de vista defendido. A ministra, concordando expressamente com o ministro Teori Zavascki, apontou que o FGTS não se resumo somente aos depósitos do trabalhador, sendo constituído de outros recursos, dessa forma constituindo-se em fundo social de aplicação variada e, logo, não se limitando a um direito trabalhista, antes possuindo natureza híbrida. Portanto, a ministra destaca-se ao afirmar que o argumento do ministro Gilmar Mendes, ao consubstanciar-se em decisão da Corte, pode significar um verdadeiro retrocesso, tanto do entendimento do STF como dos direitos sociais.

Considerações finais

O julgamento da ARE 709.012, conforme apresentado, teve apenas dois votos vencidos, da ministra Rosa Weber e do ministro Teori Zavascki, e um voto parcialmente vencido, somente quanto à modulação, do ministro Marco Aurélio Mendes de Farias Mello.

O ministro relator, Gilmar Mendes, com apoio em votos expressos dos ministros Luís Roberto Barroso e Marco Aurélio Mendes de Farias Mello, sobre a pertinência da prescrição quinquenal, construiu a argumentação jurídica de não aplicação do artigo 23, §5º, da Lei 8036/90, que dispunha o prazo de 30 anos, e do artigo 55 do Decreto 99.684/90. Com isso, desconstruiu a jurisprudência firmada do próprio STF,

[20] BRASIL (2015). Voto da ministra Rosa Weber.

alterando o entendimento sobre a natureza jurídica do FGTS, de híbrida para crédito trabalhista, tudo em nome de uma "segurança jurídica" pretendida para as relações de trabalho.

A ministra Rosa Weber, na ocasião a única integrante do STF que realmente veio dos quadros trabalhistas, ou seja, uma das vozes mais autorizadas e conhecedoras do Direito do Trabalho, em seu voto apontou os perigos de retrocesso social em que a Corte incorria com a alteração de entendimento e a limitação do direito do trabalhador na prescrição trintenária do FGTS, principalmente frente aos princípios desse ramo especializado do Direito. O seu voto reforçou o outro voto dissidente, do ministro Teori Zavascki, que entendeu que o XXIX do artigo 7º da CF, sobre a prescrição quinquenal, somente aplicar-se-ia em verbas trabalhistas demandadas diretamente pelo trabalhador, o que não era o caso quando pleiteava-se depósitos não realizados do FGTS, momento em que o trabalhador era substituto processual.

Este trabalho partiu do papel de decisões do STF que continham o sentido da desconstitucionalização dos direitos do trabalho, mesmo antes da Reforma Trabalhista, para analisar os argumentos dos ministros no ARE 709212. Por meio de uma abordagem que valoriza os estudos interdisciplinares, apontou para a presença de valores, na decisão estudada, que resultam no aumento desmensurado do poder econômico e no fechamento do Direito para as demandas contra as desigualdades.

O que se afirma é que, ao desmerecer o princípio da proteção ao trabalho, da vedação do retrocesso social – enfim, a construção normativa em torno da ideia de que o trabalho não é uma mercadoria –, a Corte encerra-se não apenas para conformar um desequilíbrio de poder dentro de relações privadas, mas para afastar-se do enriquecimento que as várias tradições do pensamento motivaram e estão a motivar, com suas multifacetadas dimensões da liberdade humana. Com isso, onde se

alimenta uma ideia injusta de segurança jurídica, crescem as tensões que minam a qualidade de vida das pessoas e suas relações com as instituições e com a própria democracia.

Referências

BRASIL. STF. *ARE 709.212*. 2015. Acórdão. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4294417. Acesso em: 21 dez. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Enunciado 95*. 2003. Cancelado em 2015. Disponível em: https://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_51_100.html#SUM-95 Acesso em: 16 mar. 2021.

BROWN, Wendy. *Undoing the demos: neoliberalism's stealth revolution*. New York, Zone Books, 2015.

COSTA, Tarcísio. O debate constituinte: uma linguagem democrática*? Lua Nova***,** São Paulo, n. 88, p. 89-140, 2013.

COUTINHO, Aldacy Rachid. Retrocesso social em tempos de crise ou haverá esperança para o direito do trabalho? uma análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *Revista do TST***,** São Paulo, v. 83, n. 3, p. 17-58, jul/set. 2017.

EJUD 5. Profª. Ana Frazão (UnB), dia 06 de agosto de 2020, 14- 16 h. Moderador: Danilo Gaspar (Juiz. TRT5). Novos pilares para uma economia que contemple o Direito do Trabalho. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=WnVfdu6h7vw. Acesso em 21 dez. 2020.

GARBEN, Sacha. Balancing fundamental social and economic rights in the EU: in search of a better method. *In*: VANHERCKE, Bart; GHAILANI, Dalila; SLAVINA, Spasova; POCHET, Philippe (eds.). *Social policy in the European Union 1999-2019***:** the long and winding road. Brussels:European Trade Union Institute (ETUI) and European Social Observatory, p. 57-70, 2020.

KOERNER, Andrei; FREITAS, Lígia Barros de. O Supremo na Constituinte e a Constituinte no Supremo. *Lua Nova*, São Paulo, n. 88, p. 141-184, 2013.

KREIN, José Dari; OLIVEIRA, Roberto Véras; FILGUEIRAS, Vitor Araújo (orgs.) *Reforma Trabalhista no Brasil*: promesssas e realidade. Campinas: REMIR/Curt Nimuendajú, 2019.

NICOLADELI, Sandro Lunard; OPUSZKA, Paulo Ricardo. Da rendição do Fundo Público: FGTS e prescrição da exigibilidade de depósitos em fundo público conforme julgamento do ARE 709212 pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal**.** *Revista do TRT da 9ª. Região,* v. 4, n. 41, p. 13-20, jun. 2015.

PAIXÃO, Cristiano; LOURENÇO FILHO, Ricardo. *O STF e o direito do trabalho: as três fases da destruição*. ANANATRA. 30 de junho de 2020. Disponível em: https://www.anamatra.org.br/artigos/30068-o-stf-e-o-direito-do-trabalho-as-tres-fases-da-destruicao. Acesso em 21 dez 2020.

SEN, Amartya K. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SEVERO, Valdete Souto. O desmanche do direito do trabalho e a recente decisão do STF sobre a prescrição. *Revista da TRT da 4ª Região*, ano XI, n. 177, p. 56-70, fev. 2015.

Capítulo 6

A ADI 4842 e a legitimação da jornada 12x36 pelo STF

Isabela Fadul de Oliveira [1]
Paula Freitas de Almeida [2]

1 Introdução

A Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4842, proposta no Supremo Tribunal Federal (STF) e de relatoria do ministro Edson Fachin, foi uma ação completa do ponto de vista da representação das diversas camadas sociais interessadas. Teve como requerente o procurador-geral da República e contou com a representação legal por advogado-geral da União e, ainda, de uma série de sindicatos representativos da categoria de bombeiros e brigadistas como *amici curiae*. A controvérsia trazida a juízo foi assim apresentada em ementa do acórdão da ADI 4842:

> EMENTA. DIREITO DO TRABALHO. JORNADA DO BOMBEIRO CIVIL. JORNADA DE 12 (DOZE) HORAS DE TRABALHO POR 36 (TRINTA E SEIS HORAS) DE DESCANSO. DIREITO À SAÚDE (ART. 196 DA CRFB). DIREITO À JORNADA DE TRABALHO (ART. 70, XIII, DA CRFB). DIREITO À PROTEÇÃO CONTRA RISCO À SAÚDE DO TRABALHADOR (ART. 7º, XXII, DA CRFB). 1. A jornada de 12 (doze) horas de trabalho por 36 (trinta e seis) horas de descanso não afronta o art. 7º, XIII, da Constituição da República, pois encontra-se respaldada na faculdade, conferida pela norma constitucional, de compensação de horários. 2. A proteção à saúde do trabalhador (art. 196 da CRFB) e à redução dos riscos inerentes ao trabalho (art. 7º, XXII, da CRFB)

[1] Doutora em Direito do Trabalho pela USP. Docente da Faculdade de Direito da UFBA. Pesquisadora dos grupos de pesquisa "Trabalho, Precarização e Resistências" (CRH/UFBA) e "Transformações do Trabalho, Democracia e Proteção Social". (TTDPS/UBA).

[2] Pesquisadora em Relações de Trabalho via Plataforma Digital (GTTD/REMIR Trabalho). Doutoranda em Desenvolvimento Econômico (CESIT/IE/Unicamp). Bolsista do *International Center for Development and Decent Work* (ICDD/*Germany*).

> não são "*ipso facto*" desrespeitadas pela jornada de trabalho dos bombeiros civis, tendo em vista que para cada 12 (doze) horas trabalhadas há 36 (trinta e seis) horas de descanso e também prevalece o limite de 36 (trinta e seis) horas de jornada semanal. 3. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente[3].

Apesar de a análise recair sobre a jornada de trabalho do bombeiro constante do art. 5º da Lei nº 11.901/2009, em verdade a decisão da ação implica admitir como constitucional a ampla contratação da jornada 12x36, subtraindo-lhe o caráter excetivo às normas de limitação do tempo de trabalho e normalizando o seu uso. Dois aspectos estruturantes da preservação da condição humana encetados nos direitos fundamentais sociais e protegidos pela ordem constitucional brasileira são colocados em xeque, a saber i) o limite máximo constitucional de horas a serem trabalhadas em um dia; e ii) a natureza de norma de ordem pública das normas que limitam o tempo de trabalho.

Acredita-se que as conclusões do STF indicam que o Colendo Tribunal, ao julgar a ADI nº 4842, ocupou-se em reproduzir o primado neoliberal, cuja aplicação à regulação protetiva do trabalho afasta suas normas e mitiga o papel do Direito do Trabalho como mediador das assimetrias entre capital e trabalho. Mas vai além de fortalecer a premissa do negociado sobre o legislado, para reconhecer a contratação da jornada 12x36 como algo alcançado pela ampla liberdade de contratação do empregador. A exegese constitucional em discussão, portanto, parece ter instrumentalizado argumentos que legitimam o redesenho institucional neoliberal e fazem sobrepujar o Direito do Trabalho de Exceção, nos

[3] BRASIL, 2017.

termos de Ferreira[4], quando, ao final, normaliza uma jornada de trabalho até então excetiva.

Para identificar a verdade da hipótese de trabalho, este texto está dividido em duas partes, além da introdução e da conclusão. Na primeira parte, se fará considerações sobre a proteção social do trabalho na sua perspectiva histórica e constitucional. Depois, definir-se-á o Direito do Trabalho de Exceção localizado no contexto do neoliberalismo enquanto razão de mundo, para em seguida se identificar os argumentos utilizados pelas ministras e ministros no acórdão prolatado no âmbito da ADI 4842, quando se analisará seus sentidos para a ordem jurídica laboral, especialmente quanto i) à tendência de se afastar do escopo protetivo e se aproximar da lógica neoliberal no grande espectro existente entre os dois polos; ii) a atribuir interpretação constitucional que afronta sua literalidade quanto ao limite máximo constitucional da jornada diária de trabalho; e iii) à normalização da jornada de 12 horas de trabalho por 36 horas de descanso (12x36), excluindo-lhe o caráter excetivo e desnaturando as normas de limitação do tempo de trabalho.

2 Considerações sobre a proteção social do trabalho

O conflito entre capital e trabalho, que demarca as assimetrias que fazem o primeiro preponderar sobre o segundo, tem lugar sobretudo nas disputas concernentes à limitação do tempo de trabalho e remuneração. Esses aspectos da relação de trabalho devem ser considerados não só como centrais na retribuição proporcional pelo trabalho realizado, mas, ainda, numa perspectiva de progressividade da melhoria da condição humana, devem ser instrumentalizados como política de distribuição de riqueza e de oferta da sadia qualidade de vida. As disputas entre capital e trabalho

[4] FERREIRA, 2012.

tensionam a pressão sobre o rebaixamento da remuneração, conjuntamente com o prolongamento e intensificação da jornada, algo que, para Abendroth[5], se identifica como inexorável desde a incorporação das máquinas no sistema produtivo (ou seja, desde os primórdios da formação da sociedade salarial).

As disputas ainda são retratadas por Lafargue[6], quando inicia seu capítulo "Dádivas do Trabalho" com crítica ao conteúdo de um texto publicado em Londres, em 1770, em que se invocava os impactos negativos de um pensamento operário que pudesse levar à compreensão de independência em relação aos seus superiores; o texto propõe que os operários restem resignados ao trabalho e que os pobres sejam encarcerados em jornadas de 14 horas diárias, das quais, subtraídos os horários de refeições, restariam 12 horas de trabalho "plenas e seguidas"[7]. Diante das premissas político-filosóficas que informavam o ânimo daqueles que se beneficiavam da compra da força de trabalho, Marx[8], no seu capítulo sobre jornada de trabalho, indica os caminhos que deveriam ser perseguidos pelos trabalhadores para mitigar a sua condição de explorados:

> Para se 'proteger' contra a serpente de suas aflições, os trabalhadores têm de se unir e, como classe, forçar a aprovação de uma lei, uma barreira social intransponível que os impeça a si mesmos de, por meio de um contrato voluntário com o capital, vender a si e a suas famílias à morte e à escravidão. No lugar do pomposo catálogo dos 'direitos humanos' inalienáveis', tem-se a modesta '*Magna Charta*' de uma jornada de trabalho legalmente limitada, que

[5] ABENDROTH (1977).

[6] LAFARGUE (1883).

[7] LAFARGUE, 1883, p. 148.

[8] MARX, 2017.

> 'afinal deixa claro quando acaba o tempo vendido pelo trabalhador e quando começa o tempo que lhe pertence.[9]

Há que se relembrar, ainda, a Encíclica *Rerum Novarum*, do Papa Leão XIII, de 1891, que considerou que o trabalho não devia prolongar-se por mais tempo do que as forças humanas permitem. Esse é um grande marco, porque subverte a lógica da Igreja Católica, ao deixar de utilizar o dogma de que o trabalho dignifica o homem para justificar a sua extensão, passando a defender medidas eficazes de proteção ao trabalhador no que se referia ao tempo de trabalho. Em 1919, a proposta de universalização da proteção social do trabalhador sobreveio com a inclusão da limitação do trabalho em 8 horas diárias e 48 horas semanais no Tratado de Versailles, que, em seguida, foi objeto da Convenção nº 1 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), também de 1919.

O rápido apanhado de elementos históricos que circundam a questão da disputa sobre a jornada de trabalho na sociedade salarial, inaugurada com a Revolução Industrial, já é suficiente para indicar que a mercadoria central para quem compra a força de trabalho é o tempo de vida do trabalhador, para ser utilizado como tempo de produção. Em defesa do desejo ilimitado pela mais-valia, no excerto acima em destaque, Marx faz uma proposta de ação para os trabalhadores: i) a união para pressionar pela ação garantista do Estado, na forma de proteção institucionalizada em lei; ii) que a lei se faça suplantar à vontade individual, cujo pressuposto de vício de consentimento é inerente à condição de proprietário da força de trabalho; e iii) no conjunto dos Direitos Humanos, a limitação da jornada é estruturante para o trabalhador – o bem primeiro.

[9] MARX, 2017, p. 373-354.

Além da proteção na esfera do patrimônio jurídico do trabalhador enquanto indivíduo, a limitação da jornada de trabalho também se relaciona à proteção coletiva dos trabalhadores e expressa o padrão civilizatório de uma sociedade, uma vez que é elemento central na definição da higidez física, mental e psicossocial do trabalhador. São essas características que definem o seu sentido fático sobre o trabalhador e na organização da vida de uma sociedade que promove a saúde do trabalhador a direito humano e, em seguida, a direito fundamental. No Brasil, sua tutela constitucional, além de presente no art. 196 da Constituição Federal de 1988 (CF/88), quando a saúde foi incorporada como direito fundamental, também esteve presente em diplomas anteriores. Como bem explica Sarlet[10], a saúde do trabalhador também encontra expressões constitucionais na forma de proteção da higiene e segurança no trabalho na Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934, no artigo 121, §1º, "h", e na Constituição da República Federativa do Brasil de 1967, no artigo 165, XV.

Somente a partir de 1988 é que o atendimento à saúde adquire caráter de universalidade, direito antes restrito aos trabalhadores com vínculo formal e seus beneficiários, assim como, também conforme Sarlet[11], correspondência com outros dispositivos constitucionais, entre os quais o art. 7º, XIII (limitação da jornada de trabalho), XVI (horas extraordinárias) e XXII (saúde do trabalhador). A restrição constitucional aos trabalhadores com vínculo formal implicava a diminuição do alcance da norma, ainda mais quando considerado o descompasso entre a institucionalização garantista dos direitos sociais e a sua efetivação para o

[10] SARLET, 2013.

[11] SARLET, 2013.

conjunto de uma sociedade marcada pela heterogeneidade do mercado de trabalho.

O que se tem, portanto, é a necessidade da regulação para estabelecer os limites legais à ampla exploração da força de trabalho, naquilo que lhe é estrutural: o tempo de vida do trabalhador transformado em tempo de trabalho. Trata-se de entender a proteção constitucional ao trabalhador como o estatuto jurídico que garante ao indivíduo a redução dos riscos sociais, sendo estes definidos como "evento que compromete a capacidade dos indivíduos de assegurar por si mesmo sua independência social"[12]. Essa tem sido a tônica da regulação do trabalho no Brasil, fruto também da organização política da sua sociedade.

Durante a década de 1980, a proteção pública regulada foi ampliada com a redemocratização do país. A despeito da estagnação da estruturação do mercado de trabalho, as relações coletivas e individuais de trabalho adquiriram uma nova dinâmica combativa que refletiu no uso da greve, no reconhecimento da negociação coletiva e no reforço da ideia da regulação pública[13]. Na década de 1990, a institucionalidade da proteção social passou a ser combatida e aumentou-se os riscos individuais por meio da flexibilização da legislação trabalhista, destituindo muitos aspectos das relações de trabalho do *status* jurídico protetivo, originário de uma escolha política que decorreu da dimensão exploratória do ser humano. Entre esses aspectos, incluem-se os limites de contratação e gerenciamento do tempo de trabalho, cuja flexibilização acarretou formas de desorganização dos tempos de vida dos trabalhadores, com a intensificação e extensão dos tempos de trabalho, a contratação de

[12] CASTEL, 2005, p. 27.

[13] KREIN, 2013.

jornadas parciais, compensação de jornada, trabalhos aos domingos, etc. As relações de trabalho e as condições de trabalho se deterioram.

Ainda que diante de um processo de disputa e de maior ou menor aderência governista ao reformismo, a construção jurisprudencial dos tribunais superiores em matéria trabalhista acabou incrementando, em alguns aspectos, a flexibilização da legislação do trabalho, a exemplo do julgado em tela. A força das reformas aumentou desde 2016 e trouxe para a tutela da CLT a flexibilização jurisprudencial em relação à jornada 12x36. Trata-se de ataque aos direitos sociais que vem resultando em perda da essência protetiva da lei trabalhista – ainda que algum grau de proteção remanesça – e modificando fortemente o sistema fiscal por meio de políticas austeras, além de propor mudança estrutural no sistema de previdência. Amplia-se o "cardápio de opções" do capital[14].

Todas essas disputas, entretanto, ocorrem em afronta ao arcabouço principiológico e normativo constitucional em matéria trabalhista. Do ponto de vista principiológico, a CF/88, art. 1º, III, prevê o princípio da dignidade da pessoa humana, cujo entendimento deve ser dotado de caráter historicista, nos termos de Sarlet [15], cujo campo ético-filosófico comporta qualitativamente o quadro evolutivo geracional dos direitos humanos. No campo trabalhista, avança sobre o tripé de sustentação de uma ordem internacional de proteção ao trabalho que deve orientar o conjunto das relações: a dignidade humana do trabalhador, a valorização social do trabalho e a vedação do retrocesso social. São princípios promotores do desenvolvimento humano, com destaque para os direitos sociais e econômicos como lastro da liberdade humana na sua forma substancial.

[14] KREIN, 2018.

[15] SARLET, 2013, p. 124.

Os fundamentos principiológicos adquirem forma na normativa constitucional, aqui em destaque o regime jurídico do limite do tempo de trabalho, enquanto normas de ordem pública e qualificadoras do meio ambiente de trabalho, e de representação da autonomia privada coletiva que admite a expressão negociada de exceções à legislação, quando trazem melhoria da condição de vida do trabalhador.

A definição de uma jornada padrão de trabalho teve lugar com o Decreto nº 313, de 1891, quando se estabeleceu os limites máximos de nove horas de trabalho para os menores do sexo masculino e de sete horas para as menores do sexo feminino, ainda assim aplicados somente ao Distrito Federal, criado também naquele ano. Somente no início da década de 1930 o tratamento legal à regulação da jornada de trabalho foi modificado, muito em resposta aos movimentos grevistas do início do século XX. No movimento legiferante de 1932, se regulou a duração do trabalho no comércio e na indústria, adotando-se para os comerciários a jornada de oito horas. A Constituição de 1937 determinou que a jornada normal de trabalho fosse de oito horas e a Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada em 1943, manteve esse mesmo regime. As jornadas reduzidas ficavam por conta das especificidades de determinadas profissões ou da capacidade de negociação sindical.

A Constituição de 1988 alterou a jornada fixada na CLT, art. 58, *caput*, de 8 horas e 48 horas semanais (haja vista previsão de repouso semanal remunerado), reduzindo o módulo semanal de horas:

> Art. 7º. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: 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[16].

O modelo de jornada de 8 horas diárias e 44 horas semanais é normalmente considerada como "jornada normal de trabalho". Todavia, Magano bem ressaltou que o "normal" do texto se refere ao trabalho normal e não à sua duração, razão pela qual adotaremos a proposta de Delgado como "jornada padrão de trabalho". Vê-se que ao fixar uma jornada padrão, que deveria ser aqui percebida também como máxima, a Constituição possibilitou que outros limites fossem fixados. Quando se estiver diante de jornadas reduzidas, estas podem ou ser obrigatórias porque definidas em lei, ou ser resultado da negociação coletiva ou individual. Nas hipóteses em que há pretensão de extrapolar os limites legalmente estabelecidos para a jornada, se requer a necessária participação do sindicato profissional, por meio do exercício da autonomia privada coletiva, não se autorizando outra forma de definição de majoração da jornada padrão diária de 8 horas ou semanal de 44 horas.

Ao lado da jornada padrão, a Constituição fixa a possibilidade das **jornadas por turnos,** relativas ao modo de organização da atividade, em que grupos ou equipes de trabalhadores se sucedem no mesmo local de serviço, cumprindo horários que permitam o funcionamento ininterrupto da atividade, ainda que isso expresse alternância no horário individual de trabalho. Nesses casos, a jornada é de seis horas diárias, podendo ser modificada mediante acordo ou se a convenção da categoria autorizar o contrário (art. 7º, inciso XIV da CF):

> Art. 7º. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: XIV - jornada de seis horas para o

[16] BRASIL, 1988.

> trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, salvo negociação coletiva[17].

Veja-se que na definição da jornada padrão de 8 horas, a referência negocial é vinculada à compensação e redução de jornada; em relação às jornadas de 6 horas, a lei apenas remete sua modificação à negociação coletiva. Na qualidade de norma de ordem pública, tanto em um quanto em outro caso, estar-se-ia diante de normas absolutamente inegociáveis, exceto no estreito limite do quanto autorizado em lei. Nos limites estritos da Constituição, a extensão da jornada só está autorizada ou na hipótese de compensação negociada da jornada padrão ou na hipótese do regime de horas extraordinárias previsto na CF/88, art. 7º, XVI. Por conseguinte, e em consonância com a visão sistêmica principiológica, a previsão negocial do inciso XIV, a rigor da exegese constitucional, somente seria admitida com teor de redução da jornada.

A despeito das limitações constitucionais, por meio da construção jurisprudencial do TST a ordem jurídica trabalhista passou a admitir a jornada de 12 horas de trabalho seguidas de 36 horas de descanso, nas hipóteses de plantão, colocada em prática por estabelecimento hospitalar. Sem previsão legal direta, esse tipo de jornada foi incorporado pela Súmula nº 444, do TST, para admiti-lo quando previsto em lei para uma dada categoria, ou como resultado dos instrumentos negociais, sendo devido ao trabalhador, em todo caso, o pagamento em dobro quando essas horas fossem prestadas em feriados. Na parte final da súmula, se excluiu o adicional de 50% sobre a décima primeira e décima segunda horas[18].

---

[17] BRASIL, 1988.

[18] Súmula nº 444 do TST. JORNADA DE TRABALHO. NORMA COLETIVA. LEI. ESCALA DE 12 POR 36. VALIDADE. - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012 - republicada em decorrência do despacho proferido no processo TST-PA-504.280/2012.2 - DEJT divulgado em 26.11.2012 É válida, em caráter excepcional, a jornada de doze horas de trabalho por trinta e seis de descanso, prevista em lei ou ajustada exclusivamente mediante acordo coletivo de trabalho ou convenção coletiva de trabalho, assegurada a remuneração em dobro dos feriados

Com a Reforma Trabalhista, foi inserida regulação específica na CLT, art. 59-A[19], passando-se a permitir que essas horas sejam fixadas também por acordo individual escrito, o que até então só se admitia para o empregado doméstico devido à peculiaridade do vínculo. A partir da promulgação da Lei 13.467/2017, o texto celetista desautoriza o pagamento em dobro pelo trabalho em feriados, assim como o pagamento do adicional noturno – antes previstos, respectivamente, nos artigos 70 e 73, §5º da CLT–, o que parece inconstitucional em parte diante da CF/88, art. 7º, IX (remuneração superior do trabalho noturno). A Reforma Trabalhista, por meio da inclusão de parágrafo único no art. 60 da CLT[20], ainda excluiu a necessidade de exigência de licença prévia dada por autoridade competente para a prática das jornadas 12x36 em atividades insalubres.

Entre a previsão jurisprudencial do TST e a inclusão da normativa celetista está o acórdão proferido pelo STF, em sede da ADI nº 4842, reconhecendo a constitucionalidade da jornada de 12x36 horas de trabalho para os bombeiros, fixada em lei. Trata-se de legitimação da orientação jurisprudencial do TST, a despeito de evidente violação literal do texto constitucional, que, ainda, caracteriza a tendência de uma permissividade

trabalhados. O empregado não tem direito ao pagamento de adicional referente ao labor prestado na décima primeira e décima segunda horas.

[19] CLT, art. 59-A. Em exceção ao disposto no art. 59 desta Consolidação, é facultado às partes, mediante acordo individual escrito, convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, estabelecer horário de trabalho de doze horas seguidas por trinta e seis horas ininterruptas de descanso, observados ou indenizados os intervalos para repouso e alimentação. Parágrafo único. A remuneração mensal pactuada pelo horário previsto no caput deste artigo abrange os pagamentos devidos pelo descanso semanal remunerado e pelo descanso em feriados, e serão considerados compensados os feriados e as prorrogações de trabalho noturno, quando houver, de que tratam o art. 70 e o § 5º do art. 73 desta Consolidação (BRASIL, 1943).

[20] CLT, art. 60**.** Nas atividades insalubres, assim consideradas as constantes dos quadros mencionados no capítulo "Da Segurança e da Medicina do Trabalho", ou que neles venham a ser incluídas por ato do Ministro do Trabalho, Industria e Comercio, quaisquer prorrogações só poderão ser acordadas mediante licença prévia das autoridades competentes em matéria de higiene do trabalho, as quais, para esse efeito, procederão aos necessários exames locais e à verificação dos métodos e processos de trabalho, quer diretamente, quer por intermédio de autoridades sanitárias federais, estaduais e municipais, com quem entrarão em entendimento para tal fim. Parágrafo único**.** Excetuam-se da exigência de licença prévia as jornadas de doze horas de trabalho por trinta e seis horas ininterruptas de descanso (BRASIL, 1943).

interpretativa acerca das possibilidades de contratação do tempo de trabalho, com inobservância do regime constitucional de sua limitação.

Os fundamentos utilizados pelo STF para justificar a sua decisão serão analisados em item próprio, mas aqui importa destacar que a lei, ainda que seja a Constituição, não se faz efetiva por si; ela depende do compromisso das instituições públicas para ganhar vida e fazer-se valer sobre a vida dos trabalhadores. É nesse sentido que o Judiciário, quando trata de matéria trabalhista, adquire razão de existência: garantir a efetividade da lei trabalhista e, assim, mitigar as assimetrias inerentes ao conflito entre capital e trabalho. Se essa causa final se perde no processo, é preciso que a sociedade revisite o papel que essas instituições vêm desempenhando e possa delas cobrar que cumpram a sua função.

As breves indicações históricas pertinentes à limitação da jornada de trabalho e ao seu regime jurídico constitucional foram trazidas dentro de uma perspectiva de maior complexidade e podem ser percebidas como o retrato de circunstâncias limítrofes entre ausência ou existência de direitos. Porém, entre esses dois polos existe uma gama de configurações possíveis e, em tese, aceitáveis. Mas, em verdade, como se vê no teor da reforma celetista, tendem a evoluir para sua versão permissiva exacerbada se lhes falta uma barreira de contenção, se lhes falta aquilo que Marx[21] tratou como "uma barreira social instransponível". No caso da proteção da jornada de trabalho, a barreira social instransponível é a que define a limitação de jornada como parte integrante do rol de direitos humanos e a incorpora como direito fundamental social na ordem jurídica brasileira; é a sua natureza de norma de ordem pública, inderrogável, ao menos quando se pretende a promoção de um padrão civilizatório. Assim, a proteção da jornada nos termos estabelecidos pela legislação interna,

[21] MARX, 2017.

máxime pelo texto constitucional, se espraia para todas as formas de trabalho no âmbito da sociedade salarial, inclusive a dos bombeiros e brigadistas, médicos e todos mais. Porém, aquilo que do ponto de vista jurídico-formal pode expressar os "anos dourados" dos diretos sociais no Brasil – a proteção do trabalhador pela CLT e pela atual Constituição Federal – vem sofrendo forte inflexão, sobretudo a partir da década de 1990, quando o neoliberalismo passa a forjar o Direito do Trabalho de Exceção.

3 Neoliberalismo, o direito do trabalho de exceção e os fundamentos decisórios do STF na ADI 4842

No Brasil, a década de 1990 é marcada pela expansão do neoliberalismo. No plano da legislação social e do trabalho, assiste-se ao processo de desmanche do padrão de proteção institucionalizado. Trata-se, pois, da incorporação do primado neoliberal como razão de Estado, colocada por Dardot e Laval[22] como razão de mundo, porquanto, com a globalização, se espraiou pela governança global. Trata-se de entender como a gerência da vida em sociedade aos poucos se afasta do fundamento da solidariedade e incorpora o individualismo como fundamento de sociabilidade.

O neoliberalismo assume a forma de razão de mundo (porque razão que perpassa os Estados nacionais em seu conjunto e nas relações de interdependência próprias da globalização), que, essencialmente, nega a solidariedade social e promove o individualismo como princípio de arregimentação social[23]. No Brasil, seus impactos adquirem forma sistêmica e visibilidade a partir da década de 1990, incidindo sobre os mundos do trabalho e impactando as estruturas produtivas e

[22] DARDOT & LAVAL, 2017.

[23] DARDOT; LAVAL, 2017.

características transformadoras do mercado de trabalho brasileiro, assim como levando à deterioração do caráter protetivo do sistema regulatório das relações de trabalho.

No âmbito do mundo do trabalho, a razão neoliberal ganha a forma do Estado garantidor da desregulação das relações de trabalho e do incentivo ao empreendedorismo, com a construção da figura do "empreendedor de si mesmo". O rebaixamento do padrão regulatório impacta múltiplos aspectos das condições de trabalho. Por um lado, viabiliza a intermediação da mão de obra pela terceirização, as práticas de *offshore* e *outsourcing*, que expressam a descentralização do trabalho; por outro, transfere aos trabalhadores, mesmo àqueles que se encontram contratados sob o vínculo direto de emprego, os riscos da atividade, impondo-lhes, por exemplo, o ônus de ajustarem a contratação do seu tempo de trabalho às demandas da atividade, seja com novidades como a contratação intermitente, seja com a permissão de jornadas majoradas. O Estado aparece, portanto, como garantidor não mais dos valores de preservação da condição humana e de justiça social, mas sim como dos interesses do mercado; nos termos colocados por Beck[24], o Estado é promotor da transferência direta dos riscos sociais aos indivíduos.

É nesse cenário que a regulação trabalhista se torna alvo dos três poderes – o Legislativo aprova leis ordinárias que modificam a CLT com o incremento de novos institutos em favor da gestão unilateral da organização do trabalho, o Executivo governa a partir de Medidas Provisórias e o Judiciário, no mais das vezes, modifica os fundamentos que até então orientavam sua exegese e, por meio de sua jurisprudência, acrescenta suas mãos à deterioração da proteção social do trabalho.

[24] BECK, 2016.

Ao referir-se à atuação do Judiciário, Ferreira observa que o reflexo do seu estado comportamental, assim, estaria idealmente informado pelo primado dos padrões do capitalismo financeiro "como um modelo forçoso de organização das relações, não apenas econômicas mas em geral das relações humanas" [25]. O pressuposto dos padrões do capitalismo financeiro (subjugação da soberania nacional às suas funcionalidades e, no âmbito do trabalho, do condicionamento da condição humana à mercantilização) tem sustentado o suposto da inexorabilidade das transformações no modo de regulação. É esse conjunto de transformações que, para o autor, se consubstancia no "Direito do Trabalho de Exceção":

> Fenómeno particularmente evidente na esfera laboral, onde o direito de exceção se apresenta em rutura paradigmática com os pressupostos do direito do trabalho, eliminando o conflito enquanto elemento dinâmico das relações laborais e a proteção do trabalhador enquanto condição de liberdade. As funções do direito do trabalho são igualmente questionadas, nomeadamente a função económico-instrumental sempre dependente dos débeis equilíbrios entre a mercantilização do trabalho e os limites impostos pelo estatuto conferido pelo direito do trabalho ao trabalhador vacila perante as anunciadas alterações ao tempo de trabalho e descanso, enquanto a função de organização das relações de poder na esfera laboral colocada sob o efeito da dispensabilidade dos trabalhadores e do estreitamento da negociação coletiva torna a organização da 'submissão voluntária' do trabalhador à autoridade do empregador num exercício de poder despótico, sem contrapoder[26].

O Direito de Exceção, portanto, é a materialização do rebaixamento do padrão protetivo que, sobre o tempo de trabalho, é expresso na permissividade a respeito da sua extensão, modificação na sua distribuição, concentração do tempo de trabalho, além do incremento de

[25] FERREIRA, 2012, p. 75.

[26] FERREIRA, 2012, p. 76.

institutos que ampliam o poder diretivo daquele que compra a força de trabalho[27]. Os autores destacam que a jornada é definida (i) pelo horário em que é praticada; (ii) pela quantidade de horas realizadas. O regime protetivo do horário em que as jornadas são praticadas se encontra tutelado de modo sistêmico em um amplo conjunto de dispositivos, tais como os que limitam os trabalhos aos domingos e feriados, assim como fixam a redução da hora noturna e o aumento da sua remuneração. A flexibilização do tempo ainda foi incorporada à norma constitucional nas autorizações de horas extraordinárias e compensações de jornadas que adquiriram a forma de banco de horas.

O regime flexível de contratação do tempo de trabalho legitima limites que, praticados em seu máximo – e é isso que se encontra no mercado de trabalho brasileiro –, favorecem a concentração do tempo de trabalho em longas jornadas. São muitos os instrumentos legais que corroboram o elastecimento do tempo de trabalho, concomitante com sua intensificação, desorganização e aumento do poder unilateral de gestão do empregador, a exemplo do banco de horas (Lei nº 9.601/98 e Lei nº 13.467/2017) e da liberação do trabalho aos domingos para o comércio varejista, independentemente de previsão em instrumento negocial (MP nº 1.878-64/99)[28]. A partir de Krein[29], é possível dizer que o processo de modificação do padrão legislativo dos direitos sociais e do trabalho foi amplo durante o governo FHC, mas restou incompleto.

> No entanto, três importantes proposições apresentadas não foram viabilizadas politicamente: a liberalização da terceirização, a prevalência do negociado sobre a legislação e a reforma no sistema de organização sindical. Como

[27] KREIN *et al.*, 2018.

[28] A Medida Provisória nº 1.878-64/99 foi reeditada até que sobreveio a Emenda Constitucional (EC) nº 32/2001, atribuindo efeito permanente às medidas provisórias em vigor.

[29] KREIN, 2020.

> resultado houve uma modificação de elementos centrais da relação de emprego, sem que houvesse uma desestruturação formal do arcabouço legal e institucional existente no país[30].

Mesmo que no momento inicial do processo de flexibilização da legislação do trabalho no país não tenha havido desestruturação do arcabouço legal, os continuísmos reformistas, em particular a retomada da desregulação do trabalho pela Reforma Trabalhista encetada na Lei 13.467/2017, vieram sempre acompanhados de um forte discurso. Trata-se de retórica sem base material, mas que tem convencido muitos dos atores sociais, e sobretudo os atores institucionais, da inevitabilidade da redução da proteção legal das relações de trabalho como forma de resgatar o crescimento econômico e a geração de emprego. É sob essa pecha que se transfere o risco da atividade econômica para o trabalhador, impondo-lhe também majoração dos riscos e vulnerabilidade social, aqui tratada na dimensão da permissividade em relação à contratação do tempo de trabalho.

No âmbito da ADI 4842, pelo STF, isso é bem evidenciado nos argumentos utilizados para justificar a constitucionalidade da jornada de 12x36 para os bombeiros, nos termos do art. 5º da Lei 11.901/2009. Os argumentos são, basicamente, dois: i) não há violação literal do art. 7º, XIII, da Constituição, uma vez prevista a compensação de horários; e ii) os fatos não são suficientes para fazer presumir violação à proteção do trabalhador e ao dever de redução dos riscos inerentes ao trabalho (ausência de dados técnicos e periciais). Acrescenta-se três outros aspectos tratados ao longo dos votos: i) o "testemunho" das entidades representativas que ingressaram como *amici curiae* em favor da jornada de 12x36 assumiu caráter preponderante para afastar o risco efetivo dessa

[30] KREIN, 2020, p. 34.

jornada aos bombeiros civis; ii) o "testemunho" das entidades representativas também preponderou para afiançar que a jornada de 12x36 "representa conquista da classe trabalhadora e não restrição indevida e desproporcional de seus direitos sociais fundamentais"; e iii) o artigo de lei impugnado afronta a liberdade de contratação, sendo necessário fazer na parte dispositiva do acórdão a interpretação conforme e assegurar que outra jornada seja estipulada entre as partes[31].

Os cinco pontos acima levantados, em conjunto, parecem indicar com alguma clareza que o posicionamento assumido pelo STF bem se aproxima da proposta de desregular o sistema de proteção das relações do trabalho. Em relação ao primeiro aspecto, nega haver violação literal do texto constitucional diante da previsão, no inciso XIII, da compensação de horários. Aqui se opta por repetir o dispositivo:

> Art. 7º. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: 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[32]. (grifo nosso)

Ao permitir a compensação de horário, a Constituição estabelece uma condição insuperável: a necessidade de fixação dos seus termos por acordo ou convenção coletiva de trabalho. Ou seja, é proibido compensar jornada de trabalho para além dos limites da jornada padrão, exceto pela via do exercício da autonomia privada coletiva por entidade de classe representativa dos interesses do trabalhador. Porém, o que consta do art. 5º da Lei 11.901/09 é: "A jornada do Bombeiro Civil é de 12 (doze) horas

[31] Os itens i e ii estão referenciados no voto do relator, ministro Edson Fachin, enquanto o item iii foi objeto de discussão levantada pelo ministro Luís Roberto Barroso, em sede de acórdão na ADI 4842.

[32] BRASIL, 1988.

de trabalho por 36 (trinta e seis) horas de descanso, num total de 36 (trinta e seis) horas semanais". Portanto, é flagrante a violação do texto constitucional, uma vez que dispensa a participação da representação sindical no processo de fixação da jornada de 12x36 do bombeiro civil, transferindo os riscos da majoração do tempo diário de trabalho para o âmbito da contratação pela autonomia individual – trata-se de ter um ente coletivo (o empregador) contratando com um sujeito individual (o trabalhador), caracterizando um desequilíbrio contratual que é premissa informadora da norma constitucional e impõe a presença sindical.

Um outro desequilíbrio emerge dos pesos interpretativos atribuídos aos testemunhos dos *amici curiae* e à falta de prova pericial que comprove danos à saúde. Trata-se de ignorar que as normas que limitam o tempo diário e semanal de trabalho o fazem em vista justamente da observância sistêmica e dos testemunhos históricos da sociedade industrial acerca dos prejuízos que horas extensas de trabalho provocam ao longo da vida à saúde do trabalhador e ao conjunto da sociedade. Não se está diante de algo autorizado em lei e cujo prejuízo deveria ser demonstrado no caso concreto; se está diante de algo proibido em lei porque o prejuízo à saúde, nesse caso, é pressuposto absoluto – tanto que as prorrogações devem se indenizadas –, como também definido em norma constitucional (art. 7º, XVI).

Os limites constitucionais, as lutas sociais dos últimos séculos em torno da limitação do tempo de trabalho em todo o mundo, a importância do conjunto das representações coletivas são deixadas de lado, ao passo que o testemunho de duas dessas representações ganha força suficiente para tornar inconteste que aquilo que agride a saúde do trabalhador por demonstração histórica e pressuposto constitucional é, em sua verdade, conquista dos trabalhadores. Eis a forma viva da retórica neoliberal e que avança para consolidar o Direito do Trabalho de Exceção na jurisprudência

do STF quando, ainda, é complementada pela preocupação de que, aberta a contração da jornada 12x36, isso seja feito sem correr o risco de limitar o poder diretivo na contratação de outros módulos de tempo, sob pena de violar a liberdade de contratação(!).

O que se percebe, portanto, é que a ADI 4842 oferece força aos argumentos neoliberais que desregulamentam a proteção social do trabalho e amplia a margem de exercício do poder diretivo e da contratação das condições precárias de trabalho em favor dos interesses do empregador. Viola mesmo normas de ordem pública, principal instrumento de proteção à saúde do trabalhador, em nome da ampla liberdade de contratação (liberdade unilateral de contratação diante do desequilíbrio entre os sujeitos coletivo e individual). Ressalte-se que a jurisprudência do STF, formada a partir desse *decisum*, avança para além da Súmula 444/TST, uma vez que é a última instância dentro do sistema institucional judicial para tornar legitima e constitucional a contratação do tempo de trabalho para além dos limites realmente admitidos pela Constituição Federal em seu artigo 7º.

Para além do teor específico de definir a jornada do bombeiro civil, o STF reconheceu o pressuposto de, por lei ordinária, afastar a participação sindical na contratação excetiva de jornadas superiores às oito horas diárias. É a expressão de um fundamento político de desnaturação do caráter protetivo do Direito do Trabalho, ainda que a retórica diga o contrário; é a indicação do Judiciário para a recepção de outras alterações que sigam no mesmo sentido político. E repercutiu, sobrevindo com a Reforma Trabalhista promovida pela Lei 13.467/17, art. 59-A, de modo expresso, que a jornada de 12x36 pode ser firmada por acordo individual escrito, já considerando automaticamente compensadas as horas de trabalho em dias de feriado e em horário noturno. O quanto ainda se tem para avançar no desmanche do Direito do Trabalho no Brasil não é

possível mensurar aqui, mas certo é que esse processo está sendo incrementado por muitas frentes e, inclusive, pelos atores institucionais que deveriam repudiá-lo.

Conclusão

O cenário de austeridade e propagação do neoliberalismo se utiliza da retórica para justificar-se a partir de uma suposta e nunca demonstrada retomada do crescimento econômico e da geração de emprego, a partir de reformas que tocam as relações de trabalho com a desregulação da proteção social. Trata-se, por um lado, de reforma legislativa que pressiona o primado protetivo, mediante a incorporação de novos institutos jurídicos ou modificação dos já existentes, para viabilizar a ampliação do poder diretivo do empregador. Isso repercute na majoração, intensificação e desorganização do tempo de trabalho, com a transferência do risco da atividade econômica cada vez mais para o trabalhador.

Por outro lado, para além da ação da promoção do neoliberalismo pelo exercício da função legiferante, seja pelo Poder Legislativo ou pelo Poder Executivo, também o Poder Judiciário, parece reproduzir na construção jurisprudencial a sua legitimação. A declaração de constitucionalidade da jornada 12x36 para os bombeiros civis é um exemplo disso, especialmente quando o STF assume posicionamento que rompe com a visão sistêmica sobre o sistema principiológico e normativo constitucional acerca da afirmação da dignidade humana do trabalhador e da sua proteção social, a partir de uma leitura que pinça seletivamente os termos constitucionais para justificar seu posicionamento.

A posição do STF de alinhamento ao Direito do Trabalho de Exceção, na temática da jornada 12x36, ficou evidenciada i) ao focar na permissão constitucional para compensar jornada, ignorando que isso deveria ser feito por meio de instrumento negocial coletivo; ii) na exigência de prova

pericial para comprovar danos à saúde em razão de trabalho a ser realizado em jornada diária a maior da jornada padrão de 8 horas, sendo que é esse o fato social que torna a limitação do tempo de trabalho um bem jurídico protegido por norma de ordem pública e que fomentou toda a disputa histórica ao seu redor, desde a origem do capitalismo; iii) no sobrepeso atribuído ao discurso dos sindicatos participantes como *amici curiae*, no sentido de dizer que não há risco à saúde e, ainda, que a jornada 12x36 é uma conquista dos trabalhadores – difícil não reconhecer a contradição em termos dessa afirmação; e iv) ao ser encampada em parte a ideia de que, se houvesse de se pensar na inconstitucionalidade desse dispositivo, não seria por violar o arcabouço legal protetivo da saúde do trabalhador, mas, sim, o princípio da liberdade de contratação – logo este, que é afastado das normas de ordem pública e daquelas que são relativamente derrogáveis (restritas à autonomia privada coletiva).

Os resultados da jurisprudência da ADI 4842 se tornam ainda mais nefastos quando olhamos aquilo que ela suporta para além da jornada 12x36 do bombeiro civil. Do ponto de vista do regime jurídico de limitação do tempo de trabalho, passa a autorizar a previsão em lei ordinária de jornada não permitida constitucionalmente e reforça o conjunto de institutos que tornam a jornada de trabalho amorfa; do ponto de vista da ação coletiva dos trabalhadores, lhes nega o papel constitucional de negociar as modulações temporais admitidas pela Constituição; do ponto de vista histórico, relega as lutas sociais pela limitação do tempo de trabalho ao voluntarismo; do ponto de vista do futuro, oferece maior vulnerabilidade e risco social aos trabalhadores.

Referências

ABENDROTH, Wolfgang. *A história social do movimento trabalhista europeu*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1977.

BECK, Ulrich. *Sociedade de risco:* rumo a uma outra modernidade. Tradução: Sebastião Nascimento. 2. ed. (2011), reimpressão (2016). São Paulo: Editora 34, 2016.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 5452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho*. Brasília, DF: Senado Federal, 1943.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 4842*. Rel. Min. Edson Fachin. DJ de 8/8/2017. Acórdão.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula nº 444. Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012 - republicada em decorrência do despacho proferido no processo TST-PA-504.280/2012.2 - DEJT divulgado em 26.11.2012.

CARDOSO, Adalberto. *A construção da sociedade do trabalho no Brasil*: uma investigação sobre a persistência secular das desigualdades. Disponível em: http://abet-trabalho.org.br/wp-content/uploads/2019/01/A-Construcao-da-Sociedade-do-Trabalho-no-Brasil-Uma-investigacao-sobre-a-persistencia-secular-das-desigualdades.pdf. Acesso em: maio 2019.

CASTEL, Robert. *A questão social*: o que é ser protegido? São Paulo: Vozes, 2005.

DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. *A nova razão do mundo*: ensaio sobre a sociedade neoliberal. São Paulo: Boitempo, 2017.

FERREIRA, António Casimiro. *Sociedade da Austeridade e Direito do Trabalho de Exceção*. Porto, PT: Vida Económica, 2012.

KREIN, José Dari. As relações de trabalho na Era do Neoliberalismo no Brasil. *Debates Contemporâneos Economia Social do Trabalho,* São Paulo LTr, n. 8, fev. 2013.

KREIN, José Dari; ABÍLIO, Ludmila; ALMEIDA, Paula Freitas; BORSARI, Pietro; CRUZ, Reginaldo. Flexibilização das relações de trabalho: insegurança para os

trabalhadores. *In*: KREIN, J. D; GIMENEZ, D. M.; SANTOS, A. L. (orgs.). *Dimensões críticas da Reforma Trabalhista no Brasil*. 1. ed. Campinas: Curt Nimuendajú; UNICAMP/IE/CESIT, 2018. v. 1. p. 95-122.

KREIN, José Dari. *A reforma trabalhista de 2017*: seus impactos no mundo do trabalho. 2020. Tese (Livre docência) – Instituto de Economia, Universidade Estadual de Campinas, Campinas, SP, 2020.

LAFARGUE, Paul. *Le droit à la paresse*. Réfutation du droit au travail. Paris, França: Henry Oriol, 1883. Disponível em: https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k80117m?rk=21459;2. Acesso em: abr. 2013.

MARX, Karl. *O Capital*: crítica da economia política. São Paulo: Boitempo, 2017.

PAPA LEÃO XIII. *Rerum Novarum***:** carta encíclica de sua Santidade Papa Leão XIII sobre a condição dos operários. Vaticano: Roma, Itália, 1891. Disponível em: http://w2.vatican.va/content/leo-xiii/pt/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_15051891_rerum-novarum.html. Acesso em:

ROSSO, Sadi Dal. *O ardil da flexibilidade*: os trabalhadores e a teoria do valor. São Paulo: Boitempo, 2017.

SARLET, Ingo. Comentário ao artigo 1º, III. *In*: CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; ____3_____.; STRECK, Lenio. (coords.). *Comentários à Constiuição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Amedina, 2013.

Capítulo 7

Trabalho de gestantes em ambiente insalubre: gênero e as ambiguidades decisórias do STF na ADI 5938

Pedro Augusto Gravatá Nicoli [1]
Regina Stela Corrêa Vieira [2]

1 Introdução

Discutir a condição de pessoas gestantes no mundo, na vida social, nas relações concretas que estabelecem, nas que se prescrevem, que podem e devem estabelecer, nas condutas proibidas e valorizadas, é um mover-se entre armadilhas. De um lado, a constatação da importância do momento da gestação enquanto processo físico, afetivo, social, que não se pode passar em nenhum outro lugar que não o corpo. Em geral no corpo feminino[3]. De outro, toda a expectativa moral, religiosa, jurídica, todos os controles que se densificam no corpo e nas simbologias da gestação e lactação.

A gestação é uma arena de disputa. Está longe de ser (apenas) o desdobrar da geração da vida. As mulheres grávidas vivem em condições muito concretas, distantes de um ideal de maternidade quase que angelical socialmente difundido. E o Direito, historicamente construído como

[1] Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais e professor visitante do programa *Gender, Sexuality and Feminist Studies* da Duke University, nos Estados Unidos (2019-2020). Bacharel, mestre e eoutor em Direito pela UFMG, tendo realizado parte de suas pesquisas doutorais no *Collège de France*. Coordenador do Grupo de Pesquisa Trabalho e Resistências e do Programa de Extensão Diverso UFMG – Núcleo Jurídico de Diversidade Sexual e de Gênero.

[2] Professora da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pernambuco e do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina. Bacharel, mestra e doutora em Direito pela Universidade de São Paulo, tendo realizado parte de suas pesquisas doutorais no *Centre de Recherches Sociologiques et Politiques de Paris*. Membro do Núcleo Direito e Democracia do CEBRAP.

[3] Consideramos que corpos de homens trans e corpos queer também podem gestar; logo, usamos aqui o feminino como plural generalizador, mas não excludente.

instrumento de controle dos corpos e universalização de sujeitos – o que resulta no tratamento de quem não se encaixa nos padrões masculinos heteronormativos e capacitistas como "desvio" ou "exceção" –, reproduz em seu ordenamento uma noção de maternidade refém dos estereótipos de gênero[4].

Toda a construção social em torno da maternidade faz com que, muitas vezes, escolhas legislativas e jurisprudenciais que envolvem o tema guardem ambiguidade e não possam ser lidas, simplesmente, como positivas ou negativas, como avanços ou retrocessos. É preciso compreender o contexto da norma ou da decisão, analisar seu entorno, embasamentos e consequências. Foi partindo dessa compreensão que construímos esta análise sobre a ADI 5938, a convite dos queridos colegas Renata Queiroz Dutra e Sidnei Machado, para compor uma mesa no seminário "A construção jurisprudencial da reforma trabalhista no STF", ocorrido virtualmente em 2020, que agora se transforma nesta obra coletiva.

Trata-se da Ação Direta de Inconstitucionalidade 5938, ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores Metalúrgicos, que versa sobre o trabalho das gestantes em ambiente insalubre. A ADI, de relatoria do ministro Alexandre de Morais, teve liminar julgada em abril de 2019 e acórdão publicado em setembro do mesmo ano, com trânsito em julgado no início de 2020. Uma decisão importante e complexa, que faz comunicar uma série de movimentos históricos no tratamento jurídico de temas como o trabalho, o gênero, os corpos femininos, a maternidade, as identidades. Também os modos de perceber as vidas humanas em abstrato, as vidas de quem trabalha em concreto, a vida de trabalhadoras

[4] Aprofundamo-nos nessa temática nos seguintes artigos: ANGOTTI; VIEIRA, 2020a; ANGOTTI; VIEIRA, 2020b; PEREIRA; NICOLI, 2020; RAMOS; NICOLI, 2020.

mulheres mais em concreto ainda. E o valor que cada uma dessas coisas tem.

A ementa do acórdão evoca os "direitos sociais da mulher e de efetivação de integral proteção ao recém-nascido, possibilitando seu pleno desenvolvimento, de maneira harmônica, segura e sem riscos", o que nos dá pistas de se tratar de uma das decisões do STF mais difíceis de decodificar neste momento. Diante disso, buscamos apresentar neste artigo algumas reflexões que entendemos relevantes levantar para debates críticos no campo do Direito do Trabalho, com o objetivo de contribuir para aprofundar análises que, *a priori*, entenderam ser um julgamento positivo, por revogar uma medida imposta pela Reforma Trabalhista de 2017 – sem deixarmos, claro, de reconhecer sua importância.

Para isso, dividimos este texto em cinco momentos: esta introdução; uma breve contextualização da decisão; seu contexto jurídico-político, tentando entendê-la a partir do quadro ambíguo de um certo avanço judicial em algumas questões de gênero e da destruição paralela e sistemática de direitos sociais; seus fundamentos, que formam uma "salada", às vezes indigesta, de votos das ministras e ministros (sendo a indigestão particularmente forte nos votos dos ministros homens); nossas considerações finais.

Nosso argumento principal é de que *a decisão da ADI 5938 é um enigma jurídico-político muito difícil*. Um enigma que é também uma boa síntese do nosso tempo: um tempo de destruição das condições da vida, de decomposição dos suportes materiais das existências, dos mecanismos de compartilhamento dos riscos sociais; mas ainda um tempo de avanços complexos, parciais, problemáticos em algumas esferas da vida. Mas por que dizemos isso especificamente dessa decisão? Vamos tentar explicar nos próximos itens.

2. A decisão relativa ao trabalho insalubre de gestantes e lactantes

Como dizíamos, nosso objeto de análise é a Ação Direta de Inconstitucionalidade 5938, com pedido de medida cautelar, ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores Metalúrgicos em face da expressão "quando apresentar atestado de saúde emitido por médico de confiança da mulher, que recomende o afastamento" do art. 394-A, II e III, da Consolidação das Leis do Trabalho, introduzido pelo art. 1º da Lei 13.467/2017, com o seguinte teor:

> Art. 394-A. Sem prejuízo de sua remuneração, nesta incluído o valor do adicional de insalubridade, a empregada deverá ser afastada de:
> I - atividades consideradas insalubres em grau máximo, enquanto durar a gestação; (Incluído pela Lei no 13.467, de 2017)
> II - atividades consideradas insalubres em grau médio ou mínimo, quando apresentar atestado de saúde, emitido por médico de confiança da mulher, que recomende o afastamento durante a gestação;
> III - atividades consideradas insalubres em qualquer grau, quando apresentar atestado de saúde, emitido por médico de confiança da mulher, que recomende o afastamento durante a lactação.

Em 29 de maio de 2019, por maioria de votos, o Plenário do Supremo Tribunal Federal julgou procedente a ação, declarando inconstitucionais os trechos dos dispositivos da CLT que admitiam a possibilidade de trabalhadoras grávidas e lactantes trabalharem em atividades insalubres em diversas hipóteses. O voto vencido foi do ministro Marco Aurélio. Consequentemente, a redação do referido artigo consolidado vigora, hoje, da seguinte maneira:

> Art. 394-A. Sem prejuízo de sua remuneração, nesta incluído o valor do adicional de insalubridade, a empregada deverá ser afastada de:

> I - atividades consideradas insalubres em grau máximo, enquanto durar a gestação;
> II - atividades consideradas insalubres em grau médio ou mínimo;
> III - atividades consideradas insalubres em qualquer grau.

No contexto das demais decisões do STF relativas à Reforma Trabalhista, o desfecho da ADI 5938 pareceu não ser dos piores. Pelo contrário, foi comemorado. Isso porque os incisos II e III do art. 394-A da CLT significavam, essencialmente, que gestantes só seriam afastadas do trabalho em atividades insalubres em graus médio ou mínimo quando apresentassem atestado emitido por "médico de confiança da mulher", recomendando esse afastamento durante a gestação. Para lactantes, o quadro era ainda pior, uma vez que se incluíam nesse afastamento por recomendação médica as atividades insalubres também no grau máximo.

A decisão, ao final, instaurou a proteção da gestante e lactante anteriormente prevista, afastando-as em todas as circunstâncias de toda forma de trabalho insalubre, em qualquer grau. Isso causou comoção social e uma sensação de justiça; afinal, o Supremo colocava-se como protetor das gestantes, das mulheres, dos valores constitucionais. É justamente pensando nessas reações que nossa intervenção pretende demonstrar que as coisas não são tão simples assim.

Os argumentos usados pelos ministros do STF na decisão da ADI que fazem sentido para nossa análise aqui serão explorados mais adiante. Antes, porém, importante lembrarmos o contexto em que ela se insere, uma vez que não é possível desconsiderar os diversos fatores que culminaram nessa ADI, bem como a atual posição do Supremo no jogo político nacional e em seu papel de guardião de uma tão alvejada Constituição.

3. Contexto jurídico-político: trabalho e gênero em disputa

Temos assistido a muitas formas de instrumentalização do debate de gênero e sexualidade no espaço político e no Judiciário. Um exemplo para essa afirmação são as justificativas que embasaram a Reforma Trabalhista (Lei 13.467/2017). Em muitas entrevistas e discursos, o relator da comissão especial que analisou o projeto de lei, o então deputado Rogério Marinho (PSDB-RN), afirmava a necessidade de mudanças na CLT, com exemplos em que a norma provocava "situações de discriminação ao trabalho da mulher"[5], inclusive numa interpretação equivocada da redação original do art. 394-A.

O Supremo Tribunal Federal não está excluído dessa realidade. Apesar de a Corte nos últimos anos seguir uma linha de autorização da precarização trabalhista, numa modulação resignada dos ataques a direitos sociais, as decisões que abordam temáticas de gênero e sexualidade são pontos fora da curva, em que o STF mostra-se, em alguma medida, protetor de direitos. Esse é o caso da ADI 5938, cujo tema coloca em destaque o trabalho das mulheres e questões sobre igualdade e não discriminação.

No entanto, declarar a inconstitucionalidade da redação do art. 394-A reformado não necessariamente representa, de fato, um avanço materialmente expressivo em termos de direitos para trabalhadoras, pois reforça uma proteção específica que não repercute muito, considerando o reduzido número de empregos formais no Brasil, especialmente para as mulheres[6]. No fim das contas, a decisão diz mais sobre a vontade da Corte Constitucional de se reivindicar como protetora de pautas minoritárias, mas que na realidade apoia o desmonte de proteções sociais.

[5] MARINHO, 2017.

[6] BRIGATTI, 2021.

Assim, trata-se de uma decisão que está no meio de dois lugares – entre o processo de precarização dos direitos trabalhistas e a garantia de pautas de gênero e sexualidade –, motivo pelo qual é tão difícil de compreendê-la por completo. Ela parece, a princípio, um ponto fora da curva, mas, para nós, ela não é tão fora da curva assim. É uma decisão que, de fato, coloca as gestantes e lactantes num lugar de maior proteção do que aquele do texto da Reforma Trabalhista, mas é um reconhecimento parcial, desafetado, situado de maneira muito problemática no contexto da reflexão sobre gênero, maternidade e trabalho. É uma decisão que supostamente protege a mulher, a maternidade, o feto, o bebê, mas o faz nos escombros de todo o suporte material que lhe deveria ser dado pela regulação social e do trabalho.

Entretanto, seria reducionista dizer que a decisão é apenas uma coisa ou outra. Que é boa ou ruim. É preciso olhá-la no contexto das instrumentalizações, das apropriações, e de um conjunto de contatos complexos entre os desenvolvimentos do capitalismo contemporâneo, das formas da "cidadania sacrificial" no contexto da austeridade neoliberal, para usar uma expressão de Wendy Brown[7], e dos elementos que situam a produção das razões da decisão.

Sob esse pano de fundo, da reflexão teórica e das práticas políticas do gênero – e também da sexualidade, numa expansão que vamos nos permitir fazer –, escolhemos enfatizar três dimensões no contexto jurídico-político da decisão, que provam que ela é esse enigma de que vimos falando. A primeira delas diz respeito ao fato de ser uma decisão que se insere na disputa ao redor do gênero no presente. Tal disputa parte dos avanços das lutas feministas e de seus pontos de maior tensão, de um

[7] BROWN, 2018, *passim*.

lado, e, de outro, da cruzada antigênero que se desdobra no mundo, e particularmente no Brasil das primeiras décadas do século XXI.

É preciso relembrar que a própria reforma inseriu os dispositivos referentes ao trabalho da gestante em ambiente insalubre para fazer face a uma outra lei também recente. Trata-se da Lei 13.287 de 2016, que havia inserido o art. 394-A na CLT, prevendo essa proibição geral de trabalho insalubre para gestantes e lactantes. Aliás, o projeto de lei que resultou na 13.287 é um caso à parte. Ele foi de autoria do então deputado federal Sandes Júnior (PP-GO), alinhado ao conservadorismo[8].

À época, na justificativa do projeto, o deputado mencionou textualmente: "considerarmos que o trabalho em ambientes insalubres é inegavelmente prejudicial (...) principalmente para o feto e para a criança em fase de amamentação". A referência à "proteção ao feto", vinda de um deputado que integrou frente parlamentar contra o aborto, revela que suas preocupações vão muito além das ali declaradas, mas não necessariamente anulava outros pontos positivos do PL.

Tanto que numa das comissões da Câmara (a de Trabalho, Administração e Serviço Público), a então deputada federal Manuela D'Ávila (PCdoB-RS), situada do lado oposto do espectro político do proponente, deu parecer favorável ao projeto, que resultou na sua aprovação naquela comissão. No seu parecer, registrou algo um tanto diferente do que tinha dito Sandes Júnior anteriormente: "é nosso dever não nos omitirmos aos necessários avanços da saúde das trabalhadoras grávidas".

Ao final da tramitação, o projeto foi aprovado no Congresso e promulgado pela então presidenta Dilma Rousseff, em 11 de maio de 2016.

[8] Em suas legislaturas, integrou grupos como a "Frente Parlamentar Mista em Defesa da Vida – Contra o Aborto" e a "Frente em Defesa das Políticas Públicas da Juventude" (FGV CPDOC, s./d.).

Frisamos a data: 11 de maio de 2016. O Brasil estava no meio de um processo de remoção de Dilma da Presidência, para a qual havia sido democraticamente eleita. Além disso, no exato mesmo dia outra coisa importante aconteceu, não mais no Executivo ou Legislativo, mas no Judiciário: o então ministro do STF Teori Zavascki negou um pedido da Advocacia Geral da União para anular o processo de *impeachment*. Tudo isso acontecendo e foi promulgada uma lei de proteção às gestantes e lactantes em trabalhos insalubres.

Enfim, temos com isso a primeira dimensão do enigma descrito: a disputa política ao redor do gênero, suas instrumentalizações e avanços contraditórios. A segunda diz respeito ao contexto jurisprudencial mais direto e, aqui, chamamos a atenção para o modo como o Supremo Tribunal Federal tem-se inserido nos debates de gênero e sexualidade.

A Corte tem decisões sistematicamente favoráveis a mulheres e pessoas LGBT+: em 2020 foram julgadas a ADPF 457 e a ADI 5537, a primeira sobre o ensino de gênero e sexualidade, a segunda relativa ao "escola sem partido"; no mesmo ano, também foi julgada a ADI 5543, da doação de sangue por homens gays; em 2019, a ADO 26, da criminalização da LGBTfobia; em 2018, a ADI 4275, sobre a mudança do registro civil de pessoas trans; a ADI 4277 e a ADPF 132 das uniões homossexuais, de 2011.

Nesse percurso, o STF tem-se mostrado, em alguma medida, favorável a pautas de reconhecimento de direitos baseados no gênero e na sexualidade. Porém, nem tudo são flores. Em alguns outros temas, no mesmo campo do gênero, a história é outra, como no caso das decisões sobre aborto (ou a falta de algumas delas), sempre envoltas em disputas mais intensas.

No meio dessa encruzilhada, a nosso ver, está a decisão relativa ao trabalho de gestantes e lactantes em ambiente insalubre. Ela está situada entre decisões que avançam nas pautas do gênero, mas sempre de maneira

disputada e parcial, modulada pela outra tendência já descrita aqui, que é a de destruição dos direitos sociais. E aqui destacamos um ponto a nosso ver fundamental: a destruição de direitos sociais é em si também uma pauta de gênero, pois a "condição de mulher", neste país, é a condição de mulher trabalhadora.

Tudo isso institui um paradoxo muito angustiante. Enquanto uma mão reconhece direitos de grande importância – como o essencial direito à saúde e segurança das mulheres que trabalham e de seus filhos em gestação ou aleitamento –, a outra desconstitui arranjos de proteção social e ao trabalho, que viabilizam vidas concretas mais dignas para as pessoas. Neste caso em específico, para mulheres que são mães.

A terceira e última dimensão sugere uma leitura desse conjunto decisório e seu itinerário a partir dos acúmulos críticos dos feminismos e das teorias de gênero e sexualidade.

E aqui, lançamos algumas poucas ideias, servindo mais como pontos de desconfiança que argumentos finalizados. As teorias de gênero e sexualidade já refletem profundamente sobre essas encruzilhadas da luta feminista e LGBT. A luta por direitos de minorias políticas e a reflexão acerca deles precisam estar constantemente atentas a isso, pois não podem operar em planos de abstração, mas sim lidar com as disputas vividas e sua complexidade. No caso da maternidade mais ainda. As reivindicações por direitos de trabalhadoras mulheres gestantes e lactantes é atravessada por contradições, porque a maternidade, em si, é constituída delas. E o gênero também. E o trabalho também. E nada disso é estranho à pauta feminista.

Como ilustração, citamos o comentário de Angela Davis sobre a eleição de Kamala Harris para a vice-presidência dos Estados Unidos, diante de seus posicionamentos a respeito de temas controvertidos nos últimos anos. Diz Davis, comemorando essa vitória, que não deixa de ser

vitória por ser contraditória: "É uma abordagem feminista estar apta a trabalhar com essas contradições"[9]. O contexto da decisão da ADI 5938, da trabalhadora gestante, é atravessado por elas.

Logo, a análise de decisões complexas como a que pretendemos realizar aqui requer um recuo crítico ainda mais cuidadoso. Por isso, não apenas seu contexto jurídico-político externo deve ser observado, como também o que está firmado no interior da própria decisão, ou seja, os fundamentos utilizados pelos julgadores para chegar ao veredicto. Esse é o passo que daremos no próximo tópico.

4 Fundamentos decisórios

Não temos aqui a intenção de reproduzir e analisar minuciosamente os argumentos de todos os ministros e ministras que apresentaram seus votos no julgamento da ADI 5938. Por isso, assim como feito anteriormente, optamos por focar em três pontos centrais que encontramos no acórdão e que complementam o debate proposto neste artigo: o conservadorismo dos argumentos; a instrumentalização da teoria feminista; e a desconsideração da teoria juslaboral sobre saúde e segurança do trabalho.

Com relação ao primeiro ponto, a leitura da decisão revela que ela se baseia em argumentos predominantemente conservadores, apesar de o objeto da ADI dizer respeito ao direito das mulheres e, portanto, convergir com pautas feministas pela igualdade de gênero e por direitos sexuais e reprodutivos. Explicamos o porquê de fazermos tal avaliação, apesar de a decisão, ao final, acertadamente declarar a inconstitucionalidade dos trechos da Reforma Trabalhista que expunham mães, nascituros e bebês a riscos graves de saúde.

[9] TARDELLI, 2020.

Inicialmente cumpre frisar que o julgamento se ancora no direito social à proteção da maternidade, previsto no artigo 6º da Constituição de 1988, que serviu de horizonte para todos os votos[10]. Na ementa, consta que

> (...) A proteção contra a exposição da gestante e lactante a atividades insalubres caracteriza-se como direito social protetivo tanto da mulher quanto da criança, tratando-se de norma de salvaguarda dos direitos sociais da mulher e de efetivação de integral proteção ao recém-nascido, possibilitando seu desenvolvimento sem riscos decorrentes da exposição a ambiente insalubre[11].

Logo, apesar de o debate dizer respeito a direitos trabalhistas das mulheres, uma vez que o art. 394-A encontra-se no capítulo intitulado "Da proteção do trabalho da mulher" da CLT, muitas das razões apresentadas na decisão abordam a necessidade de proteção da criança que está sendo gestada ou em fase de aleitamento. Isso fica ainda mais evidente no trecho seguinte da ementa, em que se consigna que

> a proteção à maternidade e a integral proteção à criança são direitos irrenunciáveis e não podem ser afastados pelo desconhecimento, impossibilidade ou a própria negligência da gestante ou lactante em apresentar um atestado médico, sob pena de prejudicá-la e prejudicar o recém-nascido[12].

Assim, o cerne do raciocínio que embasa a decisão da ADI 5938 não é a proteção dos direitos das mulheres trabalhadoras, mas tutela para evitar que, caso ela não conheça, não tenha acesso a médico ou seja "negligente", o bebê seja protegido. O acórdão estampa a compreensão de

[10] BRASIL, 2019.

[11] BRASIL, 2019, p. 2.

[12] BRASIL, 2019, p. 2.

que o Direito do Trabalho deve tutelar as trabalhadoras, negando a elas autonomia de seus corpos e vontades, o que vai contra toda uma afirmação histórica da disciplina, que migra da função tuteladora para a função protetiva, movimento visto tanto internacionalmente, nas Convenções da OIT, quanto nacionalmente, com as alterações na CLT, principalmente após a promulgação da Constituição de 1988[13]. Portanto, não se encontra ali uma ideia de maternidade enquanto exercício de direito.

O segundo ponto que queremos destacar é a argumentação dos ministros e ministras em seus votos, pois notamos um jogo retórico que mescla fundamentos conservadores, familistas e até sexistas, a citações feministas, quase sempre sem uma preocupação com a coesão argumentativa, tampouco comprometimento com as pautas dos movimentos de mulheres.

Notamos um uso instrumental da teoria de gênero, principalmente nos votos dos ministros homens. Percebemos, na maioria dos casos, que os votos lançam mão de um arcabouço teórico relativo aos direitos das mulheres e até de citações de autoras renomadas da teoria feminista do Direito, mas no desenvolver do raciocínio acabam reproduzindo estereótipos rechaçados por essas mesmas feministas, como a naturalização da maternidade e a essencialização dos corpos das mulheres. Assim, toda a fundamentação teórica acaba sendo usada como argumento de autoridade, com pouco aprofundamento, sem interferência visível na decisão ali manifestada.

A título de ilustração, citamos o voto do ministro Edson Fachin[14]. Ele faz todo um exercício histórico em torno da igualdade de gênero nas Constituições brasileiras, apresenta alguns dos principais documentos

[13] Cf. VIEIRA, 2019.

[14] BRASIL, 2019. Voto do ministro Edson Fachin.

internacionais sobre o tema e até cita diretamente a jurista estadunidense Catharine MacKinnon. No entanto, conclui seu voto afirmando ser necessário proteger a "função social exercida por ela [a mulher] na família" e que o direito de proteção à maternidade é também de proteção do interesse da criança[15].

Ele termina a fundamentação de seu voto pela inconstitucionalidade da redação reformada do 394-A da CLT dizendo ser "dever fundamental da mulher de cuidar e nutrir, não apenas a si mesma, mas também ao nascituro e ao recém-nascido"[16]. Ao fazer isso, abandona a perspectiva feminista relativa à construção social do papel feminino em torno do cuidado[17], desconsiderando a responsabilidade masculina pelo cuidado, bem como da sociedade e do Estado de amparar crianças e mães.

Nesse sentido, apesar de esse voto e os demais terem uma tinta progressista no sentido de mencionarem debates sobre igualdade de gênero, a maioria não questiona um tema a nosso ver central, que é o lugar social da maternidade no Direito, em especial no Direito do Trabalho, em aspectos como o significado de família, a responsabilização pelo cuidado, os papéis do Estado, da sociedade e dos homens nessa equação.

Uma boa exceção é o voto da ministra Rosa Weber. A ministra traça um panorama histórico da legislação trabalhista voltada à saúde e segurança no trabalho das mulheres, mostrando como a igualdade material tornou-se um debate central para o Direito[18]. Ela recorda que a maternidade representa para a trabalhadora um período de maior vulnerabilidade, devido às contingências próprias de conciliação dos projetos de vida pessoal, familiar e laboral. Por isso, os direitos

[15] BRASIL, 2019. Voto do ministro Edson Fachin, p. 27.

[16] BRASIL, 2019. Voto do ministro Edson Fachin, p. 27.

[17] HIRATA; GUIMARÃES, 2020.

[18] BRASIL, 2019. Voto da ministra Rosa Weber.

fundamentais elencados no artigo 7º da Constituição "impõem limites à liberdade de organização e administração do empregador de forma a concretizar, para a empregada mãe, merecida segurança do exercício do direito ao equilíbrio entre trabalho e família"[19].

Assim, a ministra coloca em debate a questão da pressão sobre as trabalhadoras de conciliação trabalho-família, conciliação esta que é praticamente impossível considerando a interseccionalidade, a não implementação de um Estado de Bem-Estar Social no Brasil. E mais, ela é a única a buscar argumentos científicos e médicos que justificam o afastamento das mulheres do trabalho insalubre. A esse respeito, outros dos ministros consignaram em seus votos o pressuposto da fragilidade do corpo gestante e puerperal, reforçando estereótipos de gênero que vão em sentido oposto ao da finalidade da decisão: estimulam e justificam que as mulheres sejam preteridas e discriminadas no mercado de trabalho[20].

O terceiro ponto que vale menção é que em momento algum os ministros e ministras se questionaram sobre o que representaria o escalonamento entre graus máximo, médio e mínimo de insalubridade no sentido de exposição da gestante ou lactante a risco laboral. Para a doutrina juslaboralista que se debruça sobre o tema da saúde e segurança do trabalho, esse é um ponto bastante relevante, pois torna mais concreto o debate ao ilustrar os ambientes sobre os quais trata a lei.

Ademais, a distinção entre graus máximo, médio e mínimo de insalubridade está calcada em uma separação escalonada que pouco condiz com a realidade. Primeiramente porque os técnicos que redigiram a Portaria 3.214/1978 do Ministério do Trabalho, que fixa as bases da saúde e segurança do trabalho no Brasil, não pretendiam fixar os tais

[19] BRASIL, 2019. Voto da ministra Rosa Weber, p. 43.

[20] Cf. VIEIRA, 2019, capítulos 3 e 4.

"graus" de insalubridade, uma vez que eram contra a monetização dos riscos laborais por meio de adicionais[21]. Porém, devido à pressão política do governo e de sindicatos, os adicionais foram mantidos na legislação e, consequentemente, os técnicos tiveram que improvisar uma tabela de graus de insalubridade na Norma Regulamentadora nº 15, que até hoje rege a lógica do sistema[22].

Esse ajuste feito às pressas acarretou incongruências na classificação dos riscos da NR15, que deveriam ter sido ajustados em revisões periódicas, mas não foram. Consequentemente, ancorar a escolha de determinar o afastamento ou não do trabalho das mulheres gestantes ou lactantes nos graus de insalubridade é tecnicamente inadequado. Podemos exemplificar com a seguinte transcrição:

> (...) no caso da determinação de afastamento imediato da gestante nos casos de insalubridade de grau máximo (art. 394-A, I), as hipóteses em que essa proteção ocorre são restritas. Nos anexos da NR 15, o grau máximo é atribuído somente ao contato com agentes químicos e biológicos em risco exacerbado, ao contato com radiação ionizante e aos trabalhos submersos com pressão elevada. Logo, o afastamento imediato aplicava-se, praticamente, a gestantes empregadas em centros cirúrgicos, terapias intensivas e salas de radiologia. Os riscos classificados como de grau médio são maioria na NR 15 e, por consequência, as gestantes expostas a ruídos excessivos, ruídos de impacto, calor ou frio elevados, radiações não ionizantes, vibrações etc., precisariam apresentar atestado de saúde determinando o afastamento do ambiente danoso.

[21] SILVA; VIEIRA, 2019.

[22] SILVA; VIEIRA, 2019.

Aliás, em termos científicos, a ACGIH (*American Conference of Governmental Industrial*[23] tem estudos[24] sobre consequências do ruído ocupacional para o feto, abordando evidências de que a exposição da barriga da mãe a ruído contínuo a partir de 115 dB, ou a ruídos com picos superiores a 155 dB, pode causar perda auditiva no bebê depois do quinto mês de gestação. Qual médico no Brasil saberia disso para conceder atestado à gestante que trabalhasse em ambiente como esse? Muito possivelmente, a empresa daria um protetor auricular a essa trabalhadora, desconhecendo os riscos para o bebê.

Por fim, vale fazermos uma breve menção ao voto vencido do ministro Marco Aurélio. Ainda que não tenha dado uma resposta alinhada à nossa percepção de que o artigo reformado era inconstitucional, ele toca num ponto muito interessante quando afirma que as mulheres não devem ser tuteladas, pois devem ter liberdade em sentido pleno[25]. Nesse ponto, o ministro diverge da postura tuteladora dos colegas, revelando as contradições argumentativas em alguns dos votos, como tratado anteriormente. Ainda assim, discordamos de seu entendimento, pois em nossa compreensão as relações de trabalho no atual sistema pressupõem uma assimetria de forças que impede que uma trabalhadora ou trabalhador ajam de forma livre, precisando da intermediação do Estado para impor limites à exploração.

Considerações finais

O julgamento da ADI 5938 pelo Supremo Tribunal Federal é um retrato complexo de um tempo complexo. Ao tratar da gestante e do

[23] A ACGHI é uma instituição não governamental estadunidense que edita anualmente guias com a compilação de dados publicados na literatura científica sobre índices seguros de exposição ocupacional a agentes químicos, físicos e biológicos (VIEIRA, 2019).

[24] AMERICAN CONFERENCE OF GOVERNMENTAL INDUSTRIAL HYGIENISTS, 2011.

[25] BRASIL, 2019. Voto do ministro Marco Aurélio.

trabalho insalubre, termina falando de muito mais. É uma decisão sobre esse entrelugar, porque fala do que faz conectar esses dois universos: da gestação, lactação e maternidade, de um lado, e do trabalho em condições reconhecidamente duras para a saúde, de outro. Por isso recolhe horizonte desses dois universos, devolvendo, ao final, um horizonte de uma precária síntese, que é bem a síntese de um tempo.

De um lado, produz-se uma decisão que é positiva na proteção às trabalhadoras. Ou uma decisão que, pelo menos, é menos nociva do que o estado de coisas instaurado pela Reforma Trabalhista. Essa decisão, é certo, encontra contexto na luta histórica de mulheres, nos feminismos e em suas infiltrações no mundo do Direito, fazendo parte dos deslocamentos que a reflexão e a ação ao redor da igualdade de gênero produzem. De outro lado, é uma decisão que se camufla de exceção no contexto da destruição sistemática das garantias do trabalho, afiançada pelo próprio STF em larga medida. E aqui, ainda que não confesse, comunica-se com muitas outras decisões que negam a substância da igualdade no trabalho, também para mulheres. Assim, faz aparecer esse horizonte que é, na verdade, o horizonte jurídico do nosso tempo, de hibridismos, ambiguidades, deslocamentos, ofensivas e contraofensivas.

Conforme dito na introdução, nosso objetivo não era nem celebrar nem rechaçar a decisão. Não acreditamos ser esse tipo de abordagem muito útil no caso. Quisemos, então, trabalhar criticamente com os elementos que nos saltaram aos olhos e que, em muitos debates, tinham sido deixados de lado, no apressamento do jogo da avaliação de um julgado como "bom" ou "ruim". Apresentamos, então, o contexto jurídico-político da decisão, somado aos fundamentos usados nos votos dos ministros e ministras, incorporando ao debate fatores externos e internos que auxiliaram na análise crítica da decisão. Como visto, de fato a ADI se insere no quadro ambíguo de um avanço judicial em questões de gênero e

sexualidade com a destruição paralela e sistemática de direitos sociais. Além disso, a "salada" de argumentos identificada nos votos do acórdão, coordenada à superficialidade com que foi abordado o tema da saúde e segurança do trabalho, parece revelar ainda um certo desprezo com a pauta.

Consequentemente, encaramos a dificuldade do que entendemos como o enigma jurídico-político representado pela decisão da ADI 5938. Um enigma que não se soluciona, mas que aponta para problemáticas que valem o debate público. O ponto de crítica que melhor podemos destacar diz respeito ao aparecimento das agendas de apelo público no STF. Aqui, o Tribunal se move no cerne de muitos conflitos sociais e se mostra, ele mesmo, um ator nesse cenário. De um lado, sendo progressivamente interpelado a falar em gênero, não discriminação das mulheres, recebendo toda a força acumulada das lutas feministas. Fala disso porque é instado a fazê-lo, em um cenário de expansão dessa agenda. Talvez aqui possamos falar em avanço. Mas o avanço logo revela sua ambiguidade nessa mesma arena. Diante da pressão do poder econômico, o mesmo Tribunal retrocede forte, no sentido da precarização do trabalho e da vida social.

O mesmo STF que reconhece algumas das pautas de gênero referenda sistematicamente a Reforma Trabalhista e o ataque aos direitos sociais. E aí deixa de reconhecer que igualdade de gênero para mulheres trabalhadoras se dá não só com direitos ditos "de mulheres", em dimensões específicas, mas especialmente com garantias sociais sólidas, que permitam a entrada e permanência igualitária no trabalho, uma divisão equilibrada dos deveres de cuidado, um sistema de proteção social atento ao gênero. Os escombros disso não atendem ninguém que não as elites econômicas. Especialmente não atendem a mulheres-mães-trabalhadoras, que, no Brasil, sabem bem o que é serem privadas de direitos.

Referências

AMERICAN CONFERENCE OF GOVERNMENTAL INDUSTRIAL HYGIENISTS. 2011: *TVLs & BEIs*. Tradução: Associação Brasileira de Higienistas Ocupacionais. São Paulo: ABHO, 2011.

ANGOTTI, Bruna; VIEIRA, Regina Stela Corrêa. A (não) maternidade no Direito: críticas feministas à lei penal e trabalhista. *In*: NICÁCIO, C.; VIDAL, J. *O gênero do direito:* análise de práticas e instituições. Rio de Janeiro: Metanoia, 2020a.

ANGOTTI, Bruna; VIEIRA, Regina Stela Corrêa. Da reprodução à fundação social: o papel do Direito no reforço do lugar materno. In: SEVERI, F. C.; MATOS, M. C.; CASTILHO, E. W. V. (org). *Tecendo fios das críticas feministas ao Direito no Brasil* II: direitos humanos das mulheres e violências: volume 2, novos olhares, outras questões. Ribeirão Preto: FDRP/USP, 2020b.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Senado Federal, 5 out. 1988.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5938*. Relator: Alexandre de Moraes. Julgamento em 29 de maio de 2019. Acórdão. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5447065 Acesso em 19 fev. 2021.

BRIGATTI, Fernanda. Pandemia deixa mais da metade das mulheres fora do mercado de trabalho. *Folha de S. Paulo*, 1º fev. 2021. Disponível em: https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2021/02/pandemia-deixa-mais-da-metade-das-mulheres-fora-do-mercado-de-trabalho.shtml?origin=folha

BROWN, Wendy. *Cidadania sacrificial, neoliberalismo, capital humano e políticas de austeridade*. Trad. Juliane Bianchi Leão. Rio de Janeiro: Zazie Edições, 2018.

FGV CPDOC. Sandes Júnior. Verbete. Fundação Getúlio Vargas, s./d. Disponível em: http://www.fgv.br/cpdoc/acervo/dicionarios/verbete-biografico/sandes-junior

HIRATA, Helena; GUIMARÃES, Nadya Araújo. *O gênero do cuidado*: desigualdades, significações e identidades. São Paulo: Ateliê editorial, 2020.

MARINHO, Rogério. Apresentação do parecer do Relator. Câmara dos Deputados, Comissão Especial PL 6787/16. Brasília: Departamento de taquigrafia, revisão e redação, 14 abr. 2017. Disponível em: https://www.camara.leg.br/internet/sitaqweb/TextoHTML.asp?etapa=11&nuSessao=0272/17

PEREIRA, Flávia Souza Máximo; NICOLI, Pedro Augusto Gravatá. Os segredos epistêmicos do direito do trabalho. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 10, n. 2, p. 519-544, 2020.

RAMOS, Marcelo Maciel; NICOLI, Pedro Augusto Gravatá. Para mulheres e pessoas LGBT+ o direito fundamental ao trabalho digno é uma disputa. In: VIEIRA, R. S. C.; TRAMONTINA, R. (orgs.). *Desafios presentes e futuros do direito do trabalho*: buscas entre interseções por um novo alvorecer. Joaçaba: Editora Unoesc, 2020.

SILVA, Homero Batista Mateus da; VIEIRA, Regina Stela Corrêa. Trabalho insalubre das gestantes: reflexões trazidas pela Lei 13.467/2017. *Revista do Tribunal do Trabalho da 2a Região,* São Paulo, n. 21, p. 68-74, 2019. Disponível em: https://ww2.trt2.jus.br/jurisprudencia/publicacoes/revista-do-tribunal/

TARDELLI, Breno.'Estou animada': Angela Davis firma apoio à Kamala e Biden nos EUA. *Carta Capital*, 17 ago. 2020. Disponível em: https://www.cartacapital.com.br/justica/estou-animada-angela-davis-firma-apoio-a-kamala-e-biden-nos-eua/

VIEIRA, Regina Stela Corrêa. *Direito e gênero na saúde e segurança das mulheres no trabalho*. Belo Horizonte: Letramento, 2019.

2ª Parte

Direito Coletivo do Trabalho

Capítulo 8

O STF e a greve no serviço público: o caso dos dias de greve

Miguel Gualano de Godoy[1]
Sidnei Machado[2]

1. Introdução

A decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) sobre o alcance do direito de greve dos servidores públicos, tomada no Recurso Extraordinário 693.456, com repercussão geral, atinge o âmbito básica de proteção do direito fundamental de greve dos servidores públicos. A paradigmática decisão do STF, de 27 de outubro de 2016, com impactos diretos na fixação de limites do direito de greve, cria limites e restrições ao exercício da greve dos servidores não previstos no texto da Constituição de 1988.

É fundamental uma retomada da decisão do STF para agregar um aporte à teoria dos direitos fundamentais, pois a discussão, do ponto de vista das normas trabalhistas e da regulação da greve, parece estar bem posta no acórdão, e ainda mais bem evidenciada nos votos vencidos do julgamento. O ponto de partida dessa reflexão são os direitos fundamentais. Com esse aporte se pretende inserir a decisão dentro de um

[1] Professor adjunto de Direito Constitucional da Universidade Federal do Paraná (UFPR). Mestre e doutor em Direito Constitucional pela UFPR, com período de estudos e pesquisas na Harvard Law School e na Universidade de Buenos Aires (UBA). Pós-doutor pela Faculdade de Direito da USP. Autor dos livros: Devolver a Constituição ao Povo: crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais (Ed. Fórum, 2017); Caso Marbury v. Madison: uma leitura crítica (Ed. Juruá, 2017); Constitucionalismo e Democracia: uma leitura a partir de Carlos Santiago Nino e Roberto Gargarella (Ed. Saraiva, 2012). Ex-assessor de ministro do STF. Advogado.

[2] Professor associado de Direito do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná (UFPR). Professor permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná (Capes 6). É pesquisador e líder do Grupo de Pesquisa Clínica de Direito do Trabalho (PPGD/UFPR). É colaborador do Programa de Pós-Graduação em Sociologia da UFPR. Doutor em Direito (UFPR), com pós-doutorado na Université Paris Nanterre. Advogado.

quadro mais amplo do direito fundamental de greve e, assim, oferecer uma fundamentação complementar, não enfrentada no julgamento, e que revela o desacerto da decisão tomada pelo STF, possibilitando, desse modo, a rediscussão do tema e da própria decisão a partir de então prevalecente.

A questão central dessa reflexão é o âmbito do exercício do direito de greve, embora naturalmente contemple (e pressuponha) o difícil contexto do livre exercício desse direito pelos servidores e pelos trabalhadores em geral do setor privado. O recurso à greve tem um fundamento político central na democracia, que expressa uma pluralidade de interesses na sociedade em permanente tensão e conflito; é também um fato social, expressão da autonomia coletiva do sindicato.

Nesse debate insere-se a discussão sobre a necessidade de regulamentação da greve dos servidores públicos no Brasil – omissão legislativa que perdura desde a Constituição de 1988 –, para que se estabeleça os mecanismos de garantia do exercício pleno do direito de greve, seus limites e a relação entre servidores públicos e a administração pública. Por isso, quando refletimos sobre a greve a partir do Direito, estamos buscando identificar no âmbito de sua regulação o seu conteúdo e alcance nos campos legislativo e jurisprudencial.

Por outro lado, a simples invocação da liberdade do exercício de direito de greve o torna teoricamente um direito frágil, visto que ele é alvo de sistemáticos ataques na relação assimétrica entre servidores e administração, assim como é também exposto aos riscos de restrição pela jurisdição constitucional e seus excessos de ativismo judicial, que atua à margem e contra o sentido da Constituição.

Nessa perspectiva ampla, apoiando-nos na metodologia de análise de conteúdo de decisões judiciais, sistematizamos os elementos centrais da argumentação judicial empregada, para compreender a significância da decisão.

O texto está dividido em três partes: a primeira, com apresentação do caso e seus elementos; a segunda, com a discussão teórica sobre o direito de greve; e a terceira, com a indicações dos problemas interpretativos da decisão do STF. O artigo demonstra os problemas na fundamentação da Corte e, consequentemente, o erro em sua decisão, baseada em uma interpretação que está em desacordo com a Constituição.

2. O caso concreto

O Recurso Extraordinário teve origem na impetração de um mandado de segurança coletivo por parte da Associação dos Profissionais de Educação da Faetec (APEFAETEC), pedindo que a Fundação de Apoio à Escola Técnica se abstivesse de descontar dos salários de seus servidores o valor correspondente aos dias da greve realizada entre 14 de março e 9 de maio de 2006. A greve de quase dois meses tinha sido motivada pela ausência de recomposição das perdas inflacionárias dos servidores pela Administração Pública.

A sentença de primeira instância julgou improcedentes os pedidos e denegou a segurança, autorizando os descontos pelos dias parados em razão da greve. No entanto, a 16ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJ-RJ) alterou a sentença e reconheceu a ilegalidade do desconto nos vencimentos, já que a paralisação ocorreu para o exercício de um direito constitucional – o direito de greve, que também se aplica aos servidores públicos. Contra essa decisão do TJ-RJ, a Fundação interpôs no STF o Recurso Extraordinário (RE) 693.456, distribuído em 14 de novembro de 2011 ao ministro Dias Toffoli, que reconheceu a repercussão geral em 16 de março de 2012 (Tema 531)[3]. O julgamento iniciou-se em 2015, com o voto do relator, ministro Dias Toffoli, mas, em razão de pedido

[3] BRASIL, 2017.

de vistas do ministro Luís Roberto Barroso, foi concluído somente em 2016. O acórdão, publicado em 19 de outubro de 2017, contém 176 páginas, com os votos de todos os ministros da Corte.[4]

2.1 A controvérsia interpretativa

O problema e a questão controvertida dizem respeito à constitucionalidade do desconto dos dias parados em razão de greve de servidor. A greve tem previsão no artigo 37, inciso VII, da Constituição Federal de 1988, porém não foi regulamentada em lei, ou seja, não há lei que autorize expressamente os descontos dos dias parados. O que se extrai da Constituição é a previsão ampla de que "o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica; (Redação da EC 19/1998)". Com isso, a questão posta é sobre a correta interpretação da Constituição, ou, dito de outro modo, se o desconto nos salários viola o art. 37, inciso VII, da Constituição.

A matéria controvertida se insere no âmbito da linha evolutiva de diversos julgamentos anteriores no STF sobre o direito de greve, dentro da mesma problemática sobre os efeitos da omissão legislativa a respeito do tema – em especial a decisão da Corte no Mandado de Injunção nº 708, em 2007. Nesse julgamento, o STF reconheceu a omissão legislativa e admitiu o exercício do direito,[5] mas pouco depois, em 2009, uma decisão monocrática do ministro Eros Grau restringiu a greve para os policiais civis.[6]

---

[4] BRASIL, 2017.

[5] BRASIL, 2008. É o caso do ARE 657.385, relator ministro Luiz Fux, j. 29-2-2012, decisão monocrática, DJE de 13-3-2012. Outros julgados relevantes: RE 456.530 ED, relator ministro Joaquim Barbosa, j. 23-11-2010, 2ª T, DJE de 1º-2-2011. ADI 3.235, relator para o acórdão ministro Gilmar Mendes, j. 4-2-2010, P, DJE de 12-3-2010

Rcl 6.568, relator ministro Eros Grau, j. 21-5-2009, P, DJE de 25-9-2009

[6] BRASIL, 2018a.

De todo modo, para a Corte, a questão posta em 2016 foi a de atribuir significado ao texto constitucional, dentro da moldura do direito de greve e em harmonia com a jurisprudência do próprio STF.

2.2 A decisão

Submetido a julgamento em Plenário do STF, o Recurso Extraordinário teve resultado paradigmático na forma e no mérito. A decisão contrária aos servidores públicos, por maioria de 6 (seis) votos a 4 (quatro), fixou a tese vencedora de que a administração pública deve fazer o desconto dos salários dos servidores em greve. A maioria na Corte foi formada pelos ministros Dias Toffoli, Luís Roberto Barroso, Teori Zavascki, Luiz Fux, Gilmar Mendes e Cármen Lúcia. Os quatro votos vencidos foram dos ministros Edson Fachin, Rosa Weber, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio.

Primeiro, o caso foi relevante sob o aspecto formal, porque, iniciado o julgamento em 2 de setembro de 2015, o Supremo decidiu em questão de ordem que, uma vez reconhecida a repercussão geral do recurso, não cabe pedido de desistência. Importante recordar que nesse momento do julgamento ainda não havia entrado em vigor o novo Código de Processo Civil, que resolveu essa questão em seu art. 998, parágrafo único, ao dispor que "a desistência do recurso não impede a análise de questão cuja repercussão geral já tenha sido reconhecida e daquele objeto de julgamento de recursos extraordinários ou especiais repetitivos".

No mérito da discussão, o STF partiu da premissa básica de que o exercício do direito de greve por servidor público corresponde à suspensão do contrato de trabalho. Assim, mesmo que a greve não seja abusiva, a regra decorrente dessa premissa é a de que se deve dar o desconto dos dias não trabalhados. O desconto só não pode ser realizado se a greve tiver sido provocada (1) por atraso no pagamento ou (2) por outras situações

excepcionais que justifiquem o afastamento da relação funcional com o Poder Público como, por exemplo, a realização de condutas recriminâveis pela Administração Pública, ou quando houver negociação para a compensação dos dias parados ou para o parcelamento dos descontos.

A partir dessas balizas, o STF fixou então a seguinte tese:

> A administração pública deve proceder aos descontos dos dias de paralisação decorrentes do exercício do direito de greve pelos servidores públicos, em virtude da suspensão do vínculo funcional que dela decorre, permitida a compensação em caso de acordo. O desconto será, contudo, incabível se ficar demonstrado que a greve foi provocada por conduta ilícita do Poder Público.[7]

Em suma, a decisão reitera a jurisprudência da constitucionalidade do direito de greve fixada em 2007; contudo, entende não haver ilegalidade no desconto dos dias parados, salvo poucas exceções a essa regra.

A decisão do STF sobre o exercício do direito de greve resulta em nova ambivalência sobre o direito fundamental, na medida em que reconhece o direito, mas admite limitações severas ao seu exercício, com motivações que não são suficientes para justificar a restrição.

2.3 As motivações

O voto do ministro Dias Toffoli, relator do caso, parte do pressuposto de que o reconhecimento do direito de greve pelos servidores pode sofrer restrições, fazendo referência às limitações já impostas pela Lei 7.783/89 e ao precedente de 2009 do STF, que já havia proibido a greve para os policiais civis.[8] Nessa linha argumentativa, o voto justifica o regramento dos dias de paralisação da greve dos servidores como um "afastamento"

[7] BRASIL, 2017.

[8] BRASIL, 2009.

não remunerado do servidor, que, no raciocínio do ministro, seria equivalente à "suspensão do contrato de trabalho" para definir, no setor privado, a ausência de remuneração por trabalho não prestado. Disso, concluiu que o desconto dos salários é um ato vinculante do gestor.

No entanto, embora na mesma linha argumentativa de Dias Toffoli, o ministro Barroso foi além para sustentar a tese de que administrador público não só pode, mas tem o dever de cortar o ponto: "O corte de ponto é necessário para a adequada distribuição dos ônus inerentes à instauração da greve e para que a paralisação, que gera sacrifício à população, não seja adotada pelos servidores sem maiores consequências"[9].

O que se depreende dos dois votos condutores que conquistaram a maioria na Corte é que as razões de decidir tiveram como fundamento e inspiração a aplicação do art. 7º da Lei nº 7.783/89. De fato, esse dispositivo estabelece que a participação em greve suspende o contrato de trabalho, o que conduziu à conclusão da Corte de que a suspensão da prestação de serviços implicaria necessariamente a ausência de remuneração como regra, ou ainda nos termos da tese fixada: "A administração pública deve proceder ao desconto dos dias (...)"[10].

Com essa referência normativa, a Corte optou por uma distinção entre os efeitos da suspensão e aqueles da interrupção do contrato, hipótese da sistemática das relações de trabalho que permite o pagamento de salário, aplicável pela jurisprudência do TST para as greves no setor privado.

2.3.1 A divergência

A divergência na Corte foi aberta pelo ministro Edson Fachin, que sustentou a dissociação entre o exercício do direito de greve no setor

[9] BRASIL, 2017.

[10] BRASIL, 2017.

privado e no setor público, em razão das peculiaridades que distinguem a relação entre servidores e administração pública, em especial as dificuldades de exercício da negociação coletiva.

Argumentou o ministro Edson Fachin que os descontos não podem dar-se por ato unilateral e discricionário do administrador e que apenas ordem judicial pode determinar o corte do pagamento. Em seu raciocínio, a adesão do servidor público a movimento grevista não representa opção econômica de renúncia ao pagamento, porque a greve é seu principal instrumento de reivindicação frente ao Estado. Por ser um fator essencial na relação jurídica instalada a partir da deflagração do movimento paredista, a suspensão do pagamento não pode ser decidida unilateralmente.

A linha de raciocínio da divergência é que se o direito de greve é constitucionalmente garantido, não se poderia impor condições ao seu exercício. O ministro Lewandowski ressaltou que os constituintes de 1988 garantiram ao servidor público o direito de greve, mas até hoje o Congresso Nacional não legislou sobre o tema. "Não há lei específica. Não há nenhum comando que obrigue o Estado a fazer o desconto no momento em que for deflagrada a greve. Em face dessa lacuna, o STF mandou aplicar ao serviço público a lei que rege a greve no setor privado"[11], lembrou o ministro Lewandowski.

Para Lewandowski, não se poderia aplicar ao servidor público o artigo 7º da Lei de Greve (Lei 7.783/1989), que prevê a suspensão do contrato de trabalho, porque o servidor público não tem um contrato de trabalho, mas sim uma relação estatutária com o Estado.

[11] BRASIL, 2017.

3. A greve como direito fundamental

O reconhecimento do direito de greve dos servidores públicos no Brasil é fruto de longo caminho de resistências normativas e constitucionais até a sua previsão na Constituição de 1988.

3.1 Da negação à previsão constitucional

A década de 1930 é marcada pela emergência dos direitos trabalhistas do Estado Novo, mas logo em 1932 a greve, por medida de segurança nacional, foi proibida (Lei nº 38/32). Na Constituição de 1937, a greve e o *lockou*t são considerados "recursos anti-sociais nocivos ao trabalho e ao capital e incompatíveis com os superiores interesses da produção nacional" (art. 139). O Código Penal de 1940 tipificou a greve como um delito. A Justiça do Trabalho, criada em 1939 (Decreto-Lei nº 1.237/39), previu duras punições aos trabalhadores que participassem de movimentos grevistas, como a suspensão, a despedida por justa causa e a aplicação de pena de detenção. A Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), na redação original dos artigos 723 e 724, chegou a prever a greve como uma prática delituosa.

Na Constituição de 1946 (art. 158) é que se institui a possibilidade de ser "reconhecido o direito de greve, cujo exercício a lei regulará". Foi nesse contexto que o Decreto-Lei nº 9.070/46 garantiu o reconhecimento do direito de greve no Brasil, mas não extensível às atividades fundamentais. A regulação da greve em lei se deu em 1964, em plena ditadura militar, com a Lei nº 4.330 que, pelas restrições que impunha, foi conhecida como a "Lei da Greve".

A Constituição Federal de 1967 assegurou o direito de greve dos trabalhadores do setor privado (art. 158, inciso XXI), mas não aos servidores públicos, ao dizer expressamente que: "não será permitida

greve nos serviços públicos e atividades essenciais, definidas em lei"[12] (art. 157, § 7º). O Decreto-Lei nº 1.632/78 e a Lei nº 6.620/78 (Lei de Segurança Nacional) também proibiram a greve nos serviços públicos e atividades essenciais.

O que se constata por esse itinerário normativo é que no Brasil prevaleceu uma concepção estatutária do emprego público, diferenciando-se da natureza contratual afeta às relações privadas de trabalho, para demarcar a supremacia do interesse geral do Estado em relação aos direitos de cidadania.

O fato é que o direito de greve dos servidores é reconhecido pela OIT, que o vincula com a liberdade sindical e o direito à sindicalização. Diversos tratados internacionais incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro reconhecem o direito de greve como um direito fundamental dos trabalhadores, em especial a Convenção nº 151 da OIT (art. 8º) e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (art. 8º, 1, d).

3.2 A omissão legislativa

Depois de um longo caminho de proibição e restrição à greve no serviço público, a Constituição de 1988 a reconheceu como um direito. A regulação do direito de greve dos servidores públicos é uma promessa não cumprida desde 1988, ou seja, há mais de trinta anos.

Ao mesmo tempo que a Constituição de 1988 garantiu a greve no setor privado (art. 9º), também reconheceu expressamente esse direito aos servidores públicos civis: "O direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica"[13] (art. 37, inciso VII). Na redação anterior à Emenda Constitucional nº 19, de 1998, a greve era condicionada à lei complementar. Contudo, transcorridas três décadas, não ocorreu a

[12] BRASIL, 1967.

[13] BRASIL, 1988.

edição do necessário ato legislativo para regulamentar o exercício da greve.

A jurisprudência do STF tem entendido que é necessário lei para o exercício desse direito, ou seja, que a norma constitucional tem eficácia limitada. A realidade que deve ser levada em conta, todavia, é a de que, desde 1988, inúmeras greves vêm sendo realizadas, sem que a Administração Pública busque punir seus servidores. Também preocupa a inoperância do Poder Legislativo, que, mesmo depois de tantos anos da promulgação da Carta Magna, nada fez a respeito. Nesse sentido, decidiu o STF, no Mandado de Injunção Coletivo nº 20, julgado em 19/05/1994, que: "O artigo 37, VII, da CB/88, que assegura o direito de greve ao servidor público não é auto-aplicável"[14]. Desde a data desse julgamento, o Supremo Tribunal Federal já denuncia a omissão legislativa em regulamentar o direito de greve, porém sem avançar em colmar a lacuna legislativa, limitando-se a justificar que a norma é de eficácia limitada.[15]

Mas greve não é qualquer paralisação. É paralisação por demandas trabalhistas, pretensão de defesa de direitos dos trabalhadores, ajuste do contrato de trabalho firmado por interesses contrapostos (prestação de trabalho *versus* remuneração que requer ajustes). É, pois, uma paralisação qualificada. E tanto é assim que recebe nomenclatura especial e especial local de previsão e proteção: a greve como direito fundamental previsto no art. 9º e art. 37, VII, da Constituição. A greve como direito fundamental tem como suporte fático uma série de medidas. A principal delas é, sem dúvida, a paralisação do trabalho.

O âmbito de proteção do direito fundamental à greve abarca, assim, justamente a possibilidade de se parar o trabalho. E que essa possibilidade

[14] BRASIL, 2008.

[15] BRASIL, 1994.

de paralisação do trabalho não seja impedida ou afetada por uma intervenção sem amparo na Constituição. Vale dizer, a paralisação só poderia ser mitigada se houvesse fundamentação constitucional para tanto. Mas não há.

Assim, a premissa é a possibilidade de realização da greve – suporte fático composto por um âmbito de proteção que abarca a paralisação do trabalho –, a possibilidade de parar e não ser retaliado pelo exercício da greve. Isso significa poder paralisar o trabalho e não ter, *a priori*, os vencimentos descontados, salvo se a greve vier a ser considerada abusiva e/ou ilegal por um tribunal.

4. O erro da decisão do STF

A ausência de uma regulação do direito de greve em lei que assegure o seu exercício abriu caminho para a ampla judicialização do conflito coletivo pelo Supremo Tribunal Federal, que, pouco a pouco, vai preenchendo o vazio normativo com decisões judiciais, muitas delas contraditórias, que vão de temas sobre o âmbito subjetivo da greve aos limites do exercício do direito, dentro das sempre imprecisas balizas da legalidade e ilegalidade ou abusividade do movimento. Dentro desse leque de restrições, um tema central é o direito ao salário no período da greve, quando suspensa a prestação de trabalho.

4.1 Limites da Lei de Greve

A literatura jurídica e a jurisprudência nacional e comparada têm reiterado o argumento de que a greve, ainda que legal, como regra, implica suspensão do pagamento de salários. O argumento de base recorrente é o direito de obrigações do contrato, que compreende que a suspensão do contrato de trabalho e a ausência de trabalho dispensam a contraprestação de pagamento, já que o trabalho não foi realizado. Uma segunda linha de

motivação de que se vale essa doutrina é a de que a greve pressupõe um dano e um sacrifício ao trabalhador que a ela adere.

Essa regra geral, no entanto, tem recebido frequentes exceções, previstas no direito positivo ou fruto de construções jurisprudenciais. As principais exceções são as hipóteses de greve por conduta ilícita do empregador ou quando a greve é declarada legal por um tribunal, condições em que os salários seriam devidos durante a paralisação. No Direito do Trabalho brasileiro, tanto a doutrina quanto a jurisprudência dos tribunais especializados da Justiça do Trabalho orientam-se por essas diretrizes básicas entre regra e exceção.[16] Em relação à análise específica de casos de greve de servidores públicos, os tribunais seguiam a mesma orientação.[17]

Revisitando a legislação infraconstitucional brasileira, constata-se que, diferentemente da lei anterior, de 1964, a atual lei de greve (Lei 7.783/89), de 1989, não determina o desconto dos dias parados durante a greve. Pela regra do artigo 7º, a greve suspende o contrato de trabalho, mas "devendo as relações obrigacionais, durante o período, ser regidas pelo acordo, convenção, laudo arbitral ou decisão da Justiça do Trabalho"[18]. Desse modo, o pagamento ou não dos dias parados não decorre da aplicação da Lei nº 7.788/89, uma vez que a regulação foi delegada às partes, mediante negociação coletiva e, em caso de impasse, via deliberação judicial. Do ponto de vista dogmático do Direito do Trabalho, a lei brasileira não autoriza o empregador a, em ato unilateral, promover o desconto dos salários dos dias de greve. Esse procedimento da

[16] BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. SDC do TST, RO DC 17.956/90.4-15ª R., j. 17.9.91, relator Antonio Amaral, DJU 1 19.12.91, p. 18.884. A Orientação Jurisprudencial 10 da SDC do TST menciona que "é incompatível com a declaração de abusividade de movimento grevista o estabelecimento de quaisquer vantagens ou garantias a seus partícipes, que assumiram os riscos inerentes à utilização do instrumento de pressão máximo.

[17] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2ª T., Recurso Especial 1450.265-SC, j. 18.6.2014, relator ministro Mauro Campbell Marques.

[18] BRASIL, 1989.

lei tem sido observado pela Justiça do Trabalho na análise e fixação da possibilidade de descontos. Quando autorizados os descontos, com frequência o TST recorre a critérios que atendam à regra da proporcionalidade.

Apesar da insuficiência da regulação da lei brasileira, o tratamento para os descontos dos dias parados tem um sentido de evitar que ele seja ato unilateral, com a finalidade de preservar o trabalhador de potencial retaliação, punição, represália que possam esvaziar o direito de greve.

4.2 Limites não previstos na constituição

O raciocínio subjacente ao julgamento do Recurso Extraordinário pelo STF, que se constata nas justificativas dos votos vencedores, é o de que se a greve é paralisação, não há trabalho e, se não há trabalho, não há pagamento devido, salvo se a greve for decorrente de conduta ilícita do Poder Público. Mas esse raciocínio se fundamenta em uma contradição que, numa tacada só, reconhece o direito de greve, mas ao mesmo tempo o viola, ao permitir o automático e obrigatório desconto dos vencimentos pelos dias parados.

O que o STF fez foi inverter a premissa que fundamenta o exercício do direito fundamental de greve dos servidores públicos: se greve é paralisação, e paralisação é não trabalho, então não se justifica, *a priori*, o pagamento dos vencimentos. O problema desse argumento é que ele desloca o fundamento da abusividade e ilicitude da greve como premissa da paralisação. Quer dizer, para o STF, o direito à greve implica obrigatoriamente a suspensão do pagamento dos vencimentos, salvo se decorrente de conduta ilícita do Poder Público.

Mas nessa compreensão do Supremo, então o que fundamenta o direito de greve não é mais um suporte fático com um amplo âmbito de proteção, que abarcaria a paralisação do trabalho, já que a paralisação deve

implicar necessariamente o desconto dos dias parados. Ou seja, interromper o trabalho não estaria mais no âmbito de proteção do direito de greve, já que parar o trabalho é ser descontado.

De todo modo, a questão induzida por esse raciocínio do desconto obrigatório representa uma intervenção para a qual não há autorização no texto da Constituição. Ao se descontar os vencimentos, não apenas se mitiga o principal suporte fático do direito de greve, através da diminuição do seu âmbito de proteção (parar o trabalho), como ainda se permite uma intervenção (desconto dos vencimentos) sem fundamento constitucional que a autorize.

Note-se que a jurisprudência precedente do STF, fixada em 2008, por ocasião do julgamento dos Mandados de Injunção 670, 708 e 712, em razão da omissão administrativa, determina aplicação da Lei 7.783/89, que regula a greve no setor privado, em especial os artigos 1º ao 9º; 14, 15 e 17 da lei.[19] Contudo, apesar do sentido de garantia do exercício da greve dos servidores representado pela decisão de 2008, a observância dessa jurisprudência, nessa provisória e precária regulação, também não é fundamento para autorizar os descontos salariais. Pelo contrário, pois o respeito à jurisprudência, que faz remissão à lei de 1989, exigiria uma aplicação nos termos daquela.

A rigor, a questão central da tese fixada na decisão do STF é que ela não encontra amparo na Constituição, porque fulmina o próprio conteúdo essencial do direito fundamental de greve. Se o STF exclui do âmbito de proteção do direito fundamental o principal modo de atuação para sua efetivação, ele não está apenas esvaziando esse direito fundamental, ele o está violando pela afronta ao que esse direito principalmente busca

[19] Mandado de injunção conhecido e, no mérito, deferido para, nos termos acima especificados, determinar a aplicação das Leis nº 7.701/1988 e 7.783/1989 aos conflitos e às ações judiciais que envolvam a interpretação do direito de greve dos servidores públicos civis (BRASIL, 2008)

estabelecer: um ato que dá concretude ao direito. E o principal ato que dá concretude à greve é parar o trabalho.

Ao se criar uma intervenção que impede o principal ato – parar de trabalhar –, está a violar-se o principal âmbito de proteção do direito fundamental. Há, assim, evidente violação do conteúdo essencial do direito fundamental à greve. O que o STF fez não foi esvaziar o direito de greve, foi efetivamente violar o que constitui o direito de greve em si.

Esvaziamento seria a exclusão, de algum modo, do âmbito de proteção do exercício do direito, e com fundamentação na Constituição para isso. Mas não a exclusão do principal modo de exercício do direito, e sem fundamentação na Constituição para tanto.

O desconto dos vencimentos dos servidores públicos em razão do exercício do direito fundamental de greve retira dos trabalhadores públicos seu meio de subsistência, impõe um auto-sacrifício para que que a parte mais fraca de uma relação contratual possa valer-se do principal meio de visibilidade e oitiva, e ainda aniquila o próprio direito fundamental à greve.

A interpretação possível que se deve extrair da aplicação do texto constitucional, combinado com o artigo 7º da Lei nº 7.783/1989, a justificar o desconto e a não compensação dos dias parados, é que essas obrigações sejam regidas por acordo, convenção, laudo arbitral ou decisão da Justiça do Trabalho. A circunstância relevante é que, para os servidores públicos, há impedimento para a aplicação desse dispositivo, visto que o direito à negociação coletiva dos servidores públicos não é exercido plenamente. Apesar da ratificação pelo Brasil, em 2010, da Convenção 151 da Organização Internacional do Trabalho (OIT)[20], sobre as relações de trabalho na Administração Pública, a via da negociação coletiva é restrita,

[20] BRASIL, 2013.

já que não se pode firmar acordo ou convenção coletiva com a Administração Pública sem autorização legislativa prévia.[21]

O desconto dos dias de greve não facilita o exercício da liberdade sindical e do direito fundamental de greve, mas produz uma espécie de punição antecipada dos servidores. Mesmo pela exceção contida na tese do STF – para o não desconto dos dias em casos de conduta ilícita da administração ou falta de pagamento de salário –, essa contenção estaria condicionada ao recurso *a posteriori* ao Judiciário, o que não impede a pressão exercida sobre os grevistas por meio do desconto imediato dos salários, condicionado a uma ulterior e sempre tardia decisão do próprio Judiciário.

Por outro lado, a tese dos efeitos da "suspensão do contrato", que autorizaria o desconto do salário pela Lei 7.783/89, não responde à distinta relação entre servidor e administração, que não é regida por um contrato de trabalho entre particulares, mas por um regime estatutário. Para os servidores públicos, aliás, a Lei 8.112/90, que é o estatuto que os rege, prevê que o desconto de salários ocorre por falta ao serviço por motivo injustificado (art. 44, inciso I). E o exercício da greve não pode ser caracterizado por "motivo injustificado". Antes da decisão do STF, a prática na administração pública era o desconto dos dias de greve, porém ele se dava apenas mediante autorização do Judiciário, caso a caso.

[21] Quando da edição da Lei 8.112/90, que institui o regime único dos servidores públicos civis, foram previstos, pelo menos, dois pontos importantes, que significavam um avanço no estabelecimento dos direitos sindicais dos trabalhadores da Administração Pública: o direito à negociação coletiva e ao dissídio coletivo (art. 240, alíneas d e e). Entretanto, o STF, em decisão de 12.11.1992, afastou esses avanços através de ADIn 492-1, que, já liminarmente, entendeu pela inconstitucionalidade da extensão aos servidores públicos da Administração direta dos direitos à negociação coletiva e ao ajuizamento de dissídio coletivo, decisão, posteriormente, confirmada no mérito. O fundamento da decisão remete à superada teoria da unilateralidade.

Considerações finais

O STF do século XXI, do Plenário Virtual e dos números fantásticos, fez os trabalhadores públicos regredirem ao início do século XX, quando qualquer reivindicação trabalhista era tratada *a priori* como ilegal e, assim, passível de punição prévia. Nesse caso, infelizmente o Supremo deixou de defender a Constituição, de proteger um direito fundamental, valendo-se de um argumento que não encontra fundamento nem na Carta Magna, nem na teoria dos direitos fundamentais e muito menos na lei de greve e na dinâmica e prática do Direito do Trabalho.

Estamos muito próximos do modelo que tínhamos em 1964, quando a malfadada lei de greve assegurava esse direito, mas impunha tantas restrições que impossibilitavam o seu exercício. Ou, ainda, da solução do presidente Fernando Henrique Cardoso, de 1995, que por decreto fixou as condições da greve, com desconto dos dias parados[22].

O exercício regular de um direito não pode ser punido, seja qual for a penalidade aplicável, muito menos com o desconto prévio. O desconto na remuneração dos dias não trabalhados é uma forma de restrição à greve e de punição antecipada. Haverá algum espaço para tutelas preventivas para garantir o pagamento do salário, mas será sempre inseguro e naturalmente precário.

O correto tratamento constitucional deveria vir com uma lei que regulasse a negociação coletiva e a greve no serviço público. Não faz sentido garantir o direito de greve sem garantia de negociação coletiva, que é indissociável dos direitos à associação sindical e à greve.

É preciso superar definitivamente a clássica pré-compreensão autoritária de Estado para ressignificá-la a partir dos anseios e do projeto que culminou na promulgação da Carta de 1988, que consagrou o Estado

[22] BRASIL. Presidência da República. Decreto 1.480, de 03.05.1995.

Democrático de Direito no Brasil. Faltou, assim, à nossa Corte Suprema, compreender a questão com a disposição de nela encontrar *uma resposta aos questionamentos da nossa era.*

Referências

BRASIL. **Constituição** (1967). Constituição [da] República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1967.

BRASIL. **Constituição** (1988). Constituição [da] República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Lei n. 7.783, de 28 de junho de 1989. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7783.HTM. Acesso em: 15 jan. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção 20, Relator(a): ministro Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 19/05/1994, DJ 22-11-1996 PP-45690 EMENT VOL-01851-01 PP-00001

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI 670, Relator(a): ministro MAURÍCIO CORRÊA, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 25/10/2007, DJe-206 DIVULG 30-10-2008 PUBLIC 31-10-2008 EMENT VOL-02339-01 PP-00001 RTJ VOL-00207-01 PP-00011

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI 708, Relator(a): ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 25/10/2007. Diário da Justiça Eletrônico, 31 out. 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, RE-AgR 539.852/SP, relator ministro Eros Grau, publicação DJ 27 jun. 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rcl nº 6.568, Relator o ministro Eros Grau, Plenário, DJe 25 set. 2009.

BRASIL, Decreto 7.944, de 6 de março de 2013. Promulga a Convenção 151 e a Recomendação 159 da Organização Internacional do Trabalho sobre as Relações de

Trabalho na Administração Pública, firmadas em 1978. Diário Oficial da União. Seção 1. Brasília – DF, 2013. Disponível: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Decreto/D7944.htm. Acesso em:8 fev. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário (RE) 693456. Requerente: Fundação de Apoio à Escola Técnica – FAETEC. Relator: ministro Dias Toffoli. 2 set. 2015. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=328294. Acesso em: 15 jan. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 693.456, relator ministro Dias Toffoli, j. 27-10-2016, P, DJE de 19-10-2017, Tema 531.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 24.597/SP, DJE de 22 maio 2018a.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) 654432. Relator originário: FACHIN, ministro Edson Fachin. 11 jun. 2018b. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=314553338&ext=.pdf. Acesso em: 18 mar. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção (MI) 670. Relator: ministro Eros Grau. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2018921. Acesso em 15 jan. 2021.

Capítulo 9

A caminho de um novo e desnecessário direito do trabalho – a triste sina de Sísifo: sobre a decisão de Gilmar Mendes que suspendeu a súmula nº 277 do Tribunal Superior do Trabalho [1]

Augusto César Leite de Carvalho [2]
Lélio Bentes Corrêa [3]
Luiz Philippe Vieira de Mello Filho [4]

Introdução

O Direito do Trabalho nasceu e se desenvolve para promover o equilíbrio das relações de emprego, que são naturalmente assimétricas. Daí a presença de normas jurídicas que impedem a submissão do empregado a condições indignas ou injustas de trabalho.

A par disso, a diversidade de ocupações que se oferecem à regulação do Direito do Trabalho e a mutação constante das condições em que o trabalho se realiza – em razão de avanços tecnológicos, novas técnicas de produção, inovações organizacionais etc. – fazem indispensável a negociação coletiva, que conduz a normas jurídicas elaboradas pelos próprios atores sociais, empregadores e empregados, estes sempre

[1] Uma versão resumida deste artigo foi originalmente publicada no site jurídico Jota, em 18 de outubro de 2016. Disponível em: https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/caminho-de-um-novo-e-desnecessario-direito-trabalho-triste-sina-de-sisifo-18102016

[2] Ministro do Tribunal Superior do Trabalho. Doutor em Direito das Relações Sociais pela Universidad de Castilla la Mancha. Pós-doutor em Direitos Humanos pela Universidad de Salamanca, Espanha, onde atualmente leciona (curso de pós-doutorado). Foi professor adjunto da Universidade Federal de Sergipe de 1997 a 2009. Leciona Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho na graduação e pós-graduação do IESB – Instituto de Educação Superior de Brasília. Professor de Direito dos Contratos em curso de mestrado na Universidade Autônoma de Lisboa e no curso de pós-graduação lato sensu em Direito Constitucional do Trabalho da Universidade de Brasília, em convênio com o TST.

[3] Ministro do Tribunal Superior do Trabalho. Bacharel em Direito pela Universidade de Brasília em 1986 e mestre em Direito Internacional dos Direitos Humanos pela Universidade de Essex, Inglaterra, em 2000. Membro da Comissão de Peritos em Aplicação de Normas Internacionais da Organização Internacional do Trabalho (OIT) desde 2006.

[4] Ministro do Tribunal Superior do Trabalho. Vice-presidente da Corte no exercício 2020-2022.

representados pelos sindicatos que veiculam os interesses da categoria profissional na base territorial que corresponde ao local de trabalho.

Nos países ocidentais em que a presença do Direito do Trabalho assim se apresenta, sobretudo nos países da Europa continental, a negociação coletiva não pode estabelecer condições de trabalho abaixo do nível civilizatório previsto em normas estatais e, por isso, as convenções e acordos coletivos se submetem ao controle judicial.

Apenas a título ilustrativo, é interessante observar que são inúmeros os recursos em trâmite no Tribunal Superior do Trabalho que cuidam de cláusulas normativas por meio das quais o intervalo para descanso é previsto ao final da jornada, como se o conceito e o fim do intervalo autorizassem essa aventura semântica; em outros muitos recursos, nota-se que sindicatos representantes de empregados em hotéis e restaurantes ajustaram cláusulas normativas em que dividem parte expressiva das gorjetas entre os empregadores e as entidades sindicais, deixando a sobra das gorjetas para os garçons, que seriam, logicamente, credores de todo o valor pago por essa forma de remuneração.

São direitos de baixo valor monetário em favor de trabalhadores simples, mas são direitos que revelam a grandeza e a imprescindibilidade da intervenção estatal em regiões socioeconômicas periféricas, onde o menos é mais.

As alterações da súmula nº 277 do TST

Em setembro de 2012, reunidos os ministros para que revisitassem os fundamentos de suas súmulas e orientações jurisprudenciais – pois é certo que alguns verbetes remontavam a um tempo no qual a matriz constitucional e o espectro de direitos da personalidade eram outros –, percebeu-se, com nitidez, que a Súmula 277 da jurisprudência do TST

continha um claro desestímulo à negociação coletiva de trabalho, ancorado no texto da Constituição (revogada) de 1967.

A Súmula 277 preconizava a eficácia de convenções e acordos coletivos somente em seu período de vigência, o que provocava uma vantagem injustificável para a categoria patronal: ela não aceitava negociar com o sindicato dos trabalhadores porque o advento da data-base fazia caducarem todas as conquistas históricas da categoria profissional e, além disso, tal empregador ainda podia instaurar o dissídio de greve para o tribunal do trabalho pôr fim a qualquer paralisação mediante decisão em que se assegurava apenas a proteção legal.

Em resumo, os empregados perdiam ou perdiam, sem anteparo para abusos patronais – repetindo o infortúnio de Sísifo, personagem mitológico condenado a empurrar eternamente uma pedra morro acima; quando se aproximava do cume, a pedra deslizava e se iniciava novamente o penoso processo.

O TST reviu sua Súmula 277 para esclarecer que as cláusulas normativas previstas em convenções ou acordos coletivos seriam ultra-ativas, ou seja, permaneceriam em vigor enquanto não fossem expressamente revogadas por negociação coletiva de trabalho superveniente.

E por que o TST tardou a alcançar essa orientação jurisprudencial, apesar de a sua Seção de Dissídios Coletivos já haver consagrado a ultra-atividade em incontáveis julgados, fixando inclusive a ultra-atividade das sentenças normativas, exaradas quando a negociação coletiva não é bem-sucedida? (ver Precedente Normativo 120 da SDC).

Perguntar-se-ia ainda por que demorou tanto o TST, se a Constituição de 1988 afirmava, em sua redação original, que as sentenças normativas deveriam respeitar "as disposições legais e convencionais

mínimas de proteção ao trabalho"[5] e, para afastar dúvida quanto a se preservarem não apenas as convenções coletivas alusivas à proteção mínima, a Emenda Constitucional 45/2004 explicitou que seriam preservadas "as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente"[6].

A ultra-atividade está explícita no texto constitucional, impede que o empregador tenha vantagem na negociação coletiva e seja desestimulado a negociar as reivindicações dos sindicatos, além de ser a regra em países que realmente estimulam a autonomia dos interlocutores sociais.

Os artigos 616, §3º e 867, parágrafo único, alínea b da CLT não se coadunam com a ideia de que categorias organizadas devem suportar períodos sem proteção por normas coletivas. Sendo assim, por que o TST somente admitiu a ultra-atividade em 2012?

Artigo sob o título "A Súmula 277 e a Defesa da Constituição", escrito por ministros do TST e disponível no site do próprio Tribunal e do Senado Federal[7], elucida todos esses aspectos e esclarece que o TST não se reposicionou antes porque havia precedentes do STF afirmando que a ultra-atividade das normas coletivas de trabalho não teria base constitucional. Qual não foi a surpresa, porém, ao constatar-se que os mencionados precedentes do STF faziam remissão a julgamentos proferidos, no AI 150475 e no RE 103.332, com base no art. 142, §1º da Constituição de 1967? Portanto, a leitura dos precedentes do STF permitiu verificar que não havia decisão turmária ou do seu Pleno a respeito das disposições convencionadas anteriormente, o que ensejou a interpretação veiculada pela Súmula 277, nos exatos termos preconizados pela Constituição de 1988.

---

[5] BRASIL, 1988.

[6] BRASIL, 2004.

[7] CARVALHO; ARRUDA; DELGADO, 2012.

Nesse sentido, as conclusões externadas no referido artigo científico:

> A jurisprudência que emana da Seção de Dissídios Coletivos do Tribunal Superior do Trabalho já sinalizava um claro dissenso com a orientação predominante nos órgãos fracionários que, inspirados na antiga redação da Súmula nº 277, afastavam a eficácia da norma coletiva após seu prazo de vigência, ainda que outra norma coletiva não houvesse surgido a reger as relações coletivas de trabalho correspondentes.
>
> A nova redação da Súmula nº 277 do TST não cria direitos e benefícios. Permite, ao invés, que as regras coletivas se desenvolvam sobre os pontos relevantes, ou seja, a propósito dos direitos não regidos pela norma coletiva de trabalho precedente, salvo se há a intenção de modificá-los ou suprimi-los. Além disso, atende à lógica prevista no art. 7º da CF quando trata da preservação dos direitos que visem à melhoria das condições sociais dos trabalhadores. Leva, enfim, ao equilíbrio de forças, absolutamente essencial à negociação coletiva no contexto de um estado democrático (princípio da equivalência entre os contratantes coletivos).
>
> A ultra-atividade condicional, ou seja, aquela que faz a norma coletiva prevalecer até que a cláusula de interesse seja eventualmente derrogada por norma coletiva posterior, promove a harmonia entre os atores coletivos da relação laboral, impondo a negociação coletiva de trabalho como um modo necessário de rever conquistas obreiras, sem o artifício de tê-las suprimidas pela mera passagem do tempo[8].

Para evitar que os empregadores fossem surpreendidos pela nova construção jurisprudencial, o TST editou a atual Súmula 277, mas decidiu, em processos vários, que a ultra-atividade das convenções e acordos coletivos (as suas cláusulas continuam vigorando até que outra norma coletiva as revogue) somente valeria para as convenções ou acordos celebrados após setembro de 2012, mês em que sindicatos e empregadores tiveram ciência de que era essa a regra regente da negociação coletiva, sob

[8] CARVALHO; ARRUDA; DELGADO, 2012, p. 52.

a ótica dos tribunais do trabalho. A intenção foi, também, a de não criar passivo trabalhista em razão de se estar reposicionando a jurisprudência.

O julgamento da ADPF 323

Em julho de 2014, o sítio virtual do TST informou que a Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino ajuizara no STF uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), catalogada sob nº 323, na qual argumentava ser inconstitucional a ultra-atividade recomendada pela Súmula 277, porque o legislador teria regulado essa matéria na Lei 8542/1992 e, mais adiante, a MP 1053/1995 (convertida enfim na Lei 10192/2001) teria revogado o art. 1º, §1º da Lei 8542, que previa: "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". Ao fazer ressurgir a ultra-atividade, que não estava mais consagrada em lei, porque lei a teria derrogado, o TST teria invadido espaço de regulação reservado ao Poder Legislativo e violado o princípio da separação de poderes.

Por inapetência, conveniência ou estratégia processual, a Confederação, autora da ADPF, não esclareceu que a revogação do art. 1º, §1º da Lei 8542 se deu porque nele se fundava um instituto jurídico novo e revolucionário, o "contrato coletivo de trabalho", severamente criticado por parte expressiva da doutrina[9]. Como não seria possível abolir o contrato coletivo sem sacrificar todo o dispositivo, revogou-se o art. 1º, §1º da Lei 8542 por inteiro, levando-se a reboque a ultra-atividade que, de resto, já estaria consagrada na Carta Constitucional.

[9] Consultar: MACIEL, 1995.

A Advocacia Geral da União opinou pelo não cabimento da citada ADPF e avançou para ponderar que a ultra-atividade das normas coletivas "contribui para o equilíbrio entre os atores coletivos da relação trabalhista"[10]. Cerca de três meses depois, em junho de 2015, o procurador geral da República, Rodrigo Janot Monteiro de Barros, endossou a posição da AGU e arrematou: "A novel redação da súmula 277 do TST não contraria os princípios constitucionais suscitados como parâmetro de controle"[11].

É importante esclarecer que a concessão de liminar em ADPF é facultada ao Pleno do STF, por voto da maioria absoluta de seus membros, salvo "em caso de extrema urgência ou perigo de lesão grave, ou ainda, em período de recesso"[12], quando então a liminar pode ser concedida pelo ministro relator (art. 5º, §1º da Lei 9882/1999).

Em 14 de outubro de 2016, mais de um ano após serem emitidos os pareceres da AGU e da PGR, o ministro Gilmar Mendes concedeu liminar para suspender processos em curso na Justiça do Trabalho que versem sobre a ultra-atividade de normas coletivas:

> Ante o exposto, defiro o pedido formulado e determino, desde já, ad referendum do Pleno (art. 5º, §1º, Lei 9.882, de 1999) a 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. Dê-se ciência ao Tribunal Superior do Trabalho, aos Tribunais Regionais do Trabalho da 1ª e da 2ª Região e ao Conselho Superior da Justiça do Trabalho, para as

[10] BRASIL, 2015, p. 13.

[11] BRASIL, 2015, Doc. 48, p. 12.

[12] BRASIL, 1999.

> necessárias providências (art. 5º, § 3º, Lei 9.882, de 1999). Comunique-se com urgência. Publique-se.[13]

Entendeu o ministro relator ser arbitrária a interpretação da norma constitucional pelo TST, que atenderia inclusive a "lógica voltada para beneficiar apenas os trabalhadores". Cogitou Sua Excelência de "verdadeira fraude hermenêutica", "jurisprudência sentimental" e "zigue-zague jurisprudencial". Afirmou que o TST estaria, a um só tempo, violando os princípios da separação de poderes e da legalidade, além do direito fundamental do trabalhador ao reconhecimento de convenções e acordos coletivos de trabalho. Transcreve-se:

> Vê-se, assim, que, se há norma convencional anterior, a Justiça do Trabalho não pode estabelecer, por seu poder normativo, ao julgar dissídio coletivo, condição menos favorável ao trabalhador do que aquela prevista no acordo ou na convenção coletiva que será por ela substituída por sentença normativa.
> O vocábulo introduzido pela EC 45/2004 é voltado, portanto, a de limitar o poder normativo da Justiça do Trabalho. Na hipótese de não ser ajuizado dissídio coletivo, ou não firmado novo acordo, a convenção automaticamente estará extinta.
> Daí se percebe que o espírito do legislador constituinte passou longe da ideia de suposta revitalização do princípio da ultratividade da norma coletiva.
> Deduzir-se o pretendido pela Justiça Trabalhista poderia configurar verdadeira fraude hermenêutica, destinada apenas a extrair-se – de onde não há – interpretação que a auxilie a fundamentar o que deseja.
> Trata-se de autêntica jurisprudência sentimental, seguida em moldes semelhantes à adotada pelo bom juiz Magnaud. Magistrado do Tribunal de primeira instância de Château-Thierry, na França, no qual atuou de1889 a 1904, passou a ser conhecido como o bom juiz por amparar mulheres e menores, por atacar privilégios, por proteger plebeus, ao interpretar a lei de acordo com classe, mentalidade religiosa ou política das partes.

[13] BRASIL, 2016.

> Em suas decisões, o bom juiz Magnaud "não jogava com a Hermenêutica, em que nem falava sequer. Tomava atitudes de tribuno; usava de linguagem de orador ou panfletário; empregava apenas argumentos humanos sociais, e concluía do alto, dando razão a este ou àquele sem se preocupar com os textos". (MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e aplicação do direito. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 68).
>
> A ideia de que cada decisão judicial é atividade criadora de Direito, não apenas aplicação de norma pronta, teve diversos adeptos na Europa no final do século XIX. O chamado "Movimento do Direito Livre", do qual é considerado precursor o escrito Gesetz und Richteramt, de Oskar Bülow, publicado em1885, seguia o princípio de que haveria pluralidade de significados para a aplicação de determinado texto de lei, cabendo ao juiz ponderar o que acreditava ser a mais justa, em verdadeira livre investigação do direito. O magistrado não teria limites no momento de decidir litígios. (LARENZ, Karl. Metodologia da ciência do direito. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 78).
>
> 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 como 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[14].

A decisão liminar do ministro Gilmar Mendes terá maior alcance em relação às negociações coletivas não judicializadas, pois, enquanto o Pleno do STF não se reunir para deliberar o cabimento e a eventual procedência da ADPF, sindicatos e empresas terão dificuldade de saber qual a regra de negociação a ser adotada. Espera-se que a expectativa de ultra-atividade, na linha do que preconiza o TST, continue estimulando a negociação coletiva de trabalho.

[14] BRASIL, 2016.

No âmbito dos processos judiciais, o problema parece inexistir após o TST haver estabelecido que não aplicaria a ultra-atividade para normas coletivas celebradas antes de setembro de 2012, pois são raros os processos que reclamam a incidência ultra-ativa de normas coletivas subscritas após esse mês. Como se pode notar à leitura dos três acórdãos mencionados por Sua Excelência para demonstrar que o TST tem adotado reiteradamente a Súmula 277, no primeiro deles não se aplicou a ultra-atividade em razão da modulação temporal conferida ao verbete e, nos dois seguintes, uma turma do TST a aplicou para preservar cláusula prejudicial aos interesses dos empregados.

Cumpre reiterar que a Súmula 277 foi editada pelo TST com uma única finalidade: dar aplicabilidade prática ao artigo 114, § 2º, da Constituição Federal, ao exigir que a negociação coletiva preserve "as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, **bem como as convencionadas anteriormente**"[15]. Não foi sem razão que tanto a AGU como a PGR manifestaram-se no sentido da inexistência de qualquer inconstitucionalidade.

Considerações finais

Esses são os fatos. Não nos cabe, como magistrados, emitir juízo de valor acerca das razões que emprestam fundamento e urgência à decisão liminar concedida por ministro da Corte Suprema. Cabe-nos, entretanto, esclarecer que o TST, em sua competência concorrente de esgotamento da instância trabalhista, interpretou a Constituição da maneira que lhe pareceu correta e em consonância à literalidade do texto para, nos termos do que foi salientado pela AGU, encontrar o indispensável equilíbrio entre os atores coletivos da relação trabalhista, em conformidade com sua

[15] BRASIL, 2012.

jurisprudência consolidada na Seção de Dissídios Coletivos e decantada na doutrina trabalhista.

Sobreveio à publicação da primeira versão deste artigo a Reforma Trabalhista de 2017 (Lei nº 12.467/2017), cuja redação do art. 614, § 3º, passou a prever expressamente: "Não será permitido estipular duração de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho superior a dois anos, sendo **vedada a ultratividade**".[16]

É importante observar que a questão submetida à apreciação do STF por meio da ADPF 323 encontra-se longe de ser considerada superada pela nova redação do dispositivo legal, uma vez que toda a construção da nova redação da Súmula nº 277 do TST, como explanado ao longo deste artigo, assenta-se no texto constitucional de 1988, em seu art. 114, § 2º, cuja interpretação final ainda cabe ao Supremo Tribunal Federal firmar.

Referências

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil***.** Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 17 dez. 2020.

BRASIL. *Lei nº 9882, de 3 de dezembro de 1999*. Dispõe sobre o processo e julgamento da argüição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 10 do art. 102 da Constituição Federal. Disponivel em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9882.htm. Acesso em: 17 mar. 2021.

BRASIL. *Emenda Constitucional nº 45 de 30 de dezembro de 2004*. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm Acesso em: 17 mar. 2021.

[16] BRASIL, 2017, grifo nosso.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Súmula nº 277*. DJ de 25, 26 e 27/9/2012. Disponível em: https://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_251_300.html#SUM-277. Acesso em: 17 mar.2021

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *APDF 323. Petição de Manifestação da AGU (Petição 12557/2015)*. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4599102 Acesso em 17 mar. 2015

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *APDF 323. Petição de Manifestação da AGU (Petição 12557/2015***)**. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4599102 Acesso em: 17 mar. 2015

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº 323*. Decisão monocrática liminar. Relator ministro Gilmar Ferreira Mendes. DJ de 14/10/2016.

BRASIL. *Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017*. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis n º 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm. Acesso em: 16 mar. 2021.

CARVALHO, Augusto César Leite de; ARRUDA, Katia Magalhães; DELGADO, Mauricio Godinho. A Súmula 277 e a defesa da Constituição. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho,* v. 78, p. 33-52, 2012.

CARVALHO, Augusto César Leite de; CORREA, Lélio Bentes; MELLO FILHO, Luiz Philippe Vieira de. *A caminho de um novo e desnecessário direito do trabalho*. 2017. Disponível em: https://anamatra.jusbrasil.com.br/noticias/400490490/artigo-dos-ministros-do-tst-fala-da-regulacao-do-direito-do-trabalho-frente-a-negociacao-coletiva?ref=topic_feed. Acesso em 25 nov. 2016, 11h28.

MACIEL, José Alberto Couto. Reflexões sobre o contrato coletivo nacional. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho,* São Paulo, SP, v. 64, p. 106-111, 1995.

Capítulo 10

Supressão do pagamento de horas *in itinere* por negociação coletiva (RE 895.759): ofensa ao Direito Constitucional do Trabalho

Daniela Muradas Antunes [1]
Grijalbo Fernandes Coutinho [2]

1 Introdução

Depois da participação no seminário "A Construção Jurisprudencial da Reforma Trabalhista pelo STF", evento realizado de modo telepresencial sob a condução da Rede de Estudos e Monitoramento Interdisciplinar da Reforma Trabalhista (REMIR-Trabalho), no período de 9 a 13 de novembro de 2020, impõe-se, na atual quadra, transformar parte da exposição oral feita naquela oportunidade em texto escrito sob a forma de artigo comprometido com os postulados do juslaboralismo.

Coube-nos, tanto no seminário antes indicado quanto no presente ensaio, avaliar de modo específico o conteúdo da decisão emanada do Supremo Tribunal Federal nos autos do Recurso Extraordinário nº 895.759-PE, responsável, em última análise e de maneira concreta, pela supressão do pagamento de horas *in itinere,* mais especificamente do tempo de percurso correspondente ao número de duas horas e meia extras por dia laborado, por força da aplicação da prevalência do negociado sobre o legislado.

---

[1] Possui graduação (1999), mestrado (2002) e doutorado (2007) em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG) e pós-doutorado em Sociologia do Trabalho pelo IFCH da Unicamp (2014). Professora associada da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG).Vice-presidente da Associação Latinoamericana de Advogados Trabalhistas (ALAL). Em 2011, foi recebida na Università degli Studi di Roma Tor Vergata como professora visitante. Foi membro do Conselho Universitário e chefe do Departamento de Direito do Trabalho e Introdução ao Estudo do Direito da UFMG.

[2] Mestre e doutor pela FDUFMG. Juiz do Trabalho do TRT 10 (DF e TO).

Para além dos severos efeitos práticos e próprios da dilapidação de conquistas trabalhistas do empregado reclamante nos autos do RE 895.759-PE, daí ressaindo irrefutável precarização das condições de trabalho, o precedente firmado pelo STF, mesmo tendo sido estabelecido sob o exercício do controle difuso de constitucionalidade, é mais um passo decisivo do Tribunal no sentido único de atingir o conjunto da classe trabalhadora mediante sua inflexível política judiciária de desmoronamento dos princípios e fundamentos do Direito do Trabalho e da cultura trabalhista protegida pela Constituição da República, política em cuja consolidação vem se empenhando na última década.

Daí porque assume relevância tensionar os argumentos e fundamentos jurídicos utilizados pelo Supremo Tribunal Federal para eliminar direitos obreiros assegurados em normas legais vigentes, todas elas densificadoras da obrigação constitucional relativa à manutenção de um local saudável de trabalho, pronto para evitar quaisquer modalidades de adoecimento, revestido tal ambiente laboral do primado da proteção da vida digna com saúde, mais precisamente da dignidade da pessoa humana trabalhadora em todas as dimensões materiais e imateriais.

2 Influência do julgamento relativo à quitação geral prevista em PDI coletivamente pactuado -590.415(julgado de 2015)- para respaldar em outro recurso judicial a prevalência do negociado sobre o legislado e assim suprimir o pagamento de horas *in itinere* – RE 895.759 (julgado de 2016). argumentos e fundamentos utilizados

É indispensável lembrar que o primeiro precedente no Plenário do STF autorizador de peculiar maneira de prevalência do negociado sobre o legislado, com a finalidade de extirpar direitos legais assegurados aos empregados, surgiu o julgamento do Recurso Extraordinário nº 590.415-SC[3], o dia 30 de abril de 2015, ocasião na qual o Tribunal reconheceu a

[3] BRASIL, 2015a.

quitação irrestrita de todas as verbas decorrentes de contrato de trabalho encerrado por força de adesão da empregada a Plano de Demissão Incentivada (PDI) instituído pela empregadora, com o aval do ente sindical obreiro.

Dando provimento ao RE 590.415/SC[4], o Pleno do STF, nos termos do voto do relator (ministro Luís Roberto Barroso), reconheceu a quitação geral do contrato de trabalho prevista em PDI negociado entre o banco e o sindicato profissional para, ao final, aprovar a 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.

Conforme dicção do STF, a autonomia coletiva de vontade, como princípio do Direito Coletivo do Trabalho constante do art. 7º, XXVI, da Constituição, jamais deve sofrer igual contenção dispensada à autonomia individual de vontade da parte empregada.

Para tanto, assegurou-se, a título de argumento judicial, que inexiste assimetria de poder entre os sujeitos signatários dos pactos coletivos de trabalho, ao contrário do quadro responsável pela limitação da autonomia da vontade individual.

Além disso, a Constituição de 1988, segundo compreende o STF, teria superado os modelos justrabalhistas de padrão corporativo-autoritário, vigentes no Brasil desde o primeiro governo Vargas (1930-1945), ao fixar no novo ordenamento constitucional balizas democráticas para a atuação

[4] BRASIL, 2015b.

sindical e para o conjunto do Direito Coletivo do Trabalho orientado por princípios igualmente avessos à intervenção do Estado em questões próprias dos particulares envolvidos nos embates entre o capital e o trabalho.

Sobre o PDI que confere quitação geral pelo contrato de trabalho com esteio na contrapartida advinda do oferecimento de outras vantagens monetárias aos empregados, o relator ministro Roberto Barroso enalteceu o mérito dessa modalidade de término das relações de emprego, por diminuir, para os trabalhadores, os impactos econômicos e financeiros das dispensas puras e simples, sem justa causa, promovidas pelas empregadoras.

O pronunciamento do Pleno foi unânime, entre os presentes à sessão (Luís Roberto Barroso, Teori Zavascki, Luiz Fux, Cármen Lúcia, Gilmar Mendes, Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski), sem contar, evidentemente, com os votos dos ministros ausentes (Celso de Mello e Dias Toffoli), da ministra impedida de participar do julgamento (Rosa Weber) e da 11ª vaga do STF, não preenchida até a data daquele julgamento (provida depois por Edson Fachin).

No RE nº 590.415/SC, o STF, portanto, admitiu a prevalência do negociado sobre o legislado, autorizando, assim, a redução de direitos sociais constantes de textos normativos estatais, com destaque para aqueles previstos na CLT.

Contudo, não trataremos, ao menos de forma específica, do RE 590.415-SC, objeto de análise por autoria outra na presente obra coletiva.

Nada obstante tal ressalva, torna-se tarefa por demais complexa enfrentar a decisão da 2ª Turma do STF proferida no exame da prevalência do negociado sobre o legislado, com o intuito de eliminar o cômputo das horas de percurso na jornada obreira e o consequente pagamento de labor em regime de sobrejornada (RE 895.759-PE), sem

tomar em conta, por outra vertente complementar, o cenário montado antes pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal no julgamento plenário, com repercussão geral, da matéria atinente à quitação geral advinda de PDI coletivamente pactuado (RE 590.415-SC).

Antes do RE 590.415-SC, cabe registrar que o STF, de forma reiterada, não conhecia da matéria atinente à prevalência do negociado sobre o legislado. Para tanto, considerava ser o tema de natureza infraconstitucional, cabendo, com efeito, ao Tribunal Superior do Trabalho o derradeiro pronunciamento judicial sobre ele[5]. Foram décadas de jurisprudência na direção antes apontada, até entrar em cena o caso PDI-Besc/Banco do Brasil (RE nº 590.415/SC).

O resultado advindo do RE nº 590.415/SC gerou igual destino para o RE nº 895.759/PE, reforçando-se a teoria da prevalência do negociado sobre o legislado em quaisquer situações aptas a sonegar à classe trabalhadora direitos sociais legalmente assegurados.

Por meio de decisão monocrática proferida em 8 de setembro de 2016, o ministro Teori Zavascki, com base na tese firmada no RE nº 590.415/SC, e dizendo-se amparado pelo procedimento simples previsto no art. 557, § 1º, do CPC/1973, confere provimento ao Recurso Extraordinário interposto pela Usina Central Olho D`água S/A (RE nº 895.759/PE) para afastar a condenação que fora imposta à referida empresa, pela Justiça do Trabalho, a título de horas *in itinere*.

5 Entre tantos outros precedentes do STF que não conheciam de recurso extraordinário tratando do debate em torno da prevalência do negociado sobre o legislado, considerado, até o exame do *RE 590.415*, tema de natureza infraconstitucional, podem ser indicados os seguintes: I) BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. *Agravo Regimental nº 584.052-2/SC*. Agravante: Banco do Estado de Santa Catarina (BESC). Agravado: Gildemar Pauli. Julgado em: 3 fev. 2009. Relator: ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: https://www.stf.jus.br. Acesso em: 21 nov. 2019; II) BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. *Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 803.037/SP*. Agravante: Volkswagen do Brasil Indústria de Veículos Automotivos Ltda. Agravado: Gerindo Martins Gama e outros. Julgado em: 23 mar. 2011. Relator: ministro Luiz Fux. Disponível em: https://www.stf.jus.br. Acesso em: 21 nov. 2019; III) BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. *Agravo Regimental nº 817.718/MA*. Agravante: Joselene Araújo da Silveira Leite. Agravado: Banco do Estado do Maranhão (BEM). Julgado em: 14 fev. 2012. Relator: ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso: em: 21 nov. 2019.

Entendeu o relator do RE nº 895.759/PE que, a partir da decisão plenária do STF, tornou-se possível reduzir direitos trabalhistas pela via da negociação coletiva, com a chancela do Poder Judiciário, notadamente quando, em exame do caso específico, deixam de ser remuneradas duas horas e meia/dia *in itinere*, com a parte empregada recebendo, contudo, cesta básica durante a entressafra e outros benefícios a título de contrapartida[6].

A decisão monocrática do ministro relator Teoria Zavascki nos autos do RE 895.759-PE, para dar provimento ao recurso da empresa e afastar o pagamento de duas horas e meia extras diárias pelo tempo de percurso utilizado pelo trabalhador para se dirigir ao local de trabalho e retornar à sua residência ao final do expediente, encontra-se lastreada nos seguintes fundamentos: i) o acórdão recorrido do TST não se encontra em conformidade com a ratio adotada no julgamento do RE 590.415-SC, na qual "esta Corte" conferiu especial relevância ao princípio da autonomia da vontade no âmbito do Direito Coletivo do Trabalho; ii) 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; iii) a validade da votação da assembleia geral que deliberou pela celebração de Acordo Coletivo de Trabalho não foi rechaçada nesta demanda, razão pela qual se deve presumir legítima a manifestação de vontade proferida pela entidade sindical; iv) 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 diversada constitucionalmente estabelecida; v) o acordo coletivo de trabalho em questão não extrapolou os limites da razoabilidade, uma

[6] BRASIL, 2016a.

vez que, embora tenha limitado direito legalmente previsto, concedeu outras vantagens em seu lugar, por meio de manifestação de vontade válida da entidade sindical e vi) entendendo que o acórdão recorrido do TST violou jurisprudência dominante do STF(RE 590.415/SC), o ministro relator Teori Zavascki, com espeque no art. 543, §3º, do CPC/1973, deu provimento ao Recurso Extraordinário patronal para afastar a condenação da empresa recorrente ao pagamento de hora *in itinere* e dos respectivos reflexos legais.

Irresignados, a parte obreira e o Ministério Público Federal impugnaram a decisão monocrática do ministro Teori Zavascki, tendo a 2ª Turma do STF mantido integralmente o referido julgado para confirmar a prevalência do negociado sobre o legislado, na esteira do precedente firmado no caso PDV-Besc/Banco do Brasil (RE nº 590.415/SC), aplicável ao RE nº 897.759/PE, que trata da ausência de obrigação patronal ao pagamento de horas *in itinere* por força de avença coletiva de trabalho[7]**.** E assim ocorreu com base nos argumentos e fundamentos a seguir resumidos, apresentados pelo colegiado fracionário do STF: i) o precedente firmado no julgamento do RE 590.415SC, embora cuide da restrição de verbas contratuais e rescisórias asseguradas em lei, tudo por força da adesão obreira a plano de demissão incentivada, na realidade, consagrou a tese da validade de norma coletiva redutora de direitos legais, respeitadas determinadas condições, devendo esse precedente qualificado como paradigmático ser observado quanto a outros casos relativos à prevalência do negociado sobre o legislado; ii) o acordo coletivo de trabalho em questão, ao suprimir o pagamento das horas de trajeto, concedeu aos empregados da empresa recorrente os seguintes benefícios: fornecimento de cesta básica no período da entressafra; seguro

[7] BRASIL, 2016b.

de vida e de acidentes além do obrigatório, com prêmio no valor de R$ 7.000,00(sete mil reais), arcado pelo empregador; abono anual aos trabalhadores com ganho mensal superior a dois salários mínimos; salário-família além do limite legal; fornecimento de repositor energético e adoção de tabela progressiva de produção além da prevista na convenção coletiva; iv) a validade do acordo coletivo celebrado entre as partes pressupõe que a previsão legal de cômputo das horas *in itinere* na jornada de trabalho não seja direito de indisponibilidade absoluta, integrante do "patamar civilizatório mínimo", nos termos do precedente paradigma; v) a parcela referente ao pagamento das horas de percurso, apesar de assegurada pela CLT, relaciona-se a salário e jornada de trabalho, podendo ser objeto de transação coletiva, com a sua consequente redução ou supressão, nos termos do art. 7º,VI, XIII e XIV, da Constituição; e vi) é juridicamente válido o pacto coletivo que suprime o pagamento de horas *in itinere* e, em seu lugar, concede aos empregados vantagens de natureza diversa.

3 Sindicatos e poder de negociar mitigado: fragmentação organizacional obreira e fontes de custeio aniquiladas pelo STF

Em um primeiro plano, cabe situar o ambiente no qual se insere o sindicalismo no Brasil para aferir a consistência ou não da premissa de equilíbrio ou de poder equilibrado entre o trabalho organizado e o capital, quando da celebração de pactos coletivos de trabalho.

Os sindicatos, no mundo inteiro, perderam força nas últimas décadas para o enfrentamento das políticas destrutivas de relevantes garantias sociais conquistadas pela classe trabalhadora. O fator principal da notória crise sindical repousa na adoção do modelo produtivo toyotista e da acumulação flexível de capital. Na tentativa de superar a sua crise revelada pelos baixos índices de produtividade e de consequente lucratividade, no

campo das relações de trabalho, o capital promoveu frenética terceirização, dispersão por mobilidade geográfica do parque produtivo, repressão, criação e cooptação do sindicalismo de "resultados" para ser o novo "parceiro" da empresa, sob a lógica do movimento toyotista no Japão e da acumulação flexível. Ademais, com o trabalho sob constante ameaça e diante dos altos níveis de desemprego – crescimento do exército industrial de reserva –, o sindicalismo refluiu no mundo inteiro[8].

A âncora dizimadora de conquistas sociais é a globalização econômica, que faz evaporar a ideia de Estados nacionais e, consequentemente, reduz direitos dos trabalhadores, bem como fragiliza a organização sindical respectiva. A globalização neoliberal conduzida por corporações internacionais ou transnacionais tem resultado na constante mobilidade, por dispersão geográfica, da respectiva planta produtiva, com o propósito de remunerar pelo menor preço possível a força de trabalho. Em tais circunstâncias, o sindicato perde força para reagir, seja por sofrer ameaças de fechamento de plantas industriais, seja pela perda de parte expressiva de sua base, como efeito da desindustrialização nos países do centro do capitalismo.

Segundo Elísio Estanque, os sindicatos passaram a atuar como parceiros do Estado e não se deram conta das mudanças promovidas pelo sistema econômico, com incremento do setor terciário, da terceirização, da precarização e da precariedade laboral. O movimento sindical obreiro tradicional não foi capaz de enfrentar tais desafios, assim como, de algum modo, foi atropelado pelos Novos Movimentos Sociais (NMSs) surgidos nos anos 1960 na Europa, com as suas táticas e estratégias criativas de enfrentamento à cultura burguesa, com a sua heterogeneidade transclassista como base de sua autonomia. Em tal cenário, o velho

[8] HARVEY, 2010, p. 179.

sindicalismo ignorou ou desprezou o fato de que as lutas nem sempre se apresentam dotadas exclusivamente de conteúdo político ou econômico e, ainda assim, diversas vezes ao longo da história, produziram revoluções e protestos sociais exitosos. Depois de inúmeras críticas ao sindicalismo tradicional e entusiasmado enaltecimento aos Novos Movimentos Sociais, Estanque propõe uma série de mudanças, internas e externas, para revigorar a força dos sindicatos na sociedade contemporânea, para enfrentar a globalização capitalista e os seus efeitos nas relações de trabalho, para derrotar o capital que não cede espaço algum para manifestação do seu polo adverso, coletivamente organizado[9].

Os sindicatos são fundamentais para a concretização e ampliação de direitos materiais e imateriais da classe trabalhadora. São o esteio das conquistas sociais arrancadas por luta, sangue, suor e lágrimas. Mesmo nos estritos limites da democracia burguesa, como definido pela Constituição brasileira de 1988, há de se assegurar a tais entes amplo espaço político para a sua organização e atuação, sob pena de ofensa ao princípio da liberdade sindical, ali normatizado (art. 8º) em sintonia com outros diplomas jurídicos internacionais ratificados pelo Brasil.

No Brasil, consigne-se, a crise do sindicalismo é ainda mais profunda, agravada cotidianamente pela dilapidação judicial de suas receitas.

O mesmo STF que proclama a existência de poder político elevado do sindicalismo obreiro para negociar a redução de direitos legais da classe trabalhadora, analisando questões jurídicas distintas, mas complementares, registre-se, é também o tribunal responsável pela limitação das fontes de custeio sindical, como é o caso da contribuição associativa decorrente da filiação individual de cada parte trabalhadora ao seu ente de classe.

[9] ESTANQUE, 2009.

O controverso imposto sindical (art. 578 e seg., da CLT) desapareceu do cenário jurídico por lei ordinária, sem qualquer contrapartida (Lei nº 13.467/2017), o que deveria ter sido feito por lei complementar – tudo isso com o aval do STF, que afastou a tese da inconstitucionalidade de normas legais aprovadas em tempo recorde de seis meses durante agudo período de crise política no Brasil, entre os anos de 2016 e 2017.

A contribuição confederativa prevista no art. 8º, IV, da Constituição da República foi equiparada à contribuição associativa, tendo em vista que o STF vetou a cobrança dirigida aos trabalhadores não filiados aos entes sindicais obreiros (STF, Súmula nº 666 e Súmula Vinculante nº 40)

Finalmente, no Recurso Extraordinário que aguarda julgamento pelo órgão Plenário (ARE nº 1.018.459/PR), o STF sinalizou, conforme se extrai do voto do relator (ministro Gilmar Mendes), e das razões de admissão da repercussão geral pela maioria dos ministros, que sua jurisprudência será revisada para impedir o pagamento, pelos não filiados, da contribuição assistencial decorrente das decisões tomadas em assembleias gerais pelo conjunto da categoria profissional (art. 513, *e*, da CLT), embora sejam todos eles, filiados e não filiados, beneficiários das negociações coletivas regularmente pactuadas com as entidades empresariais.

Dotados de fontes de custeio extremamente contidas para o desempenho de suas atividades em tempos de contínuas adversidades políticas, os sindicatos atravessam profunda crise, gerada especialmente pelo modo fragmentário do processo produtivo em curso nas últimas décadas, capaz de provocar, por via de consequência, a pulverização e o enfraquecimento de sua atuação em escala mundial, com maior comprometimento e gravidade em níveis de dilaceramento da base sindical originária, nos países situados fora da geografia econômica do centro do capitalismo.

Com o reconhecimento da constitucionalidade da terceirização em todas as atividades empresariais (ADPF 324/DF), o STF tornou ainda mais tormentosa a organização sindical brasileira.

Há uma crise no seio do sindicalismo mundial, causada pelas reviravoltas socialmente regressivas introduzidas nas relações de trabalho nos últimos 30 anos, sendo ainda mais profunda e intensa em países marcados pelo desemprego estrutural histórico, pela superexploração da força de trabalho, por condições de trabalho precárias e por decisões do Poder Judiciário que reiteradamente sugam as fontes de custeio das atividades políticas dos sindicatos.

A crise do sindicalismo não se limita a um ou outro país, nem decorre exclusivamente de alguns dos pilares que sustentaram o modelo brasileiro durante décadas, tais como a contribuição e a unicidade compulsórias.

As suas raízes de maior profundidade estão no sucesso obtido pelo capital globalizado – notadamente em relação às políticas neoliberais de reestruturação produtiva e fragmentação da cadeia produtiva em escala mundial – e na incapacidade de reação coletiva obreira ao desmanche das genuínas estruturas da atuação sindical combativa.

Reestruturação produtiva toyotista guiada pela descentralização desse processo de acumulação flexível de capitais, com a subcontratação de empresas para realizar a terceirização de mão de obra, aumento da financeirização da economia, globalização de capitais voltada para desvalorizar a força de trabalho, controle da subjetividade operária por meio de persistentes atos empresariais de cooptação da alma trabalhadora, precarização extrema das condições de trabalho e desemprego em massa, na verdade, são as causas da crise do sindicalismo mundial, mais visível

no Brasil, reitere-se, porque todos os supostos antes descritos foram exponencialmente ampliados[10].

Além disso, a desindustrialização brasileira em curso desde os anos 1990, com a redução significativa do proletariado em segmentos econômicos estratégicos para o país, é parte da reestruturação produtiva dilaceradora do movimento sindical. Segundo Antunes,

> [...] com um processo tão intenso, a combinação entre neoliberalismo e reestruturação produtiva do capital teve repercussões e consequências muito profundas no universo da classe trabalhadora, no movimento sindical e na esquerda brasileira[11].

No Brasil, nunca é demais relembrar, são entes enfraquecidos pela crise mundial do sindicalismo como resultado direto da reestruturação produtiva do capital de caráter segregacionista, lidando, ainda, com elevadas taxas de desemprego estrutural, superexploração da força de trabalho e, nos últimos anos, diante da atuação do Poder Judiciário, sem receitas para fazer frente aos imensos desafios políticos postos.

Redimensionar, do ponto de vista crítico, a discussão sobre a autonomia coletiva de vontade impõe seja observado que algumas vezes os sindicatos obreiros, durante as negociações coletivas, se veem sob verdadeira ameaça da provável transferência da planta industrial da grande empresa – mudança geográfica do parque produtivo que David Harvey qualifica como dispersão por mobilidade geográfica –, acaso não aceitem o rebaixamento ainda mais acentuado de todas as condições de trabalho, até mesmo sob a forma de ultimato[12] ou ameaça explícita[13].

---

[10] ALVES, 2010.

[11] ANTUNES, 2011, p. 140.

[12] ROLLI, 2006.

[13] MUNIZ, 2019.

É nesse cenário do século XXI, de adversidade sindical inigualável, ao menos desde o reconhecimento dos sindicatos como expressão da democracia burguesa representativa, que se insere o debate em torno dos contornos jurídicos a serem dados à autonomia coletiva de vontade exercida para mitigar direitos sociais da classe trabalhadora, garantias essas previstas em normas outras, não necessariamente coletivas, mais favoráveis aos empregados.

4 O mito da autonomia coletiva da vontade e a redução de direitos legais obreiros: ofensa a princípios informadores do direito do trabalho normatizados pela constituição da república

Sob outra vertente, depois de constatarmos a crise do sindicalismo como aspecto jurídico-político relevante, é inegável que, na condição de espinha dorsal do Direito do Trabalho, a principiologia protetiva fundou e orienta permanentemente a sua aplicação, dada a notória inferioridade econômica da parte trabalhadora frente ao capitalista proprietário dos meios de produção que contrata a respectiva mão de obra.

É útil ter presente, por conseguinte, que o princípio geral da proteção ao hipossuficiente está umbilicalmente vinculado a qualquer ideia de existência de Direito do Trabalho; a perda desse fundamento nuclear o desconfigura, tornando-o, concretamente, em ramo jurídico dotado de terminologia semântica juslaboralista, sem que o seja na realidade.

Relegada a essência protetiva obreira, surgirá outro ramo do Direito que não será o do trabalho.

Além dos princípios da norma mais favorável e da proibição do retrocesso social, a serem observados e aplicados em resposta à tentativa de prevalência do negociado sobre o legislado, o princípio geral da proteção ao hipossuficiente inspira todos os demais dotados de igual carga protetiva de direitos humanos laborais – entre outros, os postulados jurídicos que impõem a primazia da realidade, irrenunciabilidade de

direitos, continuidade favorável do vínculo, vedação de alteração lesiva contratual, razoabilidade e boa-fé.

Não há Direito do Trabalho sem princípios, uma vez que eles

> [...] constituem o fundamento do ordenamento jurídico do trabalho; assim sendo, não pode haver contradição entre eles e os preceitos legais. Estão acima do direito positivo, enquanto lhe servem de inspiração, mas não podem tornar-se independentes dele.[14]

Avesso à limitação de direitos fundamentais, o *caput* do art. 7º da Constituição Federal normatiza princípios do Direito do Trabalho, tais como o da aplicação da norma mais favorável e o da proibição do retrocesso social. O art. 7º da CRFB estabelece o princípio da progressividade social, o qual compreende a função do Direito como meio permanente de concretude dos direitos humanos, cujos eventuais retrocessos sociais advindos de fontes variadas precisam ser afastados do mundo jurídico mediante interpretação dos textos de maneira progressista e fundada em seus princípios, muitos deles normatizados em constituições e diplomas internacionais, o que não significa o veto antecipado à imutabilidade da legislação, como esclarecido em outro texto:

> Na perspectiva da proteção jurídica do trabalho no plano nacional, os princípios da norma mais favorável e da progressividade dos direitos humanos sociais traduzem um sentido de conjunto normativo benéfico à pessoa humana. Portanto, as alterações legislativas de ordem econômica ou social que, sob a perspectiva global, atendem ao sentido dinâmico e positivo inerente à noção de progresso não consubstanciam ofensa aos princípios basilares do Direito do Trabalho e do Direito Internacional.[15]

[14] RODRIGUEZ, 1993, p. 19-20.

[15] ANTUNES, 2010, p. 22.

Parte da literatura especializada identificada com as aspirações neoliberais de flexibilização laboral, às vezes até de forma muito insistente, tenta limitar os efeitos da principiologia protetiva do Direito do Trabalho ao campo individual das relações de trabalho, caminho igualmente seguido por algumas manifestações judiciais.

O argumento para a distinção realizada repousa na invocação do primado da autonomia coletiva de vontade por parte dos entes sindicais, mais especificamente por conta do seu poder político reunido em várias dimensões, qualificado como forte o suficiente para rejeitar propostas prejudicais às categorias profissionais representadas em disputas coletivas com o capital.

Ora, o Direito Coletivo do Trabalho é uma das formas de expressão do Direito do Trabalho, não tendo sentido podá-lo ou separá-lo de sua matriz fundadora para negar efetividade a alguns dos princípios basilares do juslaboralismo, como os princípios da norma mais favorável e da condição mais benéfica.

Refutando a metodologia que confere validade absoluta ao postulado da autonomia de vontade para afastar os princípios do Direito do Trabalho em sua esfera coletiva, Plá Rodriguez afirma que

> [...] em todo o Direito do Trabalho, há um ponto de partida: a união dos trabalhadores; e há um ponto de chegada: a melhoria das condições dos trabalhadores. Direito individual e direito coletivo são apenas caminhos diversos para percorrer o mesmo itinerário.
>
> O caráter individual ou coletivo constituem meras modalidades que não afetam a essência do fenômeno. Por isso, cremos que os princípios expostos tanto se aplicam em um como em outro âmbito[16].

[16] RODRIGUES, 1993, p. 25.

Quanto ao poder político reunido pelos sindicatos para, em nome da autonomia coletiva, celebrar negociações coletivas vantajosas aos empregados, observamos antes que a realidade mundial expõe a crise profunda do movimento das entidades obreiras, nesta atual quadra de reestruturação produtiva, terceirização, desindustrialização e desemprego em massa, com presença mais acentuada no Brasil em razão de seu capitalismo excêntrico, hipertardio, dependente e de caráter colonial-escravista. Essa crise é ainda mais agravada em decorrência das decisões do Poder Judiciário que restringem as fontes de custeio sindical.

Pode a autonomia da vontade sofrer restrições, seja no plano individual ou coletivo, sempre que o contrato, a convenção coletiva ou o acordo coletivo de trabalho ferirem os fundamentos e princípios do Direito do Trabalho[17]. Isto é, toda vez que, a pretexto do exercício da liberdade pela ótica liberal-burguesa, direitos sociais incorporados ao patrimônio jurídico obreiro passarem a ser sonegados.

É o que sucede na negociação coletiva de caráter usurpador de garantias previstas em normas constitucionais e legais, em notável desprezo aos princípios da aplicação da norma mais favorável e da irrenunciabilidade.

A autonomia coletiva de vontade, no Direito do Trabalho, não é um fim em si mesma, muito menos fórmula jurídica pronta a desafiar os princípios do Direito do Trabalho ancorados naquele de feição geral da proteção ao hipossuficiente, tendo, como um de seus desdobramentos a inescapável observância da irrenunciabilidade de direitos, como defende a seguir Plá Rodriguez:

[17] *Ibid.,* p. 80.

> A ampliação do campo da irrenunciabilidade para além da proteção da ordem pública e das normas proibitivas, visando a defesa do trabalho higiênico, do salário suficiente, da liberdade sindical e de outros direitos essenciais do trabalhador, é a primeira restrição específica do Direito do Trabalho à autonomia da vontade dos eventuais contratantes.[18]

Outra característica peculiar do Direito do Trabalho consiste na ausência de qualquer hierarquização de suas fontes, aplicando-se, sempre que houver pluralidade de normas disciplinando a mesma matéria, aquela que se apresentar como a mais favorável à parte empregada.

Na órbita trabalhista, uma norma qualificada pela literatura jurídica tradicional como hierarquicamente mais alta pode ser derrogada por norma indicada como inferior, quando a mais favorável for esta última, sem que a medida, para cada caso analisado, resulte em "alteração alguma da ordem hierárquica das normas trabalhistas: as de nível inferior subordinam-se às de nível superior mas, como estas são mínimas, sua aplicação só tem lugar à falta de outras mais favoráveis ao trabalhador"[19].

O dogma da autonomia coletiva da vontade sem limites perde fração do seu encanto filosófico quando necessita o seu suposto de dialogar com os princípios fundantes do Direito do Trabalho.

Não se trata da simples exclusão da órbita jurídica do que tem se denominado como autonomia coletiva de vontade, senão do uso de método interpretativo apto a possibilitar-lhe indispensável diálogo de natureza complementar com os princípios mais caros ao Direito do Trabalho, individual ou coletivo.

É inviável cogitar da autonomia coletiva de vontade absoluta, tanto em respeito aos fundamentos protetivos do Direito do Trabalho, quanto

[18] Idem.

[19] SILVA, 1999, p. 70.

em função do quadro brasileiro, no qual a realidade anteriormente desvelada mostra o esgarçamento do sindicalismo, pressionado pelo capital para realizar contínuas negociações solapadoras de conquistas sociais da classe trabalhadora, estejam elas previstas na Constituição da República, na CLT ou em pactos coletivos antigos firmados pelas categorias econômica e profissional.

Estruturado em princípios, o Direito do Trabalho possui afinidade com toda e qualquer diretriz principiológica valorizadora dos direitos humanos da classe trabalhadora, como se nota da essência do princípio da vedação do retrocesso social, instrumento jurídico apto a evitar contrarrevoluções no campo social. A sua observância pelo intérprete preserva o núcleo dos direitos sociais já realizados e efetivados, de modo que devem esses direitos ser considerados como constitucionalmente garantidos[20], além de conferir efetividade ao dispositivo constitucional que normatiza o princípio da progressividade social (art. 7º, I) e aos princípios da proteção e da norma mais favorável[21].

Com sucessivas decisões contrárias ao Direito Coletivo do Trabalho, seja pelo esgotamento das fontes de custeio sindical mais expressivas, seja pela aplicação da autonomia coletiva de vontade para negar efetividade a direitos sociais de caráter trabalhista previstos em normas constitucionais e legais, o STF compromete a existência do Direito do Trabalho principiológico, concebido como fator de equilíbrio nas desiguais relações econômicas e sociais entre a burguesia e proletariado.

Caso persista a jurisprudência do STF que considera constitucional a prevalência do negociado sobre o legislado, mesmo quando direitos e garantias obreiras estejam sendo soterrados por intermédio de pactos

[20] CANOTILHO, 2003, p. 475.

[21] ANTUNES, *op. cit.*, p. 20.

coletivos – sobretudo em tempos de crise do movimento sindical e de outras adversidades ora enfrentadas pelo trabalho –, o Direito do Trabalho de origem estatal pode desaparecer progressivamente do cenário nacional. Haveria, pois, quebra de sua sistematicidade genealógica, formatada a partir dos anos 1930 no Brasil, que corresponde à sua origem como direito legislado em resposta às lutas operárias travadas desde o início do século XX em defesa da dignidade laboral.

A prevalência do negociado sobre o legislado, na prática, inviabiliza a conquista de direitos por empregados e empregadas, somando-se ao cenário de dilapidação laboral o provável fim da ultratividade das normas coletivas, considerando que esta última matéria encontra-se judicializada, e o relator, ministro Gilmar Mendes, antecipou a sua posição favorável ao pleito de entidade patronal (ADPF nº 323/DF).

Conforme jurisprudência do STF, inexistem conquistas trabalhistas consagradas no plano legislativo, muito menos no espectro das convenções e acordos coletivos de trabalho. Tudo passa a ser efêmero no campo dos direitos do trabalho.

As garantias sociais asseguradas por leis vigentes podem desparecer da cena jurídica mesmo sem nenhuma alteração legislativa. Os benefícios alcançados em convenção ou acordo coletivo de trabalho não se projetam para o período subsequente no qual as entidades empresariais se recusaram a qualquer negociação.

Como demonstrado em estudo recente, ao dar prevalência ao negociado sobre o legislado com o fito de suprimir o pagamento de horas *in itinere* como extras, o Supremo Tribunal Federal age de forma deliberada para desregular as relações de trabalho no Brasil, invertendo a principiologia juslaboralista em atendimento às pretensões do mercado

neoliberal, julgando, portanto, contra os princípios e fundamentos inscritos na Constituição da República[22].

5 Supressão de horas *in itinere* por negociação coletiva: tema essencial de segurança e saúde no trabalho e violação de normas constitucionais

Impõe-se esclarecer, em primeiro lugar, que as horas *in itinere* existem, primordialmente, para fins de cômputo do tempo de percurso da parte empregada ao local de trabalho e o seu retorno, quando se tratar de local de difícil acesso ou não servido por transporte público e o empregador fornecer a condução, tudo nos termos da parte final do §2º, do artigo 58 da CLT, e da súmula trabalhista inspiradora da referida ação legislativa (Súmula nº 90 do TST).

Em outras palavras, as circunstâncias diferenciadas no trajeto laboral autorizam que esse tempo de percurso mais penoso seja considerado para fins de contagem e limitação da jornada de trabalho.

Essa é a razão de ser das horas *in itinere*.

Por outro lado, a sua remuneração como labor em regime de sobrejornada é mera decorrência da falta de cumprimento da obrigação principal pela empregadora, a exemplo do que ocorre com toda e qualquer outra hora trabalhada além do limite constitucional.

Não menos significativo é destacar que quaisquer discussões atreladas aos limites das jornadas de trabalho, diária e semanal, encontram-se umbilicalmente vinculadas à segurança e saúde laborais, campo em que as obrigações patronais e do Estado encontram assento na Constituição da República (art.7º, XIII, XIV, XXII e XXVIII) e em diversas normas infraconstitucionais.

[22] COUTINHO, 2020.

Estamos tratando de direito indisponível existente para permitir um ambiente saudável de trabalho e não de algo que possa ser colocado à venda no mercado ou trocado por migalhas ou valores quaisquer.

Sob tal perspectiva, a prorrogação de jornada autorizada para além da oitava hora diária é medida excepcional, e não ordinária (art. 7º, XIII).

Ainda assim, na condição de excepcional, a prorrogação mediante compensação de jornada demanda negociação coletiva, que também não está autorizada a padronizar jornada para além do limite diário estabelecido na Constituição da República, que é de 8 horas, com o máximo semanal de 44 horas (art. 7º, XIII)

Tal restrição justifica-se pelo intuito de natureza constitucional da redução dos riscos inerentes ao trabalho, por intermédio de normas de saúde, higiene e segurança (art. 7º, XXII) e de proteção à dignidade do trabalhador (art. 1º, III).

Em nome da preservação da saúde laboral, os limites precisam ser respeitados de modo rigoroso. De forma excepcional, admite-se negociação, desde que avalizada pela entidade sindical obreira (art. 7º, XIII, da Constituição).

Isso não significa que as normas infraconstitucionais estejam autorizadas a estabelecer de forma permanente uma jornada além da oitava diária. A Constituição de 1988 autoriza a negociação coletiva de caráter flexibilizante dos direitos do trabalho exclusivamente em questões envolvendo redução salarial, compensação de horários, redução da jornada e jornada superior a seis horas para os turnos ininterruptos de revezamento (art. 7º, VI, XIII e XIV; art. 170).

São esses os limites constitucionais da autonomia coletiva de vontade quanto à mitigação dos princípios orientadores do Direito do Trabalho.

Por via de consequência, o reconhecimento das convenções e acordos coletivos do trabalho (art. 7º, XXVI, da Constituição) não significa conferir

validade a todas e quaisquer cláusulas normativas que rebaixem as condições de trabalho asseguradas por fontes formais heterônomas.

Quando a Constituição da República permite a negociação coletiva capaz de viabilizar momentaneamente a redução de salários e a compensação de jornada, evidentemente não autoriza o contínuo elastecimento da jornada, muito menos sem a devida remuneração das horas extras correspondentes, inclusive aquelas realizadas a título de tempo de trajeto.

E, no caso do RE 895.759, não é de compensação de horários com redução de jornada que se trata, na forma estabelecida pelo inciso XIII do artigo 7º da Constituição da República.

Cuida-se, na hipótese versada no RE 895.759 -PE, de prorrogação da jornada diária de labor em duas horas e meia (*in itinere),* sem que o tempo de percurso tenha sido considerado para a apuração da jornada diária de oito horas fixada na Constituição Federal, muito menos que se tenha remunerado tal trajeto nos moldes do inciso XVI da CRFB.

A compensação a que se refere o texto constitucional possui vínculo exclusivo com o menor ou maior tempo da jornada de trabalho, diária e semanal. É a compensação de coisas iguais. É compensação exclusivamente de jornada.

Acaso fosse possível admitir a prorrogação de jornada em 2, 4 ou 6 horas diárias, sem a redução do tempo de labor em outras ocasiões, inclusive na mesma proporção, deveríamos admitir que todo o elenco de proteção à saúde obreira regido pela Constituição da República estaria indelevelmente esvaziado. Bastaria a empregadora fornecer cesta alimentação e outros pequenos benefícios por negociação coletiva para alcançar de seus empregados jornadas permanentes diárias de 10, 12 ou 14 horas, sem quaisquer sobressaltos políticos, econômicos e financeiros.

A compensação é de jornada (redução e prorrogação de jornada) e não de elastecimento de jornada sem pagamento de horas extras mediante o oferecimento de benefícios modestos normalmente contemplados em negociações coletivas, tais como *cesta básica no período da entressafra; seguro de vida e de acidentes além do obrigatório, com prêmio no valor de R$ 7.000,00 (sete mil reais), arcado pelo empregador; abono anual aos trabalhadores com ganho mensal superior a dois salários mínimos; salário-família além do limite legal; fornecimento de repositor energético e adoção de tabela progressiva de produção além da prevista na convenção coletiva*.

Também não é de redução salarial que se trata, ao menos nos moldes do artigo 7º, VI. No RE 895.759-PE, as partes celebrantes do acordo coletivo de trabalho – empregadora e sindicato obreiro – não elegeram a questão relacionada à ausência de pagamento das horas *in itinere* como redução salarial, até porque, não custa lembrar, a empresa estaria impedida de reduzir algo que ela jamais considerou como se salário ou remuneração fosse.

Seja qual for o ângulo analisado, o fato é que a supressão do pagamento das horas *in itinere* por acordo coletivo de trabalho desafia a Constituição da República, texto esse comprometido com a limitação da jornada de trabalho, com o pagamento de horas extras a serem realizadas em caráter eventual, com a compensação de jornada exclusivamente por intermédio da diminuição e prorrogação de jornada, com um ambiente saudável de trabalho cujo pilar do tempo máximo de labor por dia, constitucionalmente estabelecido, é imprescindível para conferir efetividade ao primado da dignidade humana da pessoa trabalhadora.

Conclusão

Ao conferir validade jurídica à norma coletiva avalizadora do desprezo às horas *in itinere* – quer quanto ao limite constitucional do tempo diário de labor, quer no tocante ao pagamento das horas extras correspondentes –, o Supremo Tribunal Federal absolve as empregadoras responsáveis pelo extrapolamento da jornada, o fazendo, contudo, em notório desafio à Constituição da República.

Essa tem sido a tônica do Supremo Tribunal Federal na década recém-encerrada, no sentido de destruir de maneira articulada princípios e fundamentos do julsaboralismo para contentar o mercado financeiro ávido pela ampliação das políticas de corte neoliberal.

Nada que não possa ser enfrentado, combatido e vencido mais adiante, a começar pela reação organizada da classe trabalhadora afetada severamente com a perda contínua de direitos conquistados ao longo de décadas de luta, sem prejuízo, porém, do papel das organizações públicas e privadas incumbidas da proteção ao trabalho, bem como de subsídios presentes em estudos críticos voltados ao cumprimento do Direito Constitucional do Trabalho, a exemplo desta relevante obra coletiva coordenada pela professora Renata Dutra(UnB) e pelo professor Sidnei Machado(UFPR).

Referências

ALVES, Giovanni. *O novo (e precário) mundo do trabalho*: reestruturação produtiva e crise do sindicalismo. São Paulo: Boitempo, 2010.

ANTUNES, Daniela Muradas. *O princípio da vedação do retrocesso no Direito do Trabalho*. São Paulo: LTR, 2010.

ANTUNES, Ricardo. *O continente do labor*. São Paulo: Boitempo, 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. *Agravo Regimental nº 584.052-2/SC*. Agravante: Banco do Estado de Santa Catarina-BESC. Agravado: Gildemar Pauli. Julgado em: 3 fev. 2009. Relator: ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: https://www.stf.jus.br. Acesso em: 21 nov. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. *Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 803.037/SP*. Agravante: Volkswagen do Brasil Indústria de Veículos Automotivos Ltda. Agravado: Gerindo Martins Gama e outros. Julgado em: 23 mar. 2011. Relator: ministro Luiz Fux. Disponível em: https://www.stf.jus.br. Acesso em: 21 nov. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. *Agravo Regimental nº 817.718/MA*. Agravante: Joselene Araújo da Silveira Leite. Agravado: Banco do Estado do Maranhão - BEM. Julgado em: 14 fev. 2012. Relator: ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso: em: 21 nov. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Decisão monocrática. *Recurso Extraordinário nº 895.759/PE*. Recorrente: Usina Olho D`água S/A. Recorrido: Moisés Lourenço da Silva. Relator: ministro Teori Zavascki. Julgado em: 8 set. 2016a. Disponível em: https://www.stf.jus.br. Acesso em: 22 out. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 895.759/PE*. Julgado em: 9 dez. 2016b. Relator: ministro. Teori Zavascki. Disponível em: https://www.stf.jus.br. Acesso em: 22 out. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 590.415/SC*. Recorrente: Banco do Brasil S/A (sucesso do Besc). Amicus curiae Volkswagen do Brasil Indústria de Veículos Automotores Ltda. Recorrido: Cláudia Maíra Leite Eberhardt. Pleno. Julgado em: 30 abr. 2015a. Relator: ministro Luís Roberto Barroso. Disponível em: https://www.stf.jus.br. Acesso em: 24 dez. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. *Recurso Extraordinário com Repercussão Geral no RE nº 59.415/SC*. Julgamento em 30 abril 2015b. Relator: ministro Luís Roberto Barroso. Disponível em www.stf.jus.br. Acesso em 20 de outubro de 2019.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

COUTINHO, Grijalbo Fernandes. *O STF como Justiça Política do Capital: a desconstrução do Direito do Trabalho por intermédio de decisões sintonizadas com os ímpetos do mercado neoliberal(2007-2020)*. 2020. 643 f. Tese (Doutorado em Direito e Justiça) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2020.

ESTANQUE, Elísio. *Sindicalismo e movimentos sociais:* ação e regulação social no contexto europeu e português. Lutas Sociais, São Paulo, n. 23, p. 55-67, jun./dez. 2009.

HARVEY, David. *A condição pós-moderna*. São Paulo: Loyola, 2010.

MUNIZ, Guilherme Blanco; FERREIRA, Michelle Ferreira. Chevrolet ameaça deixar o Brasil e Sindicato dos Metalúrgicos convoca trabalhadores a se mobilizar. Revista Autoesporte, 21 jan. 2019. Disponível em: https://revistaautoesporte.globo.com/Noticias/noticia/2019/01/chevrolet-ameaca-deixar-o-brasil-e-sindicato-dos-metalurgicos-convoca-trabalhadores-se-mobilizar.html. Acesso em: 22 nov. 2019.

RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios do Direito do Trabalho. São Paulo*: LTR, 1993.

ROLLI, Cláudia. Volks ameaça fechar a fábrica e demitir 6.100. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 22 ago. 2006. Caderno Mercado. Disponível em: https://www1.folha.uol.com.br/fsp/dinheiro/fi2208200604.htm. Acesso em: 5 nov. 2019.

SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. *Principiologia do Direito do Trabalho.* São Paulo: LTR, 1999.

Capítulo 11

Constitucionalidade do fim da obrigatoriedade da contribuição sindical. ADI 5794 e o princípio da liberdade sindical [1]

Alberto Emiliano de Oliveira Neto [2]

1. Origens corporativistas

O modelo sindical brasileiro que surge na primeira metade do século XX deu um tratamento às contribuições sindicais condizente com o papel desempenhado pelos sindicatos naquele período. Considerando o modelo corporativista adotado pelos Estado, que delegava aos sindicatos uma série de funções, esses passam a ser financiados por contribuição estabelecida em lei e dotada de caráter tributário. Entre regimes democráticos e autoritários, o papel dos sindicatos e a forma de financiamento perduraram nas constituições que se sucederam nas décadas seguintes[3].

Esse projeto corporativista buscava, de forma artificial, suprimir o conflito entre capital e trabalho. Dessa forma, trabalhadores, sindicatos e empregadores são convocados para executar o programa estatal de desenvolvimento para o país, sendo imprescindível uma fonte de financiamento dos sindicatos assegurada pela lei[4]. A Constituição de 1937, ao delimitar o âmbito de atuação dos sindicatos, trouxe previsão expressa de contribuições imposta a todos os integrantes da categoria, inclusive os

---

[1] Este artigo tem como base a obra OLIVEIRA NETO, Alberto Emiliano de. *Contribuições sindicais*: modalidades de financiamento sindical e o princípio da liberdade sindical – de acordo com a Lei nº 13.467/17 (Reforma Trabalhista). 2. ed. São Paulo: LTR, 2019. v. 1. 182p.

[2] Procurador do Trabalho. Doutor em Direito (UFPR). Mestre em Direito (PUC-SP). Professor convidado da Escola Superior do Ministério Público da União (ESMPU).

[3] Constituição de 1937, artigo 138; Constituição de 1946, artigo 159; Constituição de 1967, artigo 159; Emenda Constitucional de 1969, art. 166.

[4] OLIVEIRA NETO, 2018, p. 390.

não filiados (artigo 138). O Decreto-lei n. 1.402/39 incluiu entre as prerrogativas dos sindicatos impor contribuições a todos aqueles que participam das profissões ou categorias representadas.

Até o governo Castelo Branco, o legislador utilizava a expressão "imposto sindical". Ainda que espécie do gênero tributo, somente parte dos recursos são destinados ao Estado. Sua característica sempre foi de contribuição, já que provida de destinação específica: o custeio das atividades dos sindicatos que representam as categorias profissional e econômica. Coube ao Decreto-lei nº 27/66 a alteração da nomenclatura de imposto para contribuição sindical, sendo que a alteração da redação do art. 578 da CLT veio com o Decreto-lei nº 229/67[5].

A contribuição sindical é regulada pela CLT de forma detalhada. São 33 artigos versando sobre essa fonte de custeio dos sindicatos (arts. 578-610). O legislador, dentre outros aspectos, especifica os obrigados ao pagamento, a forma de cálculo, a destinação dos recursos e as penalidades decorrentes do não recolhimento. No âmbito rural, a contribuição sindical foi instituída pela Lei nº 4.214/63, artigo 135, posteriormente revogada pela Lei nº 5.889/73, cabendo à CLT, desde o início, a determinação de seu regime.

Fundada na unicidade sindical, a CLT estabelece deveres dos sindicatos, regula sua administração e seu processo eleitoral. Com relação à gestão financeira, especificou os bens que integram o patrimônio das associações sindicais e estabeleceu regra quanto à aquisição de imóveis, orçamentos, balanços financeiros, além de tipificar criminalmente com o peculato os atos que importem em malversação ou dilapidação do patrimônio das associações ou entidades sindicais. Ao estabelecer a obrigatoriedade do desconto a todos os integrantes da categoria,

[5] AROUCA, 2007, p. 655; MARTINS, 2004, p. 24, 57.

econômica ou profissional, a CLT consolidava a contribuição sindical como tributo (CLT, arts. 548, 550, 552, 578 e 579).

Passados mais de 40 anos, a Constituição de 88 recepcionou a contribuição sindical, já que a ela fez menção quando da criação da contribuição confederativa, o que permite especular ter sido a intenção do constituinte mantê-la na forma compulsória, sem prejuízo do aumento da receita do sistema confederativo:

> Art. 8º
> 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]; (grifo nosso)

Sérgio Pinto Martins denuncia emendas apresentadas no primeiro turno de votação da Constituinte que acrescentaram à redação do inciso IV a expressão "independentemente da contribuição prevista em lei". A manutenção da contribuição sindical teria sido a contrapartida pela supressão da estabilidade no emprego, no artigo 7º, inciso I, que deixou para a lei complementar estabelecer indenização compensatória para a despedida arbitrária ou sem justa causa[7]. José Carlos Arouca acrescenta o receio das entidades sindicais de cúpula de serem excluídas do rateio dos valores arrecadados pelos sindicatos:

> Finalmente, na Assembleia Constituinte as confederações de trabalhadores e de empregadores, unidas e solidárias, temendo as primeiras serem substituídas pelas centrais e as duas, perderem receita, já que as primeiras propostas previam uma contribuição de custeio dos sindicatos, deixando de lado os chamados órgãos superiores, conseguiram de uma só vez duas coisas:

[6] BRASIL, 1988.

[7] MARTINS, 2004, p. 26-27.

> a) a criação de artificialíssimo sistema confederativo da representação sindical; ter no Texto Constitucional palavra próxima de confederação era naquele momento indispensável; b) o inusitado acréscimo que permitiu a um dispositivo referir-se à lei infraconstitucional[8].

A manutenção da contribuição sindical no inciso que criava a contribuição confederativa era uma estratégia para que gradativamente os sindicatos passassem a ser financiados apenas pela contribuição estabelecida na assembleia. Em 2005, fruto do trabalho desenvolvido pelo Fórum Nacional do Trabalho, elaborou-se Proposta de Emenda Constitucional que mudava a redação do art. 8º da Constituição para, dentre outras alterações, substituir as contribuições confederativa e sindical por contribuição estabelecida em assembleia geral, a ser descontada de todos os trabalhadores abrangidos pela negociação coletiva[9].

Diante do fracasso do Fórum Nacional do Trabalho, restou a aprovação da Lei nº 11.648/08 que reconheceu as centrais sindicais e sinalizou a intenção de substituir a contribuição sindical por outra modalidade de contribuição estabelecida na negociação coletiva:

> 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. (BRASIL, 2008)

Até a Lei nº 13.467/17 (Reforma Trabalhista), a contribuição sindical vinculou trabalhadores, profissionais liberais e empregadores de forma

[8] AROUCA, 2003, p. 879.

[9] BRASIL. Proposta de emenda à constituição nº 369/2005. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=280671. Acesso em: 9 jul. 2018.

compulsória, sendo devida por todos aqueles que integram a categoria econômica ou profissional, em benefício do respectivo sindicato. Ao contrário de outras modalidades de contribuições que dependem de autorização do empregado para o desconto, a contribuição sindical estava condicionada tão somente ao pertencimento à categoria representada. Dos trabalhadores, era cobrada anualmente com base no valor equivalente a um dia de trabalho. Já os empregadores recolhiam contribuição calculada a partir do valor do capital social da empresa, observadas alíquotas entre 0,02 a 0,8% (CLT, arts. 545, 578-580). Com o advento da reforma, o desconto em folha da contribuição sindical devida pelos trabalhadores passou a ser condicionado a prévia e expressa autorização.

2. Natureza jurídica

Ao ser instituída pela lei, tendo abrangência sobre toda a categoria, recai sobre a contribuição sindical a natureza jurídica de tributo, nos moldes preconizados pelo artigo 3º do Código Tributário Nacional: "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"[10]. Realmente, a contribuição sindical representa prestação pecuniária obrigatória a ser adimplida através do pagamento de determinado valor. Igualmente, não se trata de sanção por ato ilícito, mas sim obrigação, estabelecida em lei, decorrente da condição de integrante de determinada categoria, profissional ou econômica.

Instituída pela CLT, sua cobrança ocorre mediante o recolhimento de guia específica emitida pela Caixa Econômica Federal. Sem prejuízo do questionamento de constitucionalidade do dispositivo, a CLT também

[10] BRASIL, 1966.

define sua destinação, destacando-se a obrigação dos sindicatos na prestação de serviços relacionados à assistência jurídica, médica e odontológica, bem como à realização de estudos econômicos (CLT, art. 592), estando os valores arrecadados sujeitos à fiscalização pelo Tribunal de Contas da União, não merecendo guarida o veto presidencial ao artigo 6º da Lei nº 11.648/08. O valor arrecado deve ser dividido entre sindicatos, federações, confederações, centrais sindicais e Conta Especial Emprego e Salário, cujos valores integram os recursos do Fundo de Amparo ao Trabalhador – FAT (CLT, art. 589).

Segadas Vianna, com base em lição apresentada por Ives Gandra da Silva Martins, sustenta que a contribuição sindical detém os elementos tipificadores do tributo estabelecidos no artigo 3º do Código Tributário Nacional (CTN)[11]. Efetivamente, consolidou-se o entendimento sobre a natureza tributária da contribuição sindical, sendo necessárias para sua instituição, cobrança, aumento de alíquota e base de cálculo a previsão em lei e a observância do princípio da anterioridade assegurado pelo artigo 150, III, *b*, da Constituição[12].

A respeito da natureza tributária da contribuição sindical, a Constituição de 1988 prevê cinco modalidades de tributos, dentre as quais as contribuições especiais, divididas em sociais, de intervenção no domínio econômico e as instituídas no interesse das categorias econômica e profissionais:

> 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 sua atuação nas respectivas áreas, observado o disposto nos arts. 146, III, e 150, I e III, e sem

[11] SÜSSEKIND *et al.*, 2002, p. 1143.

[12] CATHARINO, 1992, p. 17; MARTINS, 2004, p. 59; FRANCO FILHO, 1998, p. 208.

> prejuízo do previsto no art. 195, § 6º, relativamente às contribuições a que alude o dispositivo[13]. (grifo nosso)

Até a edição da Lei n. 13.467/17 (Reforma Trabalhista), o STF manteve entendimento que reconhecia a natureza tributária da contribuição sindical. Em despacho proferido pelo ministro Celso de Mello, na ADPF 126, há o reconhecimento da natureza tributária da contribuição sindical e das peculiaridades da organização sindical brasileira:

> Trata-se de arguição de descumprimento de preceito fundamental, ajuizada pelo Partido Popular Socialista - PPS, na qual se postula seja declarada, pelo Supremo Tribunal Federal, "a não-recepção da cobrança impositiva da contribuição sindical prevista na Consolidação das Leis do Trabalho", em seus arts. 579, 582, 583 e 587 (fls. 03).[...] Não se pode desconhecer, contudo, no exame da controvérsia em questão, que a "obrigatoriedade da contribuição sindical"(fls. 09), prevista no próprio texto constitucional (CF, art. 8º, IV, "in fine", e art. 149), resulta da circunstância de referida contribuição qualificar-se como modalidade tributária, subsumindo-se à noção mesma de tributo (CTN, art. 3º e art. 217, I), considerado, sob tal perspectiva, o que dispõem os preceitos constitucionais acima mencionados, notadamente o que se contém no art. 149 da Lei Fundamental. [...] A recepção pela ordem constitucional vigente da contribuição sindical compulsória, prevista no art. 578 CLT e exigível de todos os integrantes da categoria, independentemente de sua filiação ao sindicato, resulta do art. 8º, IV, "in fine", da Constituição; não obsta à recepção a proclamação, no "caput" do art. 8º, do princípio da liberdade sindical, que há de ser compreendido a partir dos termos em que a Lei Fundamental a positivou, nos quais a unicidade (art. 8º, II) e a própria contribuição sindical de natureza tributária (art. 8º, IV) - marcas características do modelo corporativista resistente -, dão a medida da sua relatividade (cf. MI 144, Pertence, RTJ 147/868, 874); nem impede a recepção questionada a falta da lei complementar prevista no art. 146, III, CF, à qual

[13] BRASIL, 1988.

> alude o art. 149, à vista do disposto no art. 34, §§ 3º e 4º, das Disposições Transitórias [...] [14]

Definida a natureza tributária, discutiu-se sobre a necessidade de lei complementar para a instituição, modificação ou extinção da contribuição sindical. Como visto, o artigo 149 da Constituição remete ao artigo 146, inciso III, do mesmo texto, cuja redação estabelece:

> 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;
> b) obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributários;[15] (grifo nosso)

Não sendo possível atribuir à CLT a natureza de lei complementar, seria necessária uma nova lei para instituir a contribuição sindical após a Constituição de 1988? Para Sérgio Pinto Martins, tal requisito é preenchido pelo CTN, norma recepcionada pela Constituição como lei complementar, cujo artigo 217, I, faz menção expressa à contribuição sindical[16]. O STF, contudo, mantém entendimento de que as contribuições previstas no art. 149 da CF não estão sujeitas a reserva de lei complementar. Apenas a competência residual em matéria de contribuição social é que se sujeita a tal requisito (CF, art. 195, § 4º):

[14] BRASIL, 2008.

[15] BRASIL, 1988.

[16] MARTINS, 2004, p. 62.

> Recurso extraordinário. 2. Tributário. 3. Contribuição para o SEBRAE. Desnecessidade de lei complementar. 4. Contribuição para o SEBRAE. Tributo destinado a viabilizar a promoção do desenvolvimento das micro e pequenas empresas. Natureza jurídica: contribuição de intervenção no domínio econômico. 5. **Desnecessidade de instituição por lei complementar.** Inexistência de vício formal na instituição da contribuição para o SEBRAE mediante lei ordinária. 6. Intervenção no domínio econômico. É válida a cobrança do tributo independentemente de contraprestação direta em favor do contribuinte. 7. Recurso extraordinário não provido. 8. Acórdão recorrido mantido quanto aos honorários fixados[17].

Passados mais de trinta anos da Constituição de 1988, resta pendente a questão da compatibilidade da contribuição sindical com o princípio da liberdade sindical, nos moldes preconizados pela Organização Internacional do Trabalho (OIT). Por conta de sua vinculação a todos os integrantes da categoria, desde sua origem essa fonte de custeio contribuiu para o baixo número de trabalhadores associados. Igualmente, deu margem ao surgimento de sindicatos "de gaveta", entendidos como aqueles constituídos tão somente para auferir a receita oriunda do tributo. Para José Martins Catharino, a contribuição sindical implica prejuízo ao verdadeiro sindicalismo, além de contrariar princípios e normas constitucionais que determinam a desvinculação de entidades sindicais do Estado[18]. O Comitê de Liberdade Sindical da OIT manifestou-se expressamente sobre a contribuição sindical quando da análise do Caso nº 1487 (§ 434):

> As questões relativas ao financiamento das organizações sindicais deveriam regular-se pelos próprios estatutos de tais entidades, pois a imposição de

[17] BRASIL, 2013.

[18] CATHARINO, 1992, p. 18.

> contribuições por meio da Constituição ou por via legal não está de acordo com o princípio da liberdade sindical.[19]

Em 13 de novembro de 2017, entrou em vigor a Lei nº 13.467/17, cujo texto, dentre outras modificações, tornou a contribuição sindical facultativa. O que poderia ser prenúncio da ratificação da Convenção 87 pelo Estado brasileiro, resultou em grande preocupação aos sindicatos profissionais. Contraditoriamente, entidades patronais tiveram mantida as contribuições do Sistema S, cuja arrecadação em 2016 alcançou a cifra de aproximadamente R$ 16 bilhões. Trata-se de valor muito superior aos R$ 2,9 bilhões arrecadados com a contribuição sindical no mesmo período[20].

A abrupta supressão da contribuição sindical sem a previsão de outra fonte de custeio implica em risco à liberdade sindical. Ainda que o direito de não se associar seja prestigiado (liberdade sindical negativa), a manutenção de um sistema sindical fundado na unicidade e na representação de toda a categoria requer uma fonte de financiamento dos sindicatos, sob pena de inviabilizá-los. O Ministério Público do Trabalho, através da Coordenadoria Nacional de Promoção da Liberdade Sindical e do Diálogo Social (CONALIS), editou a Nota Técnica nº 1, de 27 de abril de 2018, cujo texto alertou para as inconstitucionalidades formal e material

[19] ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT), 1997, p. 98.

[20] Ver: *Cresce a arrecadação do Sistema S que não passa por controle do fisco*. Disponível em: https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2017/07/1901639-cresce-a-arrecadacao-do-sistema-s-que-nao-passa-por-controle-do-fisco.shtml?loggedpaywall. Acesso em: 9 jul. 2018. Ver também: *Sindicatos temem perda de até R$ 3 bilhões com fim de imposto*. Disponível em: https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2017/10/1927150-sindicatos-temem-perda-de-ate-r-3-bilhoes-com-fim-de-imposto.shtml. Acesso em: 7 jul. 2018; *Arrecadação das entidades sindicais de trabalhadores com imposto sindical diminui 80% em 2018*. Disponível em: https://www.valor.com.br/brasil/5501555/arrecadacao-das-entidades-de-trabalhadores-com-imposto-sindical-diminui-80-em-2018> Acesso em 7 jul. 2018. Ver ainda*: O que é o Sistema S, quanto custa e a quem beneficia*. Disponível em: https://www.nexojornal.com.br/expresso/2017/02/18/O-que-%C3%A9-o-Sistema-S-quanto-custa-e-a-quem-beneficia. Acesso em: 20 ago. 2018.

da Lei nº 13.467/17, bem como para a importância da promoção da liberdade sindical:

> Ementa: Contribuição Sindical (CLT, arts. 578 a 610). Natureza jurídica tributária. Inconstitucionalidade formal e material da Lei n. 13.467/17 (Reforma Trabalhista). A contribuição sindical tratada nos arts. 578 a 610 da CLT tem natureza jurídica tributária. As mudanças promovidas pela reforma trabalhista (Lei nº 13.467/17) quanto à contribuição sindical apresentam inconstitucionalidade formal e material. Inconstitucionalidade formal por não observar a necessidade de lei complementar para a instituição, modificação e extinção de um tributo (art. 146 e 149 da CF/1988), no caso uma contribuição parafiscal, e por não ter sido acompanhada de seu impacto orçamentário e financeiro por tratar-se de proposição legislativa que implica renúncia de receita (art. 113 do ADCT, acrescido pela EC nº 95/2016), considerando que a mesma ajuda a financiar o FAT - Fundo de Amparo ao Trabalhador, por meio da "Conta Especial Emprego e Salário". Inconstitucionalidade material pelo fato de enfraquecer financeiramente as entidades sindicais quando a mesma "reforma trabalhista" aumentou os encargos dos sindicatos e, também, porque a Constituição Federal prevê expressamente tal fonte de financiamento no in fine do inciso IV do art. 8º e art. 149 da Constituição Federal e por ofender a unicidade sindical e a representação sindical compulsória da categoria (CF, art. 8º, II e III), violando a liberdade sindical ao imputar aos associados o custo da atividade do sindicato. Autorização prévia e expressa. Autorização em assembleia. Superada a questão da inconstitucionalidade, a autorização prévia e expressa deve ser manifestada coletivamente através de assembleia da entidade sindical convocada para que toda a categoria se manifeste a respeito. Atos antissindicais. Toda e qualquer tentativa das empresas ou das entidades sindicais patronais em criar embaraços na cobrança da contribuição sindical pelas entidades sindicais das categorias profissionais constitui ato antissindical, nos termos dos arts. 1º e 2º da Convenção 98 da OIT, ratificada pelo Brasil em 29.6.1953. Promoção da liberdade sindical e do diálogo social. É dever do Ministério Público do Trabalho promover a liberdade sindical, combatendo os atos antissindicais praticados pelos empregadores, pelas entidades sindicais das categorias econômicas e pelas entidades sindicais das

> categorias profissionais. O MPT deve estimular a solução auto compositiva e pacífica dos conflitos que versem sobre a liberdade sindical.[21]

3. Reforma trabalhista e liberdade sindical

Desde a Reforma Trabalhista, com base na nova redação atribuída ao artigo 578 da CLT, que introduz o requisito autorização prévia e expressa para fins de desconto, tem se sustentado a supressão da compulsoriedade da contribuição sindical:

> 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.**[22]

Ao condicionar o desconto à prévia e expressa autorização, o legislador teria eliminado o caráter compulsório da contribuição sindical? Como visto, a contribuição sindical, instituída pela CLT originariamente com a denominação de imposto sindical, abrange trabalhadores e empregadores que integram a categoria. Trata-se, portanto, de contribuição prevista em lei e reconhecida pelo legislador constitucional de 1988 (art. 8º, IV).

Superada a questão da ausência de lei complementar, a EC nº 95/16, popularmente conhecida como PEC do Teto, inseriu na Constituição dispositivo que estabelece que toda a proposição legislativa que implique em renúncia de receita deverá ser acompanhada da estimativa do seu

---

[21] BRASIL. Ministério Público do Trabalho. CONALIS. Nota Técnica n.1, de 27 de abril de 2018. Disponível em: http://portal.mpt.mp.br/wps/wcm/connect/portal_mpt/3700ed1f-5e75-4aa1-a97a-9546e94fe7e4/Nota+Tecnica_n_1-2018_CONALIS-MPT-Contribuicao+Sindical-27-04-2018-assinada.pdf?MOD=AJPERES&CVID=mcoaAW5. Acesso em 10 jul. 2018.

[22] BRASIL, 2017, grifo nosso.

impacto orçamentário e financeiro (ADCT, art. 113). Como demonstrado, parte da contribuição sindical se destina à Conta Especial Emprego e Salário, cujos valores integram o FAT, justamente para custear programas executados pelo governo federal. A esse respeito, não se tem conhecimento da elaboração de estudo de impacto orçamentário sobre a redução dos recursos do FAT oriundos da extinção do caráter compulsória da contribuição sindical, do que resulta inconstitucionalidade formal da Lei n. 13.467/17.

Igualmente, a expressão "como instrumento de sua atuação", prevista no art. 149 da Constituição, remete à atividade desenvolvida pela categoria, e não pelo governo, o que impede a adoção de política de desoneração com fundamento no art. 179 da Constituição, restrita às contribuições previdenciárias. Diferentemente dos demais tributos que objetivam o interesse público, a contribuição sindical é a única que não comporta desonerações, pois instituída para atender às necessidades e às liberdades de atuação nas respectivas categorias, e não do Estado. Não se trata de instrumento voltado à execução de políticas públicas, mas sim de políticas próprias das categorias econômicas e profissionais. Ao suprimir o caráter compulsório da contribuição sindical, o legislador adotou política de desoneração dessa contribuição especial, o que não tem amparo na Constituição.

Por fim, a Reforma Trabalhista também padece de inconstitucionalidade material fruto do grave risco ao papel atribuído aos sindicatos pelo legislador constitucional de 1988, notadamente a defesa dos direitos e interesses coletivos e individuais da categoria, bem como a obrigatória participação nas negociações coletivas que vinculam toda a categoria (CF, art. 8º, III e VI, c/c CLT, art. 611). Como é possível impor aos sindicatos o ônus de representar os interesses de toda a categoria contando tão somente com as contribuições financeiras dos filiados?

Certamente, atendendo aos parâmetros fixados pela OIT, poderá o poder constituinte derivado revogar a contribuição sindical, mas, ao fazê-lo, deverá não só observar o requisito de prévio estudo de impacto orçamentário, mas também substituir a unicidade pelo regime da pluralidade sindical, hipótese na qual os sindicatos passarão a representar tão somente os interesses dos trabalhadores filiados à entidade e não mais toda a categoria.

Com base em tais fundamentos, duas dezenas de ações diretas de inconstitucionalidade[23] foram propostas por entidades sindicais, pleiteando-se, na forma de controle concentrado, a declaração de inconstitucionalidade da Lei nº 13.467/17 para fins de manutenção da compulsoriedade da contribuição sindical. Foi também proposta uma ação declaratória de constitucionalidade pela Associação Brasileira de Emissoras De Rádio e TV, cuja questionada legitimidade restou superada no STF[24]. Pelo critério de prevenção, essas ações foram concentradas sob a relatoria do ministro Luiz Edson Fachin.

Em despacho que antecedeu a decisão plenária, o ministro relator antecipou seu voto pela procedência da ADI 5794 MC/DF, sob o fundamento de que o constituinte de 1988 fez opção inequívoca pela manutenção de um modelo de sindicalismo sustentado no tripé: unicidade sindical, representatividade obrigatória e custeio das entidades sindicais por meio de um tributo. Nos termos do voto, a contribuição sindical, expressamente autorizada pelo artigo 149, e imposta pela parte final do inciso IV do art. 8º da Constituição, foi preservada, não sendo possível a alteração de sua natureza tributária sem alterar os demais itens da organização sindical constitucional:

---

[23] ADI 5794, ADI 5912, ADI 5923, ADI 5859, ADI 5865, ADI 5813, ADI 5885, ADI 5887, ADI 5913, ADI 5810, ADC 55, ADI 5811, ADI 5888, ADI 5892, ADI 5806, ADI 5815, ADI 5850, ADI 5900, ADI 5950 e ADI 5945.

[24] ADC 55.

> Assim sendo, na exata dicção do texto constitucional, é preciso reconhecer que a mudança de um desses pilares pode ser desestabilizadora de todo o regime sindical, não sendo recomendável que ocorra de forma isolada [...] é importante insistir que o modelo jurídico constitucional sindical brasileiro deve ser considerado em sua integralidade, especialmente em face da necessidade de harmonização das regras essenciais que sustentam o referido sistema e as alvissareiras diretrizes nacionais e internacionais acerca do tema.[25]

Extrai-se do voto menção à inconstitucionalidade formal fruto de violação ao art. 113 da ADCT (estimativa do seu impacto orçamentário e financeiro). Em relação à inconstitucionalidade material, a decisão destaca que a compulsoriedade da representação resulta no efeito *erga omnes* da negociação coletiva (CLT, art. 611). Ou seja, as normas coletivas aplicam-se a toda categoria e não apenas aos trabalhadores filiados ao sindicato:

> A discussão sobre a constitucionalidade, ou não, da desconstituição da compulsoriedade da contribuição sindical há que ser ambientada nessa sistemática sindical integral, sob pena de desfiguração do regime sindical constituído em 1988 e da frustração de toda uma gama de direitos fundamentais sociais, os quais de forma direta ou indireta, nele estão sustentados [...] Diante disso, o novo modelo eleito pelo legislador infraconstitucional, de contribuição sindical facultativa, choca-se com o direito a um regime sindical, diante das duas outras premissas desse regime, quais sejam, a unicidade sindical e a representação obrigatória de toda a categoria [...] O financiamento das entidades sindicais deve ser debatido a partir das premissas estabelecidas na Constituição de 1988, pois enquanto o sistema sindical estiver vinculado à unicidade sindical, que considera representativo apenas um único sindicato por categoria em determinada base territorial, e, por outro lado, enquanto a negociação coletiva espargir seus efeitos para além

[25] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 5794 MC/DF. Despacho monocrático. Ministro Edson Fachin. Proferido em 30/5/2018. Disponível em http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5288954 Acesso em 20 fev 2021.

> dos trabalhadores associados, é necessário estabelecer-se um tributo para custear esse sistema, sob pena de inviabilização do funcionamento desse sistema.[26]

Em que pesem tais fundamentos, no dia 29/06/2018 o STF, nos termos da divergência aberta pelo ministro Luiz Fux, julgou improcedentes os pedidos formulados nas ADIs e procedente o pedido formulado na ADC. Ficaram vencidos os ministros Luiz Edson Fachin, Rosa Maria Pires Weber e José Antônio Dias Toffoli. Não votaram os ministros José Celso de Mello Filho e Ricardo Lewandowski. Segundo o ministro Luiz Fux, não se pode admitir que a contribuição sindical seja imposta a trabalhadores e empregadores quando a Constituição determina que ninguém é obrigado a se filiar ou a se manter filiado a uma entidade sindical. Nessa linha, o fim da obrigatoriedade da contribuição sindical não implica em ofensa à Constituição:

> EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL E TRABALHISTA. REFORMA TRABALHISTA. FACULTATIVIDADE DA CONTRIBUIÇÃO SINDICAL. CONSTITUCIONALIDADE. INEXIGÊNCIA DE LEI COMPLEMENTAR. DESNECESSIDADE DE LEI ESPECÍFICA. INEXISTÊNCIA DE OFENSA À ISONOMIA TRIBUTÁRIA (ART. 150, II, DA CRFB). COMPULSORIEDADE DA CONTRIBUIÇÃO SINDICAL NÃO PREVISTA NA CONSTITUIÇÃO (ARTIGOS 8 º, IV, E 149 DA CRFB). NÃO VIOLAÇÃO À AUTONOMIA DAS ORGANIZAÇÕES SINDICAIS (ART. 8 º, I, DA CRFB). INOCORRÊNCIA DE RETROCESSO SOCIAL OU ATENTADO AOS DIREITOS DOS TRABALHADORES (ARTIGOS 1 º, III E IV, 5 º, XXXV, LV E LXXIV, 6 º E 7 º DA CRFB). CORREÇÃO DA PROLIFERAÇÃO EXCESSIVA DE SINDICATOS NO BRASIL. REFORMA QUE VISA AO FORTALECIMENTO DA ATUAÇÃO SINDICAL. PROTEÇÃO ÀS LIBERDADES DE ASSOCIAÇÃO, SINDICALIZAÇÃO E DE EXPRESSÃO

[26]BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 5794 MC/DF. Despacho monocrático. Ministro Edson Fachin. Proferido em 30/5/2018. Disponível em http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5288954 Acesso em 20 fev 2021.

> (ARTIGOS 5 º, INCISOS IV E XVII, E 8 º, CAPUT, DA CRFB). GARANTIA DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO (ART. 5 º, IV, DA CRFB). AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE JULGADAS IMPROCEDENTES. AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE JULGADA PROCEDENTE.[27]

Da análise do acórdão não se apuram respostas às seguintes questões: a contribuição sindical perdeu a natureza de tributo? A convenção coletiva de trabalho continua tendo efeito *erga omnes*? Os sindicatos continuam a se organizar pelo critério de categoria? A pluralidade sindical foi instituída?

Em uma análise preliminar, pode-se sustentar que o fim da compulsoriedade da contribuição sindical implica na mudança de sua natureza jurídica. Ressalvadas as inconstitucionalidades acima mencionadas, o STF afastou a natureza jurídica de tributo até então consolidada na doutrina e na própria jurisprudência da Corte. Quanto à representação de toda a categoria, ainda que vigente o art. 611 da CLT, sua interpretação poderá ser modificada a partir da extinção do caráter compulsório da contribuição sindical. Se a cobrança da contribuição sindical é voluntária, como manter a extensão da negociação coletiva à toda a categoria? Se o legislador faculta ao trabalhador recolher a contribuição sindical, é contraditória a interpretação que lhe impõe ser submetido à negociação coletiva executada pelo sindicato. Presume-se que o trabalhador, no exercício da liberdade sindical negativa, não pretende se filiar nem contribuir para o sindicato, dentre outros motivos, por não acreditar na capacidade da entidade para representá-lo, razão pela qual não poderia, o trabalhador, ser obrigado a se sujeitar à convenção coletiva firmada pela entidade sindical.

---

[27] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 5794 MC/DF. Tribunal Pleno. Julgamento em 29/6/2018. DATA DE PUBLICAÇÃO DJE 23/04/2019 - ATA Nº 53/2019. DJE nº 83, divulgado em 22/04/2019. Acórdão. Disponível em http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15339959032&ext=.pdf . Acesso em 20 fev 2021.

Conclusão

Durante o julgamento realizado pelo STF apurou-se a construção de uma narrativa neoliberal que repercute no papel do Estado e dos sindicatos e, principalmente, na importância dos direitos sociais. Dos votos vencedores extrai-se um apreço pelo individualismo em detrimento da solidariedade que se constrói na atuação coletiva. A menção à liberdade sindical negativa (direito de não se sindicalizar) e à liberdade de expressão (*free speech*), essa última construção da Suprema Corte norte-americana para afastar a contribuição sindical dos servidores públicos, sinaliza um novo projeto de nação que vai se consolidado pelo controle concentrado de constitucionalidade executado pela atual composição do STF.

Nesse contexto, é necessária a reconstrução do conceito de categoria, ainda que mantida a unicidade na Constituição (art. 8º, I). O conceito de categoria foi forjado a partir de um modelo de Estado corporativista. Trata-se de instituto jurídico incapaz de garantir às entidades sindicais possibilidade de efetiva defesa dos interesses dos trabalhadores em momento histórico marcado por cadeias produtivas globais e pela terceirização[28]. Certamente, a adoção do modelo da pluralidade requer alteração da Constituição. Ainda assim, pode-se sustentar que tal critério de organização vincula apenas os sindicatos e não os trabalhadores. Assegurada a liberdade de não se filiar e não contribuir, pode-se sustentar não ser o trabalhador obrigado a ser vincular à negociação coletiva executada pelo único sindicato com legitimidade para representar a categoria.

Em sentido contrário, a obrigatória participação do sindicato nas negociações coletivas, somada à unicidade, à legitimidade e ao efeito *erga*

[28] OLIVEIRA NETO; PEREIRA, 2015, p. 97, 99.

omnes da negociação coletiva (CF, art. 8º, II, III e VI, c/c CLT, art. 611), impõe aos sindicatos a representação sem distinção de todos os trabalhadores integrantes da categoria. Entendimento em contrário resultará em tratamento discriminatório entre filiados e não filiados ao sindicato, algo incompatível com a Constituição.

Vislumbra-se também a possibilidade de as entidades sindicais apostarem na representação de toda a categoria como uma estratégia para seu fortalecimento. Mantido o monopólio da representação pela unicidade, os sindicatos que resistirem à queda da receita fruto do fim da compulsoriedade da contribuição sindical poderão ampliar sua legitimidade ao negociar em nome de milhares de trabalhadores. É necessária, contudo, a estipulação de um outro modelo de custeio sindical, fundado na ideia de que, não obstante a liberdade sindical negativa, a ser preservada por ser garantida na Constituição, todos os beneficiados pela negociação deverão se cotizar para custear esse processo.

Ainda que constitucional o fim da compulsoriedade da contribuição sindical, denuncia-se a contraditória omissão do legislador no que tange à unicidade, ao conceito de categoria e ao efeito *erga omnes* da negociação coletiva. Sem contar a injustificada manutenção das contribuições ao Sistema S, de caráter compulsório e de destinação às entidades representativas dos empregadores. O enfraquecimento das entidades sindicais que representam os trabalhadores poderá aumentar ainda mais a assimetria presente na relação capital x trabalho.

Se o fim da compulsoriedade da contribuição sindical pretende estimular novas filiações e, consequentemente, atribuir aos sindicatos mais legitimidade em sua atuação, esse objetivo só será alcançado com o fim da unicidade e do efeito *erga omnes* da negociação coletiva. Ao se restringir à supressão da contribuição compulsória o legislador poderá ser responsabilizado por causar efeito contrário ao pretendido, o que coloca

em risco a liberdade sindical. A impossibilidade de escolha do sindicato mais combativo e a certeza de que a negociação coletiva será estendida a todos os trabalhadores, independentemente da filiação, implica em desincentivo à filiação. Gera indiferença ao trabalhador a liberdade de associação sindical em um modelo no qual terá que se submeter à negociação coletiva atribuída a um único sindicato detentor da legitimidade que se constrói de forma artificial pela unicidade.

É urgente a modificação do texto constitucional para afastar a unicidade e permitir aos sindicatos se constituírem independentemente do registro sindical. O legislador, igualmente, poderá estabelecer critérios de representatividade das entidades sindicais para definir a abrangência da negociação coletiva. Tratam-se de mudanças imprescindíveis à ratificação da Convenção nº 87 da OIT e, consequentemente, à promoção efetiva da liberdade sindical no Brasil. De outro lado, não se ignora a possibilidade de uma interpretação conforme a constituição do conceito de categoria, do efeito *erga omnes* e da própria unicidade em um modelo de terceirização irrestrita da atividade-fim, fruto da Lei nº 13.429/17, que resulta em grave fragmentação dos trabalhadores, vinculados a contratos de trabalho firmados com empregadores distintos, não obstante compartilharem o mesmo ambiente de trabalho.

Referências

AROUCA, J. C. *O sindicato em um mundo globalizado***.** São Paulo: LTr, 2003.

AROUCA, J, C. *Curso básico de Direito Sindical***.** São Paulo: LTr, 2006.

AROUCA, J. C. O futuro do Direito Sindical. *Revista LTr*, São Paulo, n. 71, p. 654-665, jun. 2007.

BRASIL. *Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966*. Denominado Código Tributário Nacional. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172Compilado.htm. Acesso em: 16 mar. 2021.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil***.** Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 17 dez. 2020.

BRASIL. *Proposta de Emenda à Constituição nº 369/2005*. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=2806711. Acesso em: 9 jul. 2018.

BRASIL. *Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017*. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis n º 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm. Acesso em: 16 mar. 2021.

BRASIL. *Lei nº 11.648, de 31 de março de 2008*. Dispõe sobre o reconhecimento formal das centrais sindicais para os fins que especifica, altera a Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 10 de maio de 1943, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11648.htm. Acesso em: 16 mar. 2021.

BRASIL. Ministério Público do Trabalho. CONALIS. *Nota Técnica nº 1*, de 27 de abril de 2018. Disponível em: http://portal.mpt.mp.br/wps/wcm/connect/portal_mpt/3700ed1f-5e75-4aa1-a97a-9546e94fe7e4/Nota+Tecnica_n_1-2018_CONALIS-MPT-Contribuicao+Sindical-27-04-2018-assinada.pdf?MOD=AJPERES&CVID=mcoaAW5. Acesso em: 10 jul. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF: 126 DF*. Relator: ministro. Celso de Mello, Data de julgamento: 19/12/2007, Data de publicação: DJe-018 DIVULG 31/01/2008 PUBLIC 01/02/2008). Acórdão.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE: 635682 RJ*. Relator: ministro Gilmar Mendes. Data de julgamento: 25/04/2013, Tribunal Pleno, Data de Publicação: acórdão eletrônico DJe-098 DIVULG 23-05-2013 PUBLIC 24-05-2013).

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 5794 MC/DF. Despacho monocrático*. Ministro Edson Fachin. Proferido em 30/5/2018. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5288954 Acesso em: 20 fev. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 5794 MC/DF*. Tribunal Pleno. Julgamento em 29/6/2018. DATA DE PUBLICAÇÃO DJE 23/04/2019 - ATA Nº 53/2019. DJE nº 83, divulgado em 22/04/2019. Acórdão. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15339959032&ext=.pdf. Acesso em: 20 fev. 2021.

CATHARINO, J. M. A contribuição confederativa sindical: aspectos principais. *Repertório IOB de Jurisprudência,* São Paulo, v. 2, n. 8, 2. quinz./abr. 1992.

CATHARINO, J. M. A contribuição sindical e a constituição. *Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo, jul./set. 1992.

FRANCO FILHO, G. S. Contribuição sindicais e liberdade sindical. *Revista do TRT 8ª Região,* Belém, v. 31, n. 60, p. 203-210, jan./jun. 1998.

MANNRICH, N.; VASCONCELOS, B. F. M. Extinção da contribuição sindical pela reforma trabalhista é constitucional. **Conjur**, 2018. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2018-mar-28/extincao-contribuicao-sindical-compulsoria-constitucional. Acesso em: 17 jun. 2018.

MARTINS, S. P. *Contribuições sindicais***:** Direito comparado e internacional, constituições assistencial, confederativa e sindical. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

OLIVEIRA NETO, A. E. Caso nº 2739: queixa apresentada pelas centrais sindicais em face do Estado brasileiro. Cláusulas de segurança e o princípio da liberdade sindical. *Revista Jus Navigandi,* ISSN 1518-4862, Teresina, ano 17, n. 3415, 6 nov. 2012. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/22952. Acesso em: 17 ago. 2018.

OLIVEIRA NETO, A. E. O sistema sindical brasileiro e o fim da contribuição obrigatória. *In*: FARIAS DA COSTA, A. F.; MONTEIRO, A. C. R. B.; BELTRAMELLI NETO, S. *Reforma Trabalhista na visão de procuradores do Trabalho*. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 383-402.

OLIVEIRA NETO, A. E.; PEREIRA, R. J. M. B. Liberdade sindical e terceirização: a reconstrução do conceito de categoria. *Revista do Ministério Público do Trabalho*, v. 1, p. 89-111, 2015.

OLIVEIRA NETO, A. E. *Contribuições sindicais***:** modalidades de financiamento sindical e o princípio da liberdade sindical. São Paulo: LTr, 2010.

OLIVEIRA NETO, A. E. *Contribuições sindicais:* modalidades de financiamento sindical e o princípio da liberdade sindical – de acordo com a Lei n. 13.467/17 (Reforma Trabalhista). 2. ed. São Paulo: LTR, 2019.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT*). A liberdade sindical:* recopilação de decisões e princípios do Comitê de Liberdade Sindical do Conselho de Administração da OIT. Brasília: OIT, 1997. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasilia/documents/publication/wcms_231054.pdf. Acesso em: 20 fev. 2021.

SÜSSEKIND, A. *Convenções da OIT*. São Paulo: LTr, 1994.

SÜSSEKIND, A. *Direito internacional do trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1987.

SÜSSEKIND, A.; MARANHÃO, D.; VIANNA, S.; TEIXEIRA, L. *Instituições de Direito do Trabalho***.** v. 2. São Paulo: LTr, 2002.

MATÉRIAS JORNALÍSTICAS

"Arrecadação das entidades sindicais de trabalhadores com imposto sindical diminui 80% em 2018". Disponível em: < https://www.valor.com.br/brasil/5501555/arrecadacao-das-entidades-de-trabalhadores-com-imposto-sindical-diminui-80-em-2018> . Acesso em 7 jul. 2018.

"Cresce a arrecadação do Sistema S que não passa por controle do fisco". Disponível em: https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2017/07/1901639-cresce-a-arrecadacao-do-sistema-s-que-nao-passa-por-controle-do-fisco.shtml?loggedpaywall . Acesso em: 9 jul. 2018.

"O que é o Sistema S, quanto custa e a quem beneficia". Disponível em: https://www.nexojornal.com.br/expresso/2017/02/18/O-que-%C3%A9-o-Sistema-S-quanto-custa-e-a-quem-beneficia . Acesso em: 20 ago. 2018.

"Sindicatos temem perda de até R$ 3 bilhões com fim de imposto". Disponível em: < https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2017/10/1927150-sindicatos-temem-perda-de-ate-r-3-bilhoes-com-fim-de-imposto.shtml> . Acesso em: 7 jul. 2018.

Capítulo 12

Considerações sentimentais acerca da autonomia da vontade no julgamento da ADI nº 6342 e a delicada tarefa de criticar o STF em tempos neofascistas

Gustavo Seferian [1]

1 Introdução

Este pequeno texto trará algumas considerações sentimentais acerca do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 6342, bem como de outras tantas que junto a ela foram apreciadas pelo Supremo Tribunal Federal (STF) e que têm como objeto comum a Medida Provisória (MP) nº 927/2020. A abordagem tomará por enfoque o trato da autonomia (individual e coletiva) das vontades enquanto elementos de modulação flexibilizadora da regulamentação juslaboral em tempos de crise.

Não poderíamos iniciá-lo senão com um agradecimento à Rede de Estudos e Monitoramento Interdisciplinar da Reforma Trabalhista (REMIR), particularmente à professora Renata Dutra e ao professor Sidnei Machado, colegas que tanto admiramos. São responsáveis diretos pelo convite que nos proporcionou expor parte destas formulações no importante seminário "A construção jurisprudencial da Reforma Trabalhista pelo STF" – mais especificamente em mesa realizada no dia 10 de novembro de 2020[2] -, bem como participar desta obra coletiva. Fica aqui firmado nosso grande agradecimento pela parceria e confiança.

---

[1] Bacharel (2008), mestre (2012) e doutor (2017) em Direito pela FD-USP. Foi pesquisador convidado, em sede pós-doutoral, do CéSor/EHESS/CNRS (2018). Professor da FD-UFMG e do PPGD-UFMG. Militante da Insurgência-PSOL e diretor do ANDES-SN.

[2] Não nos parece de menor importância registrar que na ocasião da exposição oral destas formulações, trouxemos à ordem do dia – como nos é habitual – alguns registros de memória que se ligam à data em que então congregamos

Buscando trazer nossas contribuições acerca da matéria, o escrito passará pela (i) exposição de nossa quadra conjuntural, marcada pela pandemia da Covid-19 e caracterizada pelo forte traço sanitário da contemporânea crise de civilização; (ii) um brevíssimo descritivo da ADI nº 6342 e da MP nº 927/2020, sobretudo dos dispositivos da última que foram guerreados pela referida ação; para só então adentrar na (iii) exposição de aspectos pontuais relativos ao julgamento, tomando por enfoque a invocação da autonomia individual da vontade como *deus ex machina* para lida com os dilemas que resultam da regulamentação das relações de trabalho em tempos de crise e sua crítica, também expressa em alguns (poucos) posicionamentos de membros da Corte.

Tudo isso será antecedido, porém, pela justificativa do adjetivo "sentimental", que qualifica desde o título nossa modesta intervenção,

---

em prol da boa crítica e dos olhares complexificadores ao Direito do Trabalho. E o primeiro desses registros nos levava ao dia 10 de novembro de 1904, data em que teve início a Revolta da Vacina. Movimento importantíssimo que, muito embora tomando a questão da vacinação compulsória como estopim maior, teve como corpo político e social fundamental a luta das classes trabalhadoras cariocas pela manutenção de sua "economia moral" – para tomarmos emprestada a expressão de E.P. Thompson (1998) –, haja vista que contra si recaíam outras tantas "reformas" higienistas que atentavam contra seu modo de existir, a obtenção de seus meios e bens de vida e impunham sua integração a essa ordem social marcada pela mercadoria. A memória da Revolta da Vacina assume outras qualidades em nosso tempo, em que se coloca urgente uma nova rebelião, que tenha a vacinação seu cerne. A conclusão deste texto, no fechar de cortinas do duro e triste ano de 2020, se dá na data em que se iniciam as vacinações contra a Covid-19 em alguns países latino-americanos – como México, Chile e Costa Rica –, acompanhando de perto países centrais da ordem do capital, enquanto que no Brasil inexistem planos de quando esta deve se iniciar, quais sãos os critérios e prioridades para vacinação etc. Ao revés da legítima luta experimentada no começo do século XX, que nada tinha de obscurantista, mas sim tomou por base uma resistência à afirmação unilateral e impositiva de uma modernidade marcada pela destruição de modos tradicionais de existência popular, hoje uma nova Revolta da Vacina reclama tombar o negacionismo científico, a falsificação da realidade e a disputa mesquinha animado por meia dúzia de milicianos em prol de seus interesses privados, às custas da vida de centenas de milhares de brasileiras e brasileiros. O grito de "Vacina para todxs, já!" não pode cessar de ecoar, e deve ter aqui também seu registro para que nunca nos esqueçamos do quanto as políticas genocidas hoje conduzidas pelo governo federal estão a levar nossa vida à beira do colapso. Ademais, a data do 10 de novembro de 2020 nos trouxe a memória do exato ano do golpe de Estado contra Evo Morales, que destituiu um governo legitimamente eleito pelo povo boliviano e instituiu governo de fato articulado fortemente pelo grande capital internacional, a exemplo do que evidenciou, antes do que a média de tempo das revelações históricas acerca de outros golpes, a fala de Elon Musk sobre o incidente. Poucos dias antes de nossa intervenção, porém, vivenciamos importante nova eleição na Bolívia, que uma vez mais elegeu o MAS para ocupar o Executivo do Estado Plurinacional, alçando Lucho Arce e David Choquehuanca à condição de presidente e vice-presidente bolivianos, bem como a *wiphala* – outrora vilipendiada – novamente às casas de poder do país. Que os erros da adesão ao desenvolvimento neoextrativista possam ter sido aprendidos e que o novo governo popular possa estar ligado, de forma mais direta e harmônica, com os anseios das classes trabalhadoras, indígenas e a natureza bolivianas.

bem como por considerações sobre a delicada tarefa que nos é colocada de lançar críticas ao STF em tempos de ofensiva neofascista.

2 Alertas introdutórios acerca de nossa proposta

Algum estranhamento pode despontar da primeira leitura do título deste artigo. Quanto a ele, duas considerações preliminares merecem ser feitas antes de avançarmos com nossas reflexões.

A primeira é que nossa percepção do Direito do Trabalho – assim como de tudo que nos cerca – é situada, e tem uma posição que deriva de nosso lugar no mundo, reconhecido nosso alinhamento estrutural, situacional e político com os vencidos e vencidas da história – como nos lega a chave benjaminiana[3] –, ou com os oprimidos e oprimidas de todos os tempos – para invocar o indutor da luta classista desde a percepção externada por Marx e Engels no *Manifesto*[4].

Deste modo, não sustentamos a possibilidade de qualquer saber neutro, desengajado ou isento, tão próprio das ciências positivas em sua expressão ideológica, apologéticas que são da ordem social[5].

Assim, caso tomássemos em conta uma pretensiosa e pouco sustentada "análise psicológica"[6] do Direito do Trabalho, que recentemente se esboçou, nossos argumentos seriam certamente percebidos como de natureza sentimental, sem nenhuma lógica ou racionalidade. De fato, não temos anseio de alinhamento com essa "Razão" maiúscula, ou com a "Lógica" dominante, constitutivas do pensamento burguês, que só no próprio agir dominante se afirmam, expressando na homogenização da compreensão social sua busca, que nada tem de

[3] BENJAMIN, 1994.

[4] MARX; ENGELS, 2010.

[5] LÖWY, 1988.

[6] MARTINS FILHO, 2020.

transformadora, mas que, sim, se ampara em um radical conservadorismo, ainda que se apresente sob os mantos da "modernização" e da "flexibilização".

Por trás dessas vestes, sempre bom lembrar, se encontra a velha, caquética e podre defesa do lucro capitalista, pautado que é na exploração mediada pelo contrato de trabalho.

O que pretendemos aqui é – não psicologicamente, mas talvez psicanaliticamente – demonstrar alguns sintomas presentes no julgamento da ADI nº 6342 que demonstram como as ideias fortes que pautam as classes proprietárias em nosso país lá se encontram presentes, inclusive ao solapar a outrora endossada prevalência do negociado sobre o legislado, sem a menor cerimônia e por simples expressão de conveniência, apontando o quanto as convicções supostamente democráticas, republicanas e liberais da negociação coletiva são frágeis e a prevalência da busca pelo lucro e a manutenção de empresas são as efetivas direções expressas por grande parte dos ministros do Supremo.

O segundo apontamento preliminar que trazemos é que as críticas aqui lançadas ao julgamento do STF não se confundem – e não podem se confundir – com uma crítica ao STF enquanto instituição.

A denúncia de que o STF se coloca como um efetivo guardião da ideologia do empreendedorismo, do mau empregador, da injustiça social, da exploração irrefreada, pautada por registros mais próximos do gérmen da industrialização do que de um Estado Social – para o qual ao menos teoricamente apontaria nossa Constituição de 1988 – de modo algum nos coloca, neste momento, contra o STF. Essa corte política, sustentáculo da democracia formal burguesa – que por certo perdura sendo uma ditadura de classe, ainda que a mais branda delas[7] – é indispensável na construção

[7] LÊNIN, 1980.

de uma abertura cada vez mais ampla e abrangente das liberdades civis e democráticas. Deve se balizar em suas práticas e julgados na Constituição de 1988, que, muito embora profundamente limitada em suas disposições, denota o ápice do progressismo no âmbito jurídico já alcançado em nosso país.

A crítica aos atuais posicionamentos do STF se coloca, mais do que tudo, como uma valorização da instituição em suas disposições radicalmente ambicionadas na Constituição de 1988, sabendo que a proteção jurídica dos oprimidos e oprimidas é um alicerce político para lutas mais profundas, um passo tático em nossa estratégia revolucionária[8].

Ao revés do que são os intolerantes olhos, posts e rojões que se voltam contra a Corte, reclamando a destituição de ministros por vias militares ou civis, chegando a colocá-la em ameaça física real, como se expressou em uma série de movimentações próprias do neofascismo no âmbito da pandemia da Covid-19, nossa crítica se porta em seu fortalecimento dentro de perspectivas diversas.

Daí que existe uma divisão bastante marcada, na lida com o Supremo, entre as leituras pautadas na apologética da ordem social, na crítica sensata e responsável da postura da instituição, e na ânsia autoritária e infundada por sua destruição.

É no segundo campo que nos encontramos, que fique claro, isso ao clamarmos pela recolocação do STF no cumprimento de suas tarefas sociais e históricas (ainda que transitórias, quando não transicionais).

Consignadas estas linhas preliminares, passemos à nossa discussão de fundo.

[8] SEFERIAN, 2021.

3 Covid-19, crise de civilização e direito do trabalho

Imprescindível se faz trazer algumas considerações acerca da conjuntura que hoje nos assola, e que também atravessou a discussão acerca da MP nº 927/2020 e da ADI nº 6342.

Não parece ocioso mencionar que vivemos em tempo duros, sofridos, talvez os mais tenebrosos – tomada uma generalização nem sempre precisa em escala global, haja vista que a experiência da colonização e do colonialismo, da guerra, do jugo imperialista e de outras marcas estruturais da opressão impossibilitem esse exercício – das gerações vivas em nosso planeta. Compreendendo que vivemos em uma crise de civilização que coloca em xeque o modo de vida pautado pelo capitalismo industrial e moderno[9], é de se registrar que esta traz particulares afetações na lida com as relações de trabalho e sua regulamentação[10].

Essa crise civilizacional guarda em si muitas crises, ou muitas dimensões da existência em crise (éticas, morais, políticas, institucionais, familiares, ambientais etc), afetando a sustentação da ordem sistêmica em que nos vemos inseridos como um todo. A pandemia da Covid-19, que é resultante, entre outras determinações, do próprio arranjo social capitalista, faz alçar a dimensão sanitária da crise de civilização à condição de maior pronunciamento.

É certo que a crise sanitária não surge neste momento histórico. Ela é parte constitutiva desta civilização, e se expressa na afetação das condições sanitárias e de qualidade de vida de todas e todos que se inserem nesse registro civilizacional, sobretudo do conjunto das classes trabalhadoras e das pessoas que vivem na periferia da ordem. Combinada fundamentalmente pelas acentuadas injustiças ambientais, que recaem de

[9] LÖWY, 2013.

[10] Para o trato específico do tema, vide SEFERIAN, 2020b.

modo mais violento em mulheres e pessoas negras[11], expressa-se nas políticas de morte do Estado capitalista – que escanteia parcelas da população da atenção a serviços e políticas públicas –, na projeção de responsabilidades individuais aos sujeitos e sujeitas formalmente "livres e iguais" para que lidem com suas mercadorizadas questões sanitárias, na sujeição a condições insalubres de vida e à ingestão permanente de venenos em prol do lucro, na redução dos fundos públicos destinados aos serviços e ações de saúde conferidas gratuitamente à população. Encontra, porém, a crise sanitária uma de suas mais agonizantes e acentuadas manifestações no bojo da pandemia da Covid-19[12].

Ainda que possa ser a mais intuitiva impressão sobre a pandemia se tratar de um fato excepcional, trata-se em verdade da mais latente expressão da regra que pauta nossas existências, como aponta a benjaminiana Tese VIII "Sobre o conceito de História"[13]. Esta não é a primeira pandemia que assola a civilização capitalista industrial e moderna, tendo por esta mesma civilização sido motivada. Os casos da gripe espanhola (1918-1920) e da gripe de Hong Kong (1968-1969) são apenas dois entre tantos exemplos do como esta civilização, por suas próprias qualidades, coloca constantemente a humanidade em risco de extinção.

Daí que a pandemia da Covid-19 é uma entre tantas manifestações – sanitárias, no caso – da tônica do estado de exceção permanente.

---

[11] KEUCHEYAN, 2018.

[12] As formulações constantes nesse parágrafo derivam de uma re-situação que nos foi colocada pela amiga e camarada Clara Cirqueira de Souza, advogada popular e pesquisadora do PPGD-UFMG. Ante uma locução nossa que tomava a crise sanitária como um raio em céu azul que despontava com a pandemia da Covid-19, ela nos fez refletir sobre como também essa crise – que ora apenas se acentua – é parte constitutiva da civilização capitalista, industrial e moderna. Agradecemos, pois, à Clarinha pelas permanentes e fraternas críticas, a nos fazer recolocar a questão de modo diverso.

[13] BENJAMIN, 1994.

O alto grau de transmissibilidade e o potencial de letalidade relativamente alto da doença colocaram o planeta de pernas para o ar. Isso em razão de que essa mesma ordem sistêmica hegemônica – a capitalista – foi confrontada pela impensável suspensão das dinâmicas de sociabilidade pautadas pela mercadoria, haja vista que o isolamento social despontou como única saída eficaz para a contenção da doença. Em um cenário de crise econômica que já se arrastava desde 2008, o capitalismo se vê em um de seus momentos de maior convulsão.

Como respostas mirabolantes à crise – que guarda raízes na própria estrutura da ordem social – e ao espectro da morte que acompanha a ainda crescente profusão da Covid-19 pelo planeta, em muitos contextos sociopolíticos – sobretudo aqueles marcados por uma acentuada marca neoliberal e neofascista[14] – foi às custas dos trabalhadores e trabalhadoras que as perspectivas renitentes de manutenção da normalidade capitalista se alicerçaram de forma mais violenta. Ainda que em alguns contextos tenha sido o empresariado o setor mais afetado pelas políticas de contenção da doença, verificando uma ampla ingerência estatal para estancar os efeitos da contaminação e garantir as condições de existência das e dos que trabalham, este não foi o caso do nosso país, em que a manifestação de um Direito do Trabalho de emergência[15] motivado por razões sanitárias vicejou e se viu legitimada pelos posicionamentos do STF, como veremos.

4 MP 927/2020 e seu enfrentamento no STF

A discussão acerca da MP nº 927/2020 e da ADI nº 6342 incide diretamente na lida com os aspectos concernentes a essa busca de

[14] SEFERIAN, 2020c.

[15] COUTINHO, 1998.

socializar os ônus da atividade empresarial com o conjunto das classes trabalhadoras no período pandêmico.

Nada que cause espanto quando temos em conta que o atual governo federal toma por amparo uma agenda de destruição de direitos sociais e fundos públicos que os garantem, adotando uma combinação de alto grau de repressão dos oprimidos e oprimidas em suas formas de auto-organização, guerra ideológica e desmonte do já tímido repertório de proteção jurídica dos trabalhadores e trabalhadoras.

O texto da MP nº 927/2020, adotado em 22 de março de 2020 – quando se noticiavam os primeiros casos de Covid-19 no país e pouco depois de a Organização Mundial de Saúde (OMS ter declarado o estatuto pandêmico da doença –, suscitou uma infinidade de discussões relativas ao Direito do Trabalho, não só pelas suas intenções explícitas – postas na adoção de "medidas trabalhistas para enfrentamento do estado 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)" – como também pelos infindos temas que se propôs a alcançar: a generalização do teletrabalho, flexibilização das férias, antecipação de feriados, banco de horas, suspensão do contrato de emprego, diferimento no pagamento do FGTS, suspensão das fiscalizações do trabalho, todos em perspectiva precarizadora.

Este último tema, aliás, juntamente à discussão da Covid-19 como doença ocupacional, está entre os que assumiram maior vulto nos debates públicos acerca da repercussão do julgamento da ADI nº 6342, mais especificamente quanto ao referendo – ou não referendo, no caso – da decisão proferida pelo ministro Marco Aurélio em sede cautelar, com o indeferimento na íntegra do pedido liminar veiculado. Diz-se isso já que o que se noticiou amplamente, esvaziando outras discussões de fundo

importantes, foi o fato de que o STF suspendeu os efeitos dos arts. 29 e 31 da referida Medida Provisória, o que se deu por maioria de votantes, tendo aberto a divergência o ministro Alexandre de Moraes, acompanhado no particular pelos ministros Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Rosa Weber, Enrique Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia e Luiz Fux.

Cabe a nós, porém, tomando o *leitmotiv* da mesa a que demos corpo a convite da REMIR – "A negociação entre trabalhadores e tomadores da força de trabalho" –, tratar especificamente de tema que teve menor repercussão, ainda que com imensos efeitos no trato juslaboral, e que se liga ao trato do art. 2º da MP nº 927/2020, incidindo indiretamente nos efeitos do art. 36 da mesma Medida Provisória.

Tomaremos por amparo reflexões acerca do que, alhures, chamamos de *mais-valorização da negociação coletiva* como etapa importante na ofensiva pela destruição dos cânones de sustentação do Direito do Trabalho conduzida pelas classes proprietárias em nosso país. Originalmente expostas no VII Seminário Direitos, Pesquisa e Movimentos Sociais, animado pelo Instituto de Pesquisa Direitos e Movimentos Sociais (IPDMS), em abril de 2018, no Rio de Janeiro, tais formulações foram forjadas a partir das alterações juslaborais advindas da contrarreforma trabalhista instituída pela Lei nº 13467/2017. Tomavam em conta que uma já há muito propugnada "valorização" da negociação coletiva – que visava lhe conferir efeitos que se sobrepunham em todas as circunstâncias aos termos legais, e que uma vez cristalizada em lei revelava aquilo que já aos olhos mais atentos se explicitava desde a origem: o prestígio da negociação coletiva – nada mais ansiava que a ampliação ou garantia das margens de

lucro, minorando o repertório protetivo daqueles e daquelas que trabalham[16].

O que pretendemos aqui sinalizar, porém, é que mesmo essa mais-valorização da negociação coletiva – que tanto proveito traz ao capital – pode ser suplantada quando ainda mais profundos marcos de precarização e exploração são reclamados, afastando décadas de defesa ideológica, revestidos de lustros teóricos para defender que a negociação coletiva seria o melhor remédio para a lida com tais circunstâncias de crise, para que então se passe a defender a autonomia individual da vontade como *deus ex machina* para os impasses resultantes da regulamentação juslaboral.

Nossa primeira digressão trata do direcionamento do embate político aos marcos de precarização ínsitos à MP nº 927/2020 pela via judicial.

Junto às imensas debilidades enfrentadas há décadas no processo de mobilização das trabalhadoras e trabalhadores – afetados pela precarização do trabalho, pauperização, redução de marcos protetivos da renda, permeabilidade do ideário neoliberal no seio da classe, tudo a acarretar o enfraquecimento das ferramentas auto-organizadas da luta no cerne do trabalho –, debilitou ainda mais a condição de mobilização contra tais ataques promovidos pelo governo federal a impossibilidade de se utilizar de repertórios conhecidos de luta e resistência, como o das articulações políticas em assembleias e a condução de atos massivos de rua, em razão das políticas de isolamento social adotadas para inibição da propagação da doença.

A saída pela judicialização – muito embora já um tanto acentuada no último período, como se possível fosse ter tamanha crença na institucionalidade burguesa para salvaguarda das conquistas sociais,

[16] Desenvolvemos, em sentido análogo ao da presente reflexão, texto concernente ao julgamento da ADI nº 6363 – que nesta obra coletiva será tangenciada pelos colegas Cristiano Paixão, Ricardo Lourenço Filho e Helder Amorim – em: SEFERIAN, 2020a.

sobretudo quando não acompanhada de lutas e mobilizações outras – acabou se mostrando como primeiro remédio contra a medida. Tanto é verdade que no primeiro dia útil posterior à adoção da MP nº 927/2020 foi proposta a ADI nº 6342, ajuizada pelo Partido Democrático Trabalhista.

A propositura da ADI nº 6342 foi acompanhada do ajuizamento de outras ações de mesma natureza e objeto, ainda que com variada modulação de discussão da MP nº 927/2020, pela Rede Sustentabilidade (ADI nº 6344), pela Confederação Nacional dos Trabalhadores Metalúrgicos (ADI nº 6346), pelo Partido Socialista Brasileiro (ADI nº 6348), pelo Partido Comunista do Brasil, pelo Partido Socialismo e Liberdade e pelo Partido dos Trabalhadores, conjuntamente (ADI nº 6349), pelo Solidariedade (ADI nº 6352) e pela Confederação Nacional dos Trabalhadores da Indústria (ADI nº 6354). Mesmo que tangenciando dispositivos diversos da MP nº 927/2020, todas colocaram em discussão o já mencionado art. 2º, alcançando algumas também o art. 36 do mesmo instrumento normativo.

Julgadas em conjunto, essas ações nos levam a tecer alguns apontamentos que denunciam o caráter hegemonicamente pró-capital e atentatório às condições de existência dos trabalhadores e trabalhadoras das decisões da referida Corte, ao menos em sua expressão hegemônica.

Tomando inicialmente as discussões quanto ao art. 2º da MP nº 927/2020, é de se ressaltar que servem elas, de modo geral, como amparo a todas as demais inflexões propostas pela Medida Provisória, sinalizando que o exercício da autonomia individual da vontade, em detrimento da participação sindical, daria sustento às alterações juslaborais reclamadas em tempos pandêmicos. Traz seu texto:

> Art. 2º - Durante o estado de calamidade pública a que se refere o art. 1º, o empregado e o empregador poderão celebrar acordo individual escrito, a fim

> de garantir a permanência do vínculo empregatício, que terá preponderância sobre os demais instrumentos normativos, legais e negociais, respeitados os limites estabelecidos na Constituição.[17]

A tônica majoritária do julgamento – inicialmente com a apreciação do pedido liminar pelo relator ministro Marco Aurélio, decisão posteriormente colocada a referendo do Pleno da Corte – caminhou no sentido de reconhecer a constitucionalidade do artigo transcrito acima, remetendo não só à excepcionalidade do momento vivido em razão da pandemia da Covid-19, mas também à necessidade de se preservar empregos e salvaguardar a saúde financeira das empresas, dando, para tanto, lustros principiológicos ínsitos à Constituição. Foram três os ministros que se posicionaram de modo diverso: Edson Fachin, Rosa Weber e Ricardo Lewandowski. Alguns, como Alexandre de Moraes, Luís Roberto Barroso e Luiz Fux, teceram suas formulações de modo mais enfático, a defender posição no sentido de reconhecer sua constitucionalidade. Serão essas posições que receberão a maior parte de nossa atenção.

Essa marca que acabou triunfando entre os ministros do STF foi sinalizada desde a apreciação monocrática pelo ministro Marco Aurélio, ao tomar por amparo o caráter excepcional da medida decorrente da pandemia e defender que, nessas circunstâncias, "empregado e empregador poderão, buscando a manutenção do vínculo empregatício, estabelecer parâmetros" escorados unicamente nos patamares mínimos presentes na Constituição Federal de 1988. Preceituou o ministro Marco Aurélio, relator da ação, que "a liberdade do prestador dos serviços, especialmente em época de crise, quando a fonte do próprio sustento sofre risco, há de ser preservada, desde que não implique, como consta na

[17] BRASIL, 2020d.

cláusula final do artigo, a colocação em segundo plano de garantia constitucional"[18].

Afora a imprecisão técnica no manejo terminológico, que salta à vista – isso ao tratar empregados e empregadas como "prestador de serviço", o que sintomaticamente já denota também a apreensão neoliberalizada do trabalho assalariado pelo ministro –, é de se registrar a leitura a nosso ver grotesca no sentido de que o "inciso XXVI do artigo 7º da Constituição Federal", ao reconhecer os instrumentos de negociação coletiva, "não coloca em segundo plano a vontade do trabalhador"[19], motivo pelo qual, fazendo uso de ginástica interpretativa digna de medalhista olímpico, afirma que o instrumento coletivo deve respeitar essa vontade individual, pelo que "há de ser formalizado em sentido harmônico com os respectivos interesses"[20] dos representados, razão pela qual seria descabida sua alegação de inconstitucionalidade.

Ora, é certo que o exercício da vontade coletiva – como se verifica das práticas sindicais em seu exercício prático – importa em sínteses progressivas em consenso, ou então no exercício de maiorias, manifestas a partir de vontades individuais. Ao menos assim é de se esperar. Ocorre que a fragmentação em estilhaços da autonomia da vontade coletiva – mais robusta e ainda que timidamente capaz de habilitar trabalhadores e trabalhadoras a fazer páreo aos seus exploradores – na autonomia individual da vontade resulta, por si só, na subversão da ideia da ação coletiva como caminho de ação unitária e de maior pujança, em busca de uma paridade de forças no conflito capital x trabalho.

A expressão da vontade individual, descolada da institucionalidade sindical ou de outras ferramentas coletivas de enfrentamento auto-

[18] BRASIL, 2020b, p. 10.

[19] *Idem.*

[20] *Idem.*

organizado, é por sua vez a própria míngua da pujança política das e dos que trabalham, e não uma microexpressão da autonomia da vontade coletiva, como quis apontar o ministro Marco Aurélio em sua decisão precária, levada a referendo do Pleno do STF.

Nessa oportunidade de apreciação, iniciada em 23 de abril de 2020 e sequenciada em seção no dia 29 do mesmo mês[21], foram proferidos os sucintos votos dos ministros Dias Toffoli e Gilmar Mendes, que acompanharam o relator da ação, bem como os dos demais ministros, que reclamam de nós maior atenção. Deixamos aqui de pormenorizar a posição da ministra Cármen Lúcia, que, quanto ao particular aqui discutido, trouxe poucas contribuições, também aderindo à leitura do relator.

Iniciemos pelo ministro Alexandre de Moraes, que, ao defender a constitucionalidade do art. 2º, da MP nº 927/2020, sintomaticamente firmou sua posição tomando em conta a necessidade de observar a premissa da "manutenção do trabalho e [d]a manutenção dos empregadores". Ainda que possa parecer um traço de menor importância, essa afirmação sinaliza que a vida dos trabalhadores, sua qualidade de existência e bem-estar passam ao largo das preocupações do magistrado, sendo o trabalho – a ser explorado e fomentar a lógica do lucro – e o tomador dessas energias vitais os prestigiados em sua permanência, em sua manutenção.

Os trabalhadores e as trabalhadoras, pois, perdem o seu caráter subjetivo, e são tomados enquanto coisa na formulação de Moraes.

O mesmo ministro dourou seu argumento com premissas constitucionais – sobretudo os primados do valor social do trabalho e da

[21] BRASIL, 2020c. Todas as referências ao julgamento foram obtidas da degravação do referido vídeo da sessão realizada pelo autor, exceção ao voto do ministro Edson Fachin, disponibilizado na íntegra e ao qual o autor teve acesso.

livre iniciativa – para conter o que chamou de "segunda onda da pandemia", tratando das afetações do desemprego resultante de quebradeiras generalizadas de empresas. E amparou-se no que veio a chamar, remetendo ao julgamento da ADI nº 6363, de "binômio manutenção do vínculo empregatício e da empresa". Uma vez mais, é sintomática a disposição protetiva a que confere sua interpretação: não ao trabalhador ou à trabalhadora e sua família, seus meios de vida e renda, mas sim ao "vínculo empregatício" e à "empresa". A relação de exploração assume o primado da salvaguarda, junto com a entidade exploradora, enquanto que ao trabalhador e à trabalhadora a atenção protetiva é voltada apenas transversal e indiretamente. De uma vez, dessubjetiviza-se quem trabalha, de um lado, e se prestigia a pessoa jurídica, de outro.

Moraes não divergiu quanto ao posicionamento do relator acerca da constitucionalidade do art. 2º da MP nº 927/2020, como pode parecer óbvio.

Não caminhou de modo distinto a interpretação sobre o dispositivo normativo conferida pelo ministro Luís Roberto Barroso, ainda que com termos distintos. Este introduziu a apresentação de seu voto apontando a necessidade não só de abordar a matéria juslaboral tendo por atenção o contexto pandêmico, mas também frisando uma suposta participação multidisciplinar – de sanitaristas, economistas, tributaristas – na composição da MP sob análise, afirmando que nessa cognição "muitas peças estão entrelaçadas", o que daria maior legitimidade ao ato normativo em menção.

Reclamou, antes dos demais – e sobretudo do ministro Luiz Fux – a necessidade de uma atuação "autocontida" do STF no contexto da pandemia, que deveria se expressar no restante do judiciário, na busca de manter um "delicado equilíbrio normativo", sem contestações excessivas a atos normativos do Executivo, ainda mais em circunstâncias em que o

Congresso Nacional também conheceria das matérias, como, por exemplo, na apreciação de uma Medida Provisória. O ponto foi, posteriormente, fortemente tensionado pelo ministro Ricardo Lewandowski, que reafirmou o importante papel do STF na lida com inconstitucionalidades em MPs, mesmo antes de estas passarem pelo crivo do Legislativo.

O descalabro maior – ao menos juslaboral, já que politicamente o exposto no parágrafo supra é um tanto quanto alarmante – aparece quando Barroso passa a discutir os "princípios e valores" que o inspiram quando interpreta matérias relacionadas ao Direito do Trabalho, supostamente com a mesma finalidade de outros julgadores – nominando explicitamente Rosa Weber, ainda que perceba a matéria de modo completamente distinto do da ministra: buscar o "melhor sistema de proteção do emprego e do trabalhador".

Aqui se percebe, novamente, o que é a completa inflexão nos parâmetros protetivos em matéria juslaboral, que deixam de se assentar na parte hipossuficiente da relação de emprego para se projetar para a própria relação empregatícia, garante da continuidade dos processos de exploração e acumulação capitalistas.

Mas vai além: reclama explicitamente que sua leitura do Direito do Trabalho à luz da Constituição – mencionando aqueles direitos de que trabalhadores e trabalhadoras são titulares e que entende mais relevantes, ainda que estejam todos inseridos em um mesmo patamar hierárquico no art. 7º, da Constituição da República –, guia-se por "outros vetores, ainda que metajurídicos", que menciona explicitamente para "sua paz de espírito":

> 1) preservar o emprego e aumentar a empregabilidade, 2) formalizar o trabalho removendo os obstáculos que levam à informalidade; 3) melhorar a

> qualidade geral e a representatividade do sindicato; 4) desonerar a folha de salários; 5) acabar a imprevisibilidade no custo das relações de trabalho.

De seu pronunciamento não são outras as conclusões que podem ser tiradas: i) pelo posicionamento topológico, a proteção à relação empregatícia e à continuidade da exploração capitalista se sobrepõem à de quem trabalha (seja de quem for, já que o trabalhador ou a trabalhadora pode adoecer, morrer, e logo ser substituído, sendo a manutenção dos postos de trabalho a preocupação fundamental); ii) que o próprio Direito do Trabalho é lido enquanto barreira para a empregabilidade, sobretudo por onerar em demasia a folha de pagamento, que deve ser reduzida – o que significa necessariamente aumentar as margens de lucro mediante a destruição do Direito do Trabalho; iii) que a representatividade sindical, mesmo colocada como referência, é solapada fora do "normal da vida" – como veremos adiante –, o que faz esse próprio "princípio" ter um papel completamente relativo, aplicável conforme a conveniência; iv) que a "segurança jurídica" buscada pelo magistrado se projeta tão somente sobre o tomador da força de trabalho, e jamais sobre o trabalhador ou à trabalhadora, que podem ter seus direitos vilipendiados, seu salário reduzido, seu contrato suspenso, sem que isso seja tomado como um registro de "imprevisibilidade".

O coroamento dessa percepção aparece justamente na lida com o art. 2º, da MP nº 927/2020, ao afirmar Barroso que "no normal da vida, a preferência" para lida com impasses na regulamentação juslaboral "deve ser dada à negociação coletiva", enfatizando essa como sua preferência, mas sendo condescendente com a autonomia privada individual para lida de matéria trabalhista no atual contexto de crise, com freio único e exclusivo dessa autonomia no texto constitucional.

Não fosse suficiente, como efetivo representante dos setores proprietários, apresenta ainda, em tom quase ameaçador a quem trabalha: tomado o direito potestativo de dispensa – lido por Barroso como absoluto, jamais colocado em questão –, este poderia ser exercido a qualquer tempo, deixando o trabalhador ou trabalhadora na míngua, pelo que o melhor seria negociar individualmente para buscar manter os empregos. Essa abordagem, assumida como inexorável, bem sabemos que assim não pode ser lida, até em razão de conhecermos experiências outras no contexto pandêmico em que a inibição da dispensa foi eficaz medida social para lida com os males sociais resultantes da Covid-19.

Nada disso foi cogitado, porém, pelo referido ministro.

Mais assombrosa politicamente foi a perspectiva posta por Luiz Fux, de caráter extremamente autoritário. Ao reconhecer o momento de emergência, em que supostamente o Executivo pode "instituir medidas de exceção no Estado de Direito", e naturalizando que "os poderes sejam mais concentrados no Executivo", advoga que deveria o STF "atuar com minimalismo", com o máximo de contenção, a abrir a porteira – para tomarmos emprestada expressão do ministro Ricardo Salles – para ímpetos de destruição do Direito do Trabalho que se colocam neste momento.

Não por outra razão, Fux mostrou-se condescendente com a declaração de constitucionalidade do art. 2º, da MP nº 927/2020.

Essas perspectivas de destruição juslaboral, é bem verdade, foram muito bem evidenciadas pelas palavras da ministra Rosa Weber e do ministro Ricardo Lewandowski, mas foi o ministro Edson Fachin quem abriu divergência quanto ao particular.

Antes, porém, de adentrar em seu julgado, registro deve ser feito de que foram ela e eles os únicos três ministros que se dispuseram a pensar a questão do valor social do trabalho – invocada de forma assaz distinta

por todos os demais votantes –, não de forma abstrata ou relacional, mas sim tomando em conta a humanidade do trabalhador e da trabalhadora e o amparo na justiça social.

Já adentrando no voto do ministro Edson Fachin, é de se perceber em sua proposição, em exercício de microrresistência hermenêutica[22], que muito embora frisando suas diferenças quanto a julgado em que restou vencido – e clamando apreço à colegialidade –, apontou que a decisão dada na ADI nº 6363 e referenciada por outros colegas versava exclusivamente sobre redução de jornada com correspondente redução salarial, enquanto na circunstância em questão a matéria era bastante mais ampla, ao conferir à autonomia individual da vontade poderes amplos e irrestritos para estabelecimento de pactos que visassem a manutenção de postos de trabalho, esbarrando apenas no texto constitucional como limite. Trouxe, de modo enfático, que:

> A Constituição e as leis trabalhistas não podem ser desconsideradas pelos empregadores e pelos empregados, mesmo em tempos de calamidade pública e emergência de saúde, pois o ordenamento constitucional e jurídico continuam em pleno vigor.[23]

Tomando isso em conta, preceitou o ministro Fachin em seu voto, ao lidar com o art. 2º, da MP nº 927/2020, que "há duas prescrições normativas no referido dispositivo: i) a possibilidade de celebração de acordo individual como meio de garantir a permanência do vínculo de emprego; e ii) o estabelecimento de preponderância dos acordos individuais sobre os demais instrumentos normativos"[24]. Daí que, ao discutir a lida da Medida Provisória em menção, afirme:

---

[22] BATISTA; SEFERIAN, 2020.

[23] BRASIL, 2020a.

[24] *Idem*.

> A norma que pretende criar hierarquia normativa entre acordos individuais e os demais instrumentos normativos, sejam legais ou negociais, extrapola os limites de sua própria competência normativa, pois afasta a Constituição e as demais leis trabalhistas, em claro confronto com os princípios do devido processo legal substantivo e da legalidade, os quais vinculam o próprio legislador.[25]

De mais a mais, toma como extremamente problemático o escanteamento das entidades sindicais desse processo flexibilizador e excepcional. É enfático Fachin ao colocar que não só os direitos individuais previstos no art. 7º da Constituição se colocariam como limites ao afastamento dos sindicatos dessas negociações, como também afrontaria a referida MP as proposições ínsitas às Convenções nº 98 e nº 154 da Organização Internacional do Trabalho.

É Fachin, ademais, quem adentra de modo mais contundente na lida com o art. 36 da mesma MP, que confere à autonomia individual das vontades o poder de convalidar atos praticados de forma ilegal antes da adoção do texto normativo discutido. Galgando seu posicionamento nas garantias constitucionais de não retroatividade, e ainda que com parte dos ministros caminhando em sentido homólogo, a divergência aberta para o não referendo da decisão liminar proferida pelo ministro Marco Aurélio não alcançou a maioria de votantes.

Também de modo erudito e harmônico com o repertório tradicional e protetivo do Direito do Trabalho, a ministra Rosa Weber teceu seu posicionamento em pontos completamente opostos àqueles aqui discutidos, de lavra de Alexandre de Moraes e de Luís Roberto Barroso, no sentido de perceber que a proteção conferida pela matéria juslaboral não

[25] *Idem.*

é a entes dessubjetivados ou a relações sociojurídicas, mas sim aos seres humanos – trabalhadores e trabalhadoras – que se sujeitam à exploração capitalista.

Amparada em firmes bases da teoria dos Direitos Humanos e do próprio repertório juslaboral, expôs em seu voto denúncia explícita aos intuitos de desconstrução do Direito do Trabalho, de afronta à Constituição e de imposição de retrocesso social, que importaria uma retomada das condições de trabalho próprias do século XIX.

Destacamos, ademais, a relevante referência feita pela ministra à indispensabilidade da participação sindical na gênese da regulação juslaboral, também nas circunstâncias em debate, para preservar a autocomposição e validade dos instrumentos de ajuste coletivo, no horizonte de hierarquização tradicional posto no âmbito juslaboral.

É de se ter em conta que esse posicionamento não remete exclusivamente à trajetória da ministra na lida com a matéria juslaboral, sendo ela magistrada de carreira da Justiça do Trabalho antes de ser nomeada para a Corte Suprema. Fosse assim, o ministro Marco Aurélio – que antes de ministro do STF foi procurador do Ministério Público do Trabalho e magistrado trabalhista, com atuação regional e superior – caminharia em mesmo sentido em sua exposição.

Trata-se, em verdade, de uma localização social – de classe, podemos dizer – para a qual apontam as perspectivas dos referidos ministros e ministras na abordagem de matéria juslaboral.

Por sua vez, e enfim, o ministro Ricardo Lewandowski manifestou sua contrariedade com a questão relativa ao art. 2º, ainda que em apreço à colegialidade tenha assentado voto em sentido diverso. Tratou especificamente da matéria, ainda que brevemente, apontando que a complacência com o previsto importaria em revogação de toda a legislação trabalhista, reestabelecendo – ainda que de maneira um tanto anacrônica

– uma realidade juslaboral de "meados do século passado, desde a década de 1940".

Uníssono a Fachin e Weber, colocou-se contrário ao reconhecimento da constitucionalidade do art. 2º da MP nº 927/2020, restando vencidos no particular.

5 Apontamentos conclusivos

Muito embora tenha cessado de surtir efeitos com o encerramento de sua vigência, em 19 de julho de 2020, fazendo perder objeto a ADI nº 6342, a MP nº 927/2020 trouxe à ordem do dia questões relevantes que, ao reclamarem posição do STF, sinalizaram fissuras potenciais na lida com o Direito do Trabalho pela referida Corte.

A naturalidade para com a lida flexibilizadora do Direito do Trabalho, o cinismo na exposição dos motivos – patronais – que levam os ministros a tomarem suas posições e o abandono circunstancial de posicionamentos calcados há anos pelo patronato (e bastante enraizados na Corte) sinalizam sintomaticamente como a leitura hegemônica do tribunal aponta para a compreensão do STF como justiça política do capital, como defendeu nosso amigo Grijalbo Coutinho em sua recente tese de doutorado[26].

É de se ter em conta que os posicionamentos que restaram hegemônicos na lida com a ADI nº 6342 remetem à circunstancialidade da medida – resumindo seus pretensos efeitos ao período do "estado de calamidade pública" – e à sua função maior – "garantir a permanência do vínculo empregatício" –, que supostamente fariam suas previsões harmônicas com nossa ordem constitucional. A posição, todavia, subverte todos os sustentáculos que servem à tradição juslaboral, sobretudo a

[26] COUTINHO, 2020.

afirmação do princípio da proteção, que serve aos trabalhadores e trabalhadoras, e não à saúde financeira empresarial ou à manutenção da ordem sistêmica – logo, da relação de emprego – a qualquer custo, inclusa aqui a precarização radical.

Claro que devemos sempre ter em conta o papel contraditório do Direito do Trabalho, que tanto serve ao bom funcionamento da ordem capitalista quanto de alicerce para as lutas classistas de quem trabalha. Todavia, é justamente na solução dessas contradições – precisamente pela afirmação unilateral do interesse capitalista – que caminham este e outros posicionamentos recentes do STF.

Que este texto – parte de esforço coletivo de denúncia e engajamento – possa ser mais uma pedra firme em nossas passadas contra a civitização do Direito do Trabalho e a destruição do repertório protetivo dos trabalhadores e trabalhadoras, a fim de que lembremos sempre desde Marx, para um lado ou para outro, que entre direitos iguais quem decide é a força.

Força para nós!

Referências

BATISTA, Flávio Roberto; SEFERIAN, Gustavo. Financiamento sindical, direito do trabalho e crise: aproximações empíricas ao tema da funcionalidade do direito do trabalho para o capitalismo. *Revista Direito e Práxis*, v. 11, n. 4, p. 2669-2695, 2020.

BENJAMIN, Walter. Sobre o conceito da história. In: _____. *Obras escolhidas I:* Magia e técnica, arte e política. Tradução: Sérgio Paulo Rouanet. São Paulo: Brasiliense, 1994. p. 222-234.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 6342-DF.* 2020a. Voto do ministro Edson Fachin Disponível em: https://www.conjur.com.br/dl/stf-fachin-adis-referendo-mp-927.pdf. Acesso em: 30 set. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.342-DF*. 2020b. Voto do ministro Marco Aurélio Mendes de Farias Mello. Disponível em: www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6342liminar.pdf. Acesso em:

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Registro audiovisual da sessão do Tribunal Pleno realizada por videoconferência no dia 29/4/2020*, que suspendeu a eficácia de dois dispositivos da Medida Provisória (MP) 927/2020, que autoriza empregadores a adotarem medidas excepcionais em razão do estado de calamidade pública decorrente da pandemia do novo coronavírus. Vídeo disponibilizado em 30/04/2020 no *Canal do STF no Youtube*. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=CGlHDn-h2L8 , acessado em 20 fev 2021.

BRASIL. *Medida Provisória nº 927 de 22 de março de 2020d*. Dispõe sobre as medidas trabalhistas para enfrentamento do estado 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), e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/mpv/mpv927impressao.htm Acesso em 17 mar. 2021.

COUTINHO, Aldacy Rachid. Direito do trabalho de emergência. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR,* Curitiba, ano 30, n. 30, p. 101-120, 1998.

COUTINHO, Grijalbo Fernandes. *O STF como justiça política do capital: a desconstrução do Direito do Trabalho por intermédio de decisões judiciais sintonizadas com os ímpetos do mercado neoliberal (2007-2020)*. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Minas Gerais, 2020.

KEUCHEYAN*, Razmig. La nature est un champ de bataille*. Paris: La decouverte, 2018.

LÊNIN. Vladimir Iliunov. Estado e Revolução. In: *Obras escolhidas*, Vol. II. Tradução: Instituto de Marxismo-Leninismo, anexo ao CC do PCUS. São Paulo: Alfa-Omega, 1980.

_____. Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado. In*: Obras escolhidas*, Vol. II. Tradução: Instituto de Marxismo-Leninismo, anexo ao CC do PCUS. São Paulo: Alfa-Omega, 1980.

LÖWY, Michael. *As aventuras de Karl Marx e o Barão de Münchhhausen*: marxismo e positivismo na sociologia do conhecimento. 2. ed. São Paulo: Busca Vida, 1988.

LÖWY, Michael. Crise ecológica, crise capitalista, crise de civilização: a alternativa ecossocialista. *Caderno CRH*, Salvador, v. 26, n. 67, p. 79-86, jan./abr. 2013.

MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. Confronto entre TST e STF: uma análise psicológica do direito. 2020. *Conjur*. Disponível em: https://www.conjur.com.br/dl/artigo-ives-gandra-filho01.pdf. Acesso em: 17 mar. 2021.

MARX, Karl. ENGELS, Friedrich. *Manifesto Comunista.* Tradução: Álvaro Pina e Ivana Jinkings. São Paulo: Boitempo, 2010.

SEFERIAN, Gustavo. Contrarreformas trabalhistas e (mais) valorização da negociação coletiva no contexto da crise sanitária. *Revista Videre (on-line*), v.12, n. 25, p.107-123, 2020a.

_____. Trabalho, crise e direito. *Direito e Práxis,* v. 11, n. 4, p. 2142-2157, 2020b.

_____. Trabalho e democracia frente a frente com o neofascismo: ações do governo Bolsonaro em matéria trabalhista e a resposta das classes trabalhadoras em 2019. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; GOMES, David F. L. (orgs.). *30 anos e agora?:* direito e política nos horizontes da República de 1988: em homenagem a Juarez Guimarães. Belo Horizonte: Conhecimento, 2020c, v. 1. p. 147-164.

_____. *Direito do trabalho como barricada*: sobre o uso tático da proteção jurídica das trabalhadoras e trabalhadores. Belo Horizonte: RTM, 2021.

THOMPSON, E. P. *Costumes em comum*: estudos sobre a cultura popular tradicional. Tradução: Rosaura Eichemberg. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

Capítulo 13

ADI 6363/DF – a legislação pandêmica e o movimento jurisprudencial flexibilizatório de direitos trabalhistas no STF[1]

Gabriela Neves Delgado [2]
Helder Santos Amorim [3]

1. Introdução: a legislação pandêmica trabalhista restritiva de direitos fundamentais

Em março de 2020, a pandemia do Sars-CoV-2, o novo coronavírus causador da Covid-19, apanhou o Brasil, encontrando um país de dimensão continental com aproximadamente 211 milhões de habitantes, dos quais 100 milhões sem acesso a coleta e tratamento de esgoto e 35 milhões sem acesso a água tratada[4]; um sistema de saúde subfinanciado, com investimento congelado pela Emenda Constitucional (EC) nº 95/2016[5]; um mercado de trabalho com taxa de desemprego de 12,2%[6] e

[1] Texto adaptado do artigo científico originalmente publicado na Revista Jurídica Trabalho e Desenvolvimento Humano, da Procuradoria Regional do Trabalho da 15ª Região. DELGADO, Gabriela Neves; AMORIM, Helder Santos. A legislação pandêmica e o perigoso regime de exceção aos direitos fundamentais trabalhistas. Dossiê "Covid-19 e o mundo do trabalho". Revista Jurídica Trabalho e Desenvolvimento Humano, Campinas, v. 3, 2020. Disponível em: http://www.revistatdh.org/index.php/Revista-TDH. Acesso em: 1 set. 2020.

[2] Professora associada de Direito do Trabalho dos Programas de Graduação e Pós-Graduação da Faculdade de Direito da UnB. Pós-doutorado em Sociologia do Trabalho pela Unicamp. Doutora em Filosofia do Direito pela UFMG. Mestre em Direito do Trabalho pela PUC Minas. Pesquisadora coordenadora do Grupo de Pesquisa Trabalho, Constituição e Cidadania (UnB/CNPq). Advogada.

[3] Procurador regional do Trabalho em Minas Gerais. Mestre em Direito Constitucional pela PUC-Rio e doutorando em Direito pela Universidade de Brasília (UnB). Membro pesquisador do Grupo de Pesquisa Trabalho, Constituição e Cidadania (UnB/CNPq).

[4] MUÑOZ, 2020.

[5] Estima-se que a Emenda Constitucional (EC) nº 95, de 2016, que congelou os gastos da União com despesas primárias por 20 anos, possa ter retirado do sistema de saúde brasileiro investimento público de até R$ 1 trilhão, conforme estudos do IPEA invocados na Ação Direta de Inconstitucionalidade 5658/DF, proposta pelo Partido Democrático Trabalhista (PDT) em face da referida emenda. : BRASIL. Supremo Tribunal Federal, *ADI 5658/DF*, Rel. Min. Rosa Weber. Disponível em http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5132872. Acesso em 07/06/2020..

[6] Essa taxa iria alcançar os 13,8% em julho de 2020. (BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE. *Indicadores de desemprego*. Disponível em < https://www.ibge.gov.br/indicadores#desemprego>. Acesso em 03/11/2020).

taxa de informalidade de 40,6%[7] e um aparelho governamental comprometido basicamente com as pautas do mercado, avesso às demandas sociais e sedento por ainda mais desregulação do trabalho.

No campo do Direito do Trabalho, a legislação de emergência adotada pelo governo brasileiro para enfrentamento da pandemia foi inaugurada com a **Medida Provisória nº 927, de 22 de março de 2020**, que tratou apenas do trabalhador empregado, impondo exclusivamente a ele os ônus do isolamento social e oferecendo uma série de concessões ao empregador, à custa de intensa flexibilização de direitos trabalhistas.

Diversos pontos da Medida Provisória tiveram sua constitucionalidade questionada perante o Supremo Tribunal Federal (STF), por meio das ADIs 6342/DF, 6344/DF, 6346/DF, 6352/DF, 6354/DF e 6375/DF. O relator, ministro Marco Aurélio, de plano referendou a constitucionalidade de todos os dispositivos impugnados, considerando plenamente justificadas as flexibilizações, em face da excepcionalidade da situação decorrente da pandemia.[8]

Submetida a matéria ao Pleno, o Tribunal referendou a medida liminar, à exceção apenas do art. 29 da MP nº 927, que excluía a Covid-19 como doença ocupacional, e do art. 31, que limitava o exercício da fiscalização trabalhista.[9]

Em junho de 2020, o texto da MP nº 927 foi aprovado pela Câmara dos Deputados (Projeto de Lei de Conversão – PLC nº 18/2020), mas, encaminhado à apreciação do Senado Federal, a medida não foi votada no prazo do § 3º do art. 62 da Constituição, por falta de acordo com o

[7] BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE. *Indicadores de desemprego*. Disponível em < https://www.ibge.gov.br/indicadores#desemprego>. Acesso em 07/06/2020.

[8] BRASIL, 2020b.

[9] BRASIL, 2020a.

governo, perdendo eficácia em 19/07/2020, o que ensejou a perda de objeto das respectivas ADIs em curso no STF.

A segunda legislação pandêmica tipicamente trabalhista adveio com a **Medida Provisória nº 936, de 1º de abril de 2020**. Editada dez dias após a MP nº 927, essa legislação veio em resposta à intensa demanda social por uma política estatal de proteção ao emprego e à renda, para permitir o distanciamento social no período da pandemia.

Voltada a atender a típica relação de emprego, a MP nº 936/2020 instituiu o "programa emergencial de manutenção de emprego e renda", que consiste basicamente no pagamento de um seguro social ao empregado, denominado de "benefício emergencial", no período de suspensão do contrato de trabalho, autorizada por até 60 dias (art. 8º), ou de redução proporcional de jornada e salário (em 25%, 50% ou 70%), por até 90 dias (art. 7º).

O programa de seguro social instituído pela MP nº 936, integralmente substitutivo do salário na hipótese de suspensão contratual e parcialmente substitutivo na hipótese de redução proporcional de jornada e salário, implica séria redução na renda do trabalhador, uma vez que o benefício pago pela União não tem vinculação com o salário contratual, tendo por base de cálculo o valor mensal do seguro-desemprego a que empregado teria direito em caso de dispensa sem justa causa. Ao se inserir no programa, a depender do valor de seu salário, o empregado pode sofrer redução de sua renda mensal em até 85% na hipótese de suspensão contratual e em até 59% em caso de redução proporcional de jornada e salário.[10]

[10] Pesquisa de campo sobre as condições de trabalho dos comunicadores no período da pandemia de Covid-19 revela a precarização de suas condições de trabalho, com alta incidência de redução salarial. FIGARO; BARROS; SILVA; CAMARGO; SILVA; MOLIANI; OLIVEIRA, 2020.

Ainda assim, a MP nº 936 manteve lógica idêntica à da MP nº 927, ao permitir a redução de salário por negociação individual, tanto na hipótese de suspensão contratual, quanto na hipótese de redução proporcional de jornada e salário.

O texto original da Medida Provisória permitiu o acordo individual na pactuação de redução de jornada e salário em percentual de até 25%, e em todas as demais hipóteses de suspensão contratual e de redução de jornada e salário para empregados: **a)** com remuneração igual ou inferior a 3 salários mínimos (art. 12, I); e **b)** portadores de diploma de nível superior e com remuneração igual ou superior a duas vezes o teto dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social – RGPS (art. 12, II).

Portanto, o diploma normativo somente exigiu a negociação coletiva para empregados com remuneração intermediária entre as hipóteses acima descritas, população que corresponde à menor parcela da força de trabalho empregada no país.

Instado a pronunciar-se sobre a MP nº 936, por meio da **ADI 6363/DF**, em que se suscitou a inconstitucionalidade do acordo individual para suspender contrato e reduzir salário, o Plenário do STF, apreciando medida cautelar, manteve a eficácia dos dispositivos impugnados, num processo interpretativo flexibilizatório do direito fundamental à irredutibilidade salarial, que, pela primeira vez na história pós-Constituição de 1988, foi relegado à esfera da vontade individual, ao largo da negociação coletiva, com as graves repercussões que serão detidamente apreciadas nos próximos tópicos.

Com o aval do STF, o texto da MP nº 936 foi aprovado pelo Congresso Nacional e convertido na **Lei nº 14.020, de 6 de julho de 2020,** que mantém estrutura idêntica à da Medida Provisória quanto ao regime de suspensão contratual e de redução de jornada e salário, com uma pequena restrição adicional ao uso da negociação individual: nas empresas de

médio e grande porte (aquelas com receita bruta anual superior a R$ 4.800.000,00, em 2019), a faixa salarial para incidência do acordo individual foi reduzida de três para dois salários mínimos (art. 12, I).

No mais, os elementos normativos centrais da MP nº 936 foram mantidos, com ampla dispensa de negociação coletiva para os acordos de suspensão contratual e redução salarial, inclusive com autorização ao Poder Executivo para prorrogar os prazos máximos de vigência das medidas.

Enfim, por meio dos Decretos nº 10.422, de 14/07/2020, 10.470, de 24/08/2020 e 10.517, de 13/10/2020, o governo federal prorrogou sucessivamente o prazo máximo para redução de jornada e salário e para acordos de suspensão contratual, de modo a completar o total de duzentos e quarenta dias (oito meses), limitados à duração do estado de calamidade pública a que se refere o art. 1º da Lei nº 14.020, de 2020.

2. O perigoso regime de exceção aos direitos fundamentais trabalhistas em matéria de negociação coletiva

Por meio da ADI 6363/DF, foram impugnados no STF os dispositivos que autorizaram o uso de acordo individual para dispor sobre as medidas de redução de salário e suspensão de contrato de trabalho[11], por violação aos arts. 7º, VI, XIII e XXVI, e 8º, III e VI, da Constituição.

Inicialmente, o relator, ministro Ricardo Lewandowsk, concedeu parcialmente a medida cautelar pleiteada, conferindo interpretação conforme à Constituição ao § 4º do art. 11 da MP nº 936/2020, de modo a esclarecer que os acordos individuais de redução de jornada ou de suspensão contratual deveriam ser comunicados pelos empregadores ao respectivo sindicato laboral, no prazo de até 10 dias, "para que, querendo,

[11] Arts. 1º, 7º, II, 8º, § 1º e § 3º, II, 9º, § 1º, I, 11, § 4º, e 12, *caput* e parágrafo único.

deflagre a negociação coletiva, importando sua anuência com o acordado entre as partes"[12].

Para alcançar essa conclusão, o relator reputou violados os dispositivos constitucionais que exigem negociação coletiva para implementação de medidas que impliquem redução salarial – arts. 7º, VI, XII e XVI, e 8º, III e VI, da Constituição –, considerando o caráter alimentar e a essencialidade do salário e a natureza amplamente compositiva do acordo coletivo, tomado pela Constituição "como forma de administrar crises, viabilizando a própria garantia de emprego".[13] É o que se extrai do seguinte trecho do julgado:

> (...) Pois bem. Tudo indica que a celebração de **acordos individuais** "de redução da jornada de trabalho e redução de salário ou de suspensão temporária de trabalho", cogitados na Medida Provisória em comento, sem a participação dos sindicatos de trabalhadores na negociação, parece ir de encontro ao disposto nos arts. 7, VI, XII e XVI, e 8, III e VI, da Constituição
>
> É que "[o] acolhimento expresso pelo constituinte do princípio da irredutibilidade salarial reafirma o **caráter alimentar e a essencialidade do salário** no âmbito da relação jurídica de emprego", ressalvada a sua flexibilização, prevista no próprio regramento constitucional, "mediante negociação coletiva".
>
> Segue-se, portanto, que **os acordos coletivos**, "[quando] dispuserem sobre redução salarial, **inclusive como forma de administrar crises, viabilizado a própria garantia de emprego,** serão perfeitamente admitidos pela ordem constitucional". A *contrario sensu*, não se permite a exclusão das entidades sindicais dos acordos que reduzam salários pela legislação ordinária.
>
> (...)
>
> Por isso, cumpre dar um mínimo de efetividade à comunicação a ser feita ao sindicato laboral na negociação. E a melhor forma de fazê-lo, a meu sentir, consiste em interpretar o texto da Medida Provisória, aqui contestada, no

[12] BRASIL, 2020c, p. 17.

[13] BRASIL, 2020c, p. 13, 14.

> sentido de que os "acordos individuais" somente se convalidarão, ou seja, apenas surtirão efeitos jurídicos plenos, após a manifestação dos sindicatos dos empregados.[14]

Entretanto, no julgamento plenário da medida cautelar, ocorrido em 17/04/2020, a maioria dos ministros da Corte afastou essa decisão monocrática do relator, seguindo o voto divergente apresentado pelo ministro Alexandre de Moraes, que admitiu o acordo individual independentemente de participação sindical.[15]

Conforme se depreende da fala do ministro Alexandre de Moraes na apresentação de seu voto condutor (o acórdão não estava disponibilizado até o fechamento do presente artigo), a excepcionalidade da situação de crise decorrente da pandemia e a necessidade de adoção de medidas emergenciais para preservação de postos de trabalho, sob pena de aprofundamento da crise econômica em escala insuportável, justificaria a adoção excepcional e temporária dos acordos individuais de redução proporcional de jornada e salário, sem a necessidade de anuência sindical.

Na visão dos julgadores, a submissão desses acordos a *referendum* dos sindicatos ensejaria insegurança jurídica e violação da boa-fé contratual, em face da necessidade de imediata execução do programa emergencial. Iniciada a execução do programa, caso fosse negada a convalidação dos acordos pelos sindicatos, haveria necessidade de posterior devolução do benefício emergencial recebido pelos empregados e de complementação salarial, pelos empregadores.

Ademais, segundo o julgado, a possibilidade de recusa sindical aos acordos individuais reduziria drasticamente a adesão dos empregadores

---

[14] *Idem* (grifos no original).

[15] Trecho extraído da fala do ministro Alexandre de Moraes na apresentação do voto condutor da decisão cautelar na ADI 6363/DF, em julgamento telepresencial ocorrido em 19/04/2020. Vídeo disponibilizado em 18/04/2020 no Canal do STF no Youtube. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=ONpu8U3zM_4 , acessado em 20 fev 2021.

ao programa emergencial, cuja implementação é de interesse público, para evitar o aprofundamento da crise econômica e do desemprego.

À vista dessas considerações, o julgado concluiu que não há, nessa situação, conflito de interesses a ser solvido por meio da intervenção sindical, razão pela qual o inciso VI do art. 7º da Constituição não deveria ser aplicado isoladamente, mas interpretado teleologicamente com os arts. 1º, III e IV, 3º, II e III, e 6º, *caput*, da Constituição, que consagram o direito social ao trabalho como fator de preservação da dignidade humana e dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, e os objetivos de garantir o desenvolvimento nacional e erradicar a pobreza e a marginalização[16].

É o que se depreende dos seguintes trechos transcritos da fala do ministro Alexandre de Moraes, na apresentação do seu voto condutor:

> (...) Essa análise deve ter como vetor de interpretação, além do art. 7º, inciso VI, da Constituição Federal, especialmente, a exposição de motivos da medida provisória assim o demonstra, especialmente os incisos III e IV do art. 1º do texto constitucional, que consagram como fundamentos da República a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, mas também, como vetores de interpretação, os incisos II e III do art. 3º do texto constitucional, que proclama como objetivos fundamentais da república, principalmente em tempos dessa crise enorme causada por essa pandemia, garantir o desenvolvimento nacional, erradicação da pobreza e marginalização e redução das desigualdades sociais.
>
> (...) **A previsão desse acordo de redução proporcional da jornada de trabalho e salário dos empregados é excepcional, é temporária, pois só pode ser aplicado nesse período, durante o estado de calamidade pública** e, repito, a racio da norma é a manutenção do trabalho, é uma opção ao desemprego, é a valorização da manutenção desse direito social trabalho e, consequentemente, com a complementação do Poder Público, se não chega a 100%, mantém uma renda mínima aos trabalhadores durante esse período e

[16] DELGADO; DELGADO, 2018, p. 41.

mantém a possibilidade de continuarem ocupando licitamente o seu trabalho, mantendo a dignidade, aquisição de renda para si e para sua família (...). É um período de acomodação e um período de manutenção também das próprias empresas, do empreendedor, para que ele possa continuar mantendo os empregos. **Nesse momento, com essa crise aguda que nós tempos, a saúde pública, com essas fortíssimas repercussões sociais e econômicas, me parece absolutamente constitucional e razoável a possibilidade de acordo individual, escrito, entre empregador e empregado** (...).

(...) Essa medida provisória, que permite ao empregado uma opção e garante uma parceria entre o empregador, pagando proporcionalmente, e o Poder Público injetando 51,2 bilhões da economia, essa parceria pretende atenuar os efeitos dessa segunda onda. **Essa medida provisória, a meu ver, não tem como objetivo, prever uma hipótese específica de redução salarial, onde incidiria de forma única e específica o art. 7º, inciso VII [quis dizer VI], da Constituição. Não. O objetivo não foi prever hipóteses de redução salarial. O objetivo foi estabelecer mecanismos de preservação do emprego e da renda do trabalhador. (...) Não se pretende aqui, nos termos do art. 7º, inciso VI, não se pretende reduzir permanentemente, a partir de um conflito entre empregado e empregador, os salários**. E essa é a racio da norma prevista no art. 7º, inciso VI. Quando o art. 7º, inciso VI, diz que a redutibilidade salarial só é possível com acordo ou convenção coletiva, prevê a normalidade, a regra, onde há divergência entre os interesses do empregado e dos empregadores (...).

(...) Sem o auxílio do governo e **sem essa convergência de interesses entre empregado e empregador**, as empresas não sobreviverão a esse período de pandemia (...). Há cálculos mais pessimistas, mais otimistas, mas, na média, que se não houver um auxílio governamental (...) e não houver um pacto entre empregados e empregadores, poderemos terminar essa pandemia, os próximos dois, três meses, entre 25 e 30milhões de desempregados. Ou seja, é algo inadmissível e gerará um conflito social gigantesco. Então, aqui, insisto, **afasto a incidência estrita do art. 7, inciso VI, porque não há conflito coletivo, não se pretende tão somente reduzir salário** (...).

(...) Se o sindicato tiver essa possibilidade de (...) dizer não concordo, os acordos não são válidos, o empregador terá que complementar os salários e o empregado terá que devolver o benefício que ele recebeu um, dois, três meses

> do Estado. Veja, qual a segurança jurídica que o empregador terá para fazer esses acordos, podendo daqui quinze, vinte, trinta dias, um mês, dois meses, ou até no final dos três meses, podendo ter que complementar? E complementará como, se as horas trabalhadas não foram as horas integrais? A boa-fé dos participantes estará combalida, a segurança jurídica estará prejudicada. Me parece, então, que não, que a medida provisória não trouxe como condição resolutiva a participação dos sindicatos (...).
> (...) **A exigência de que só se torne um ato jurídico perfeito com a concordância do sindicato ou mesmo a possibilidade do sindicato alterar esse acordo feito individualmente, a meu ver, geraria enorme insegurança jurídica e, consequentemente, diminuiria sensivelmente a eficácia dessa medida emergencial, aumentando ou podendo aumentar o desemprego e, não só nesse momento, mas na sequência do fechamento de inúmeras empresas** (...).[17]

A leitura isolada dessa decisão, diante do cenário absolutamente inusitado de uma pandemia com forte perspectiva de recessão econômica, para cumprimento do isolamento social recomendado pela OMS, naturalmente sugere uma postura judicial ponderada, prudente e compreensiva do imenso desafio que o cenário impõe aos poderes da República na implementação de esperadas medidas de proteção à saúde pública com preservação do emprego e do equilíbrio econômico.

O recorrente recurso à noção de proporcionalidade, como vetor hermenêutico de compatibilização de interesses conflitantes para resguardar a unidade da Constituição em período de crise, remonta ao exercício de um meticuloso exame de equilíbrio entre as restrições impostas a direitos fundamentais de caráter social e econômico e a

[17] Transcrição não oficial [grifos acrescidos]. A fala transcrita se encontra no vídeo: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Registro audiovisual da sessão do Tribunal Pleno realizada por videoconferência no dia 17/4/2020, que manteve a eficácia da regra da Medida Provisória (MP) 936/2020 que autoriza a redução da jornada de trabalho e do salário ou a suspensão temporária do contrato de trabalho por meio de acordos individuais em razão da pandemia do novo coronavírus, independentemente da anuência dos sindicatos da categoria. Vídeo disponibilizado em 18/04/2020 no Canal do STF no Youtube. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=ONpu8U3zM_4 , acessado em 20 fev 2021.

correlata necessidade de preservação de bens comuns de relevante interesse público e social, por imperativo constitucional.

Nessa perspectiva, a decisão sugere uma relativização pontual, circunstancial e temporária de garantias constitucionais, vinculada à sua motivação e, por isso, sujeita a interpretação restritiva, condicionada à observância dos motivos determinantes provisórios, inclusive como instrumento de preservação dos próprios direitos afetados. Essa concepção, de certo, é a que confere segurança constitucional à atuação legislativa e governamental restritiva de direitos em período de crise, afiançando a plenitude desses direitos em sua dimensão fundamental, verdadeiro fator de estabilidade do Estado Democrático de Direito.[18]

No entanto, lamentavelmente, essa perspectiva garantista não resiste a um breve exame de coerência no amplo quadro de decisões e posturas que o STF vem adotando na última década, em matéria trabalhista, profundamente redutoras de densidade dos direitos fundamentais sociais inscritos no art. 7º da Constituição, especialmente as últimas decisões proferidas em face de dispositivos da Reforma Trabalhista implementada pela Lei nº 13.467/2017.

Esse exame contextual revela o perigo de uma interpretação oportunista da legislação pandêmica restritiva de direitos para aprofundamento do processo de desconstitucionalização dos direitos sociais e econômicos inseridos no Capítulo II – Dos Direitos Sociais – da Constituição de 1988, movimento que o STF tem levado a efeito numa atuação alinhada com o ideário neoliberal, conforme será visto adiante.

Desde a década passada (anos 2000), o STF, em renovadas composições, se lançou num movimento de progressiva atração, em

[18] Para J.J. Gomes Canotilho, embora o **princípio de proibição do retrocesso social** nada possa fazer contra as recessões e crises econômicas, ele limita a reversibilidade de direitos adquiridos e do **núcleo essencial** dos direitos sociais (CANOTILHO, 2006, p. 335).

recursos extraordinários, de matérias trabalhistas que até então eram reputadas infraconstitucionais por sua jurisprudência de admissibilidade recursal. No julgamento desses recursos, a Corte passou a tensionar progressivamente a jurisprudência consolidada do Tribunal Superior do Trabalho (TST), em direção a uma flexibilização contínua de direitos, abrindo flanco ao crescimento das demandas empresariais em ações de controle concentrado de constitucionalidade, para obtenção de interpretações redutoras de garantias trabalhistas.

No plano recursal, alguns exemplos desse movimento se encontram nas decisões proferidas no Recurso Extraordinário (RE) 590.415/SC, de 2007 – Tese nº 152 de repercussão geral, que reconhece a quitação ampla do contrato de trabalho em plano de demissão voluntária por meio de norma coletiva, em derrogação ao art. 477, § 2º, da CLT[19]; no RE 565.714/SP, de 2007 – Tese nº 25 de repercussão geral, que trata da base de cálculo do adicional de insalubridade; no RE 958.252/MG, de 2012, que reconhece a constitucionalidade da terceirização em todas as atividades empresariais, afastando a jurisprudência trintenária do TST (Súmula 331); no ARE 709.212/DF, de 2012 – Tese nº 608 de repercussão geral, que afasta a prescrição trintenária e fixa a tese da prescrição quinquenal do FGTS; no RE 693.456/RJ, de 2012, que determina descontos salariais de dias de greve para os servidores públicos; no ARE 791.932/DF, de 2014 – Tese nº 739 de repercussão geral, que autoriza a ampla terceirização de atividade-fim nas empresas concessionárias de serviço público; e no RE 859.759/PE, de 2015, que reconhece a legalidade da supressão do pagamento de horas *in itinere* por meio de negociação coletiva.

[19] § 2º - 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.

No âmbito do controle concentrado de constitucionalidade, destacam-se decisões que descontruíram fortes pilares da jurisprudência do TST, na última década, a exemplo daquelas proferidas na ADI 3.395/DF, que restringiu a competência da Justiça do Trabalho para julgar demandas de servidores estatutários e, no seu bojo, para apreciar vínculo de emprego nulo subjacente a contratações temporárias irregulares no âmbito da administração pública; na ADI 1.923/DF, em que se reputou constitucional a contratação de atividades tipicamente públicas por meio de organizações sociais; na Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) 16/DF, que suprimiu a responsabilidade subsidiária automática do Poder Público por inadimplemento de empresas terceirizadas; na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 323/DF, que invalidou a Súmula 277 do TST, afastando a ultratividade das normas coletivas; na ADPF 324/DF, em que se reconheceu a constitucionalidade da terceirização irrestrita de atividades, retroativamente, entre outras.

A partir de 2016, no bojo da discussão legislativa em torno do projeto de reforma trabalhista neoliberal capitaneada pelo novo governo, essa jurisprudência que se consolidava no âmbito do STF conferiu forte subsídio à narrativa de flexibilização de direitos como veículo de geração de emprego, conforme se constata do parecer lançado pelo então senador Ricardo Ferraço, relator no Senado Federal do Projeto de Lei da Câmara (PLC) nº 38/2017, que deu origem à Lei nº 13.467/2017.[20]

Com a edição da Lei nº. 13.467/2017, o STF alçou-se a protagonismo inédito em matéria trabalhista, recebendo mais de 50 (cinquenta) ações de controle concentrado de constitucionalidade em face de dispositivos da

[20] Nesse parecer, que foi ao final acolhido, o senador Ricardo Ferraço invocou a decisão do Supremo Tribunal Federal no RE 590.415/SC (relator ministro Roberto Barroso) e no RE 859.759/PE (relator ministro Teori Zavaski), em defesa da norma de prevalência do negociado sobre o legislado e das normas que limitaram a atuação sindical; invocou a decisão do STF na ADPF 323/DF (relator ministro Gilmar Mende)s, em defesa da norma que afastou a ultratividade da norma coletiva. (BRASIL, 2017).

reforma e legislação correlata (MP 873/2019), em pelo menos quinze temas fulcrais para o ordenamento jurídico trabalhista.[21]

Dessas ações, até o presente momento, a Corte já referendou a reforma flexibilizadora em dois temas centrais do projeto neoliberal que encontravam resistência na jurisprudência trabalhista: na ADI 5794/DF, em que o STF declarou a constitucionalidade da extinção da contribuição sindical obrigatória, e nas ADI 5685/DF e 5695/DF, em que o tribunal reconheceu a constitucionalidade da terceirização sem limite, em todas as atividades empresariais, seguindo o precedente firmado no julgamento do RE 958.252/MG e da ADPF 324/DF. Na ADC 58, a pedido do setor financeiro, o relator determinou a suspensão de todos os processos trabalhistas que versem sobre o índice de correção monetária aplicável ao crédito trabalhista, até julgamento final da ação. Somente no julgado da ADI 5938/DF a Corte acolheu a inconstitucionalidade de um dispositivo da reforma, no caso o que autorizava o trabalho de gestantes e lactantes em ambiente insalubre, matéria de extrema relevância social, mas de pouco impacto na estrutura da regulação do trabalho no país.

Passados mais de três anos da publicação da Lei nº 13.467/2017, todas as demais ações que impugnam dispositivos flexibilizadores de direitos, inclusive aquela que diz respeito ao acesso à Justiça do Trabalho, continuam sem previsão de julgamento, em verdadeiro processo de consumação do fato normativo questionado.

---

[21] Em face da Reforma Trabalhista e legislação correlata foram ajuizadas as **Ações Diretas de Inconstitucionalidade** 5735, 5766, 5794, 5806, 5810, 5811, 5813, 5815,5826, 5829, 5850, 5859, 5865, 5867, 5870, 5885, 5887, 5888, 5892, 5900, 5912, 5913, 5923, 5938, 5945,5950, 5994, 6002, 6021, 6050, 6069, 6082, 6092, 6093, 6098, 6099, 6101, 6104, 6105, 6107, 6108, 6114, 6115, 6142, 6154, 6188 e as **Ações Declaratórias de Constitucionalidade** 55, 58, 59, 62. Essas ações versam sobre terceirização, assistência judiciária gratuita, contribuição sindical, trabalho intermitente, representação de trabalhadores na empresa, correção monetária de depósito recursal, tarifação de indenização por dano moral, trabalho de gestante e lactante em ambiente insalubre, jornada de trabalho, índice de correção monetária de crédito trabalhista, indicação do valor do pedido nas reclamações trabalhistas, procedimento para aprovação de súmulas trabalhistas, negociação coletiva em dispensa coletiva, dentre outros temas. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Pesquisa de Jurisprudência.** Disponível em: http://portal.stf.jus.br/. Acesso em: 14 ago. 2020.

No período posterior à Reforma Trabalhista, o STF ainda julgou contrariamente aos interesses laborais a ADI 3392/DF, em que reconheceu a constitucionalidade da exigência de comum acordo entre as partes para ajuizamento de dissídio coletivo, e a ADC 48/DF, em que se reconheceu a natureza comercial do vínculo mantido com o transportador autônomo, afastando de forma pressuposta o vínculo de emprego diante de simples observância de formalidades da Lei nº 11.442/2007.

Esse quadro de flexibilização jurisprudencial do Direito do Trabalho se acirra ainda mais à leitura de inúmeras decisões monocráticas proferidas por ministros do STF em reclamações constitucionais voltadas a garantir a autoridade de suas decisões, em que as interpretações tensionam anda mais, em alto grau, a jurisprudência do TST.

Nesse quadro, o exame contextual das decisões emitidas pela Corte Constitucional acerca da legislação pandêmica, ao invés da esperada postura garantista, revela perigoso indício de aprofundamento de um **regime de exceção a direitos fundamentais trabalhistas**, a pretexto da crise, especialmente em matéria de Direito Coletivo do Trabalho, como método de consumação do fato normativo antissocial, o "novo normal" de um Direito do Trabalho destituído de alicerce constitucional, posto à inteira disposição dos governos e das maiorias legislativas temporais.[22]

Cristiano Paixão e Ricardo Lourenço Filho identificam nas decisões do STF acerca da legislação pandêmica, e em especial na decisão cautelar da ADI 6363/DF, que autorizou a suspensão contratual e a redução de jornada e salário mediante acordo individual, mais uma etapa de um movimento judicial ativista de desconstitucionalização dos direitos sociais trabalhistas:

[22] A ideia do Direito do Trabalho de exceção como elemento característico da "sociedade da austeridade" é tema desenvolvido com profundidade em ensaio sociológico do autor português António Casimiro Ferreira. (2012).

> (...) o STF, no campo do direito do trabalho, vem praticando um ativismo judicial da destruição, que ataca diretamente um dos núcleos da Constituição – os direitos sociais. Com decisões dotadas de efeito vinculante e eficácia para todos, o tribunal tem sido um agente da desconstitucionalização.[23]

Esse processo de desconstitucionalização, que, para os autores, vem desde decisões que restringiram a greve no serviço público, liberaram a terceirização sem limites e legitimaram a extinção da contribuição sindical obrigatória, tem como resultado a formação de um Direito do Trabalho de exceção: "Institui-se, no mundo do trabalho, um espaço de não aplicação da Constituição".[24]

Aliás, para Cristiano Paixão, a própria legislação pandêmica, com as violações constitucionais apontadas, já consiste, por si só, em manifestação do que denomina de "oportunismo desconstituinte", uma postura governamental muito mais ampla, que, a partir de 2016, socorreu-se das crises política, econômica, institucional e, agora, da crise sanitária, para provocar rupturas com as estruturas constitucionais e democráticas, entre as quais os direitos sociais, incluindo os direitos dos trabalhadores.[25]

Atentando para a gravidade da afronta constitucional promovida pela MP nº 936/2020, "ao permitir um contrato individual de trabalho para reduzir jornada de trabalho e salário", quando a Constituição exige expressamente para isso a negociação coletiva[26], Cristiano Paixão adverte para o perigo do uso dessa legislação como "janela de oportunidade" para "impor em tempos de emergência, mudanças permanentes nas relações

[23] PAIXÃO; LOURENÇO FILHO, 2020.

[24] *Idem*.

[25] PAIXÃO, 2020A.

[26] BRASIL, 1988. Art. 7º, VI.

de trabalho", reduzindo ainda mais a função pública do Estado e dos direitos sociais, cuja importância e centralidade a própria crise revela.[27]

Nesse sentido, sobreleva-se a importância do acompanhamento permanente e atento da jurisprudência trabalhista em matéria de legislação pandêmica, pela comunidade de intérpretes da Constituição, em especial da questão relativa aos acordos individuais para suspensão contratual e redução de jornada e salário, de modo a identificar e denunciar eventuais tentativas de naturalização da regra excetiva para além do tempo e das circunstâncias da pandemia, por analogia a situações de crise econômica.

3. O perigo de esvaziamento dos direitos fundamentais à irredutibilidade salarial e à negociação coletiva: de olhos atentos à transição narrativa flexibilizatória

Com a caducidade da MP nº 927/2020, que produziu efeitos até 19/07/2020, restou em vigor a Lei nº 14.020/2020, originária da MP nº 936/2020, e que deixa como legado ultraflexibilizatório da legislação pandêmica do trabalho a primeira autorização legislativa pós-Constituição de 1988 para redução de salário por meio de pacto individual.

Embora no julgado cautelar da ADI 6363/DF o ministro relator, Alexandre de Moraes, ressalte a natureza absolutamente excepcional do programa emergencial da MP 936 como medida temporária e urgente de garantia de postos de trabalho no período da pandemia, por meio de redução de jornada e salário, e com participação financeira do Estado, para justificar a alegada incompatibilidade com a negociação coletiva, esse tipo de programa governamental não constitui novidade no ordenamento jurídico brasileiro.

[27] PAIXÃO, 2020A.

Antes da Constituição de 1988 houve legislação que autorizou redução salarial sem participação sindical em situações de crise financeira. O art. 503 da CLT autorizou a redução do salário dos empregados em até 25%, por ato do empregador, em caso de força maior ou **prejuízos devidamente comprovados**. Por sua vez, a Lei nº 4.923/1965 autorizou a redução salarial **em razão de conjuntura econômica adversa**, mediante negociação coletiva, mas permitindo ao empregador ajuizar ação para obter autorização judicial, caso o sindicato se recusasse à negociação.

Após a Constituição de 1988, que em seu art. 7º, VI, garantiu a "irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo", aquela legislação anterior foi revogada e a legislação posterior, até a chegada da pandemia de Covid-19, ao instituir programas de manutenção do emprego em períodos de crise econômica, observou a necessidade de prévia negociação coletiva.

A MP nº 2.164-41/2001, que incluiu na CLT o art. 476-A, como medida de incentivo à **manutenção do emprego em período de crise financeira**, instituiu a possibilidade de suspensão contratual por período de dois a cinco meses, **mediante negociação coletiva**, para participação do empregado em curso ou programa de qualificação profissional oferecido pelo empregador, mediante recebimento pelo empregado de uma bolsa-qualificação profissional custeada pelo Fundo de Amparo ao Trabalhador, no valor correspondente ao seguro-desemprego, na forma dos arts. 2º-A e 3º-A da Lei nº 7.998/1990.

Com idêntico propósito, a MP nº 680/2015, convertida na Lei nº 13.189, de 19/11/2015, instituiu um programa de proteção ao emprego para empresas em **dificuldade econômico-financeira**, com vigência até 31/12/2017, por meio do qual a empresa ficava autorizada a promover redução proporcional de jornada e salário, em até 30%, por prazo de até 24 meses, **mediante negociação coletiva específica** (art. 3º, I, e art. 5º),

respeitado o limite remuneratório de um salário-mínimo (art. 4º, § 2º). Os empregados atingidos pela medida faziam jus a uma compensação parcial da perda salarial, a cargo do Fundo de Amparo ao Trabalhador, correspondente a 50% da perda salarial e limitada a 65% do valor do seguro-desemprego, no período respectivo.

Como se observa, a legislação nacional já disponibilizou programas de proteção ao emprego para empresas em situação de crise financeira, idênticos àqueles adotados pela MP nº 936, mediante suspensão contratual e/ou redução proporcional de jornada e salário, com aporte de recursos públicos. A única novidade da legislação pandêmica, nesse aspecto, além da dimensão do programa e do curto calendário de adesão, por força da pandemia, é a **dispensa da negociação coletiva**, rompendo o legislador ordinário, pela primeira vez no cenário pós-Constituição de 1988, com a garantia fundamental da irredutibilidade salarial no plano das relações individuais de trabalho.

Essa ruptura legislativa com aval do STF exerce, pois, forte caráter simbólico, menos em razão do programa emergencial vinculado à pandemia, propriamente, mas pelos elementos de narrativa postos. Aqui, a decisão do STF desloca o fator de flexibilização, da negociação coletiva para o pacto individual, subvertendo a lógica de prevalência das fontes do Direito do Trabalho, fundada no princípio da proteção, e esvaziando a proteção constitucional conferida à negociação coletiva em matéria de irredutibilidade salarial.

O discurso de prevalência do negociado sobre o legislado, próprio do período de discussão da Reforma Trabalhista de 2017, que apontava a autonomia privada coletiva como nobre instrumento de afirmação democrática, em superação à legislação heterônoma do modelo

corporativo-autoritário anterior à Constituição de 1988[28], dá lugar, no cenário pandêmico, ao discurso de prevalência da autonomia individual do trabalhador.

Conforme dito acima, o parecer lançado no PLC nº 38/2017, que deu origem à Reforma Trabalhista (Lei nº 13.467/2017), para defender os dispositivos que instituiriam a prevalência das normas coletivas flexíveis sobre as rígidas normas estatais (arts. 611-A e 611-B da CLT), buscou subsídios em fundamentos adotados pelo STF nos julgados do RE 590.415/SC (relator ministro Roberto Barroso) e da ADPF 323/DF (relator ministro Gilmar Mendes), conforme se depreende da seguinte passagem do aludido parecer, que proclama o caráter democrático e essencial da negociação coletiva:

> (...) Diz o Ministro Luís Roberto Barroso:
> Assim, **se a rigorosa limitação da autonomia da vontade é a tônica no direito individual do trabalho e na legislação infraconstitucional anterior à Constituição de 1988, o mesmo não ocorre no que respeita ao direito coletivo do trabalho ou às normas constitucionais atualmente em vigor**.
> (...)
> (...)
> Nesse sentido, é oportuno salientar que **o entendimento do PLC n. 38, de 2017, para a questão das negociações coletiva coaduna com aquele do Supremo Tribunal Federa**l. Afirma o Ministro Gilmar Mendes, em seu voto em medida cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 323:
> É preciso destacar, desde pronto, que **a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tende a valorizar a autonomia coletiva da vontade e da autocomposição dos conflitos trabalhistas, nos termos do art. 7º, XXVI, da Constituição Federal**.[29]

[28] Conforme parecer do então senador Ricardo Ferraço, com referências ao julgado do Supremo Tribunal Federal no RE 590.415/SC. (BRASIL, 2017)

[29] BRASIL, 2017 p. 5, 6 [grifos nossos].

Observe-se que, nesse primeiro plano da argumentação flexibilizatória, o discurso neoliberal enaltece a natureza segura e protetiva da negociação coletiva, como manifestação de uma autonomia coletiva amadurecida e democrática, capaz de equilibrar a relação de poder entre o trabalhador coletivo e o empregador, detentor do aparato econômico. Aqui, a atuação sindical dos trabalhadores comparece com a elevada função de superar a "rigorosa limitação da autonomia da vontade [que] é a tônica no direito individual do trabalho"[30], protegendo o trabalhador individualmente considerado contra a aniquilação de sua autonomia de vontade, em face da pressão econômica.

De fato, esse pressuposto de hipossuficiência somente foi afastado pela Reforma Trabalhista na específica hipótese inserida no parágrafo único do art. 444 da CLT, que, "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", passou a autorizar a **livre pactuação entre as partes da relação de emprego** sobre temas submetidos, pela regra do art. 611-A da CLT, à flexibilização negocial coletiva.

Mas entre esses temas de livre negociação coletiva listados nos incisos da nova norma celetista, sequer consta previsão de negociação sobre redução salarial, restando, por isso, excluída a matéria do rol daquelas passíveis de livre pactuação, na hipótese acima mencionada. Acerca do tema, o § 3º do art. 611-A da CLT apenas dispõe que, se for pactuada cláusula normativa de redução de salário ou jornada, a norma coletiva deverá prever a proteção dos empregados contra dispensa imotivada durante o prazo de vigência do respectivo instrumento.

[30] BRASIL, 2015.

Observe-se, portanto, que nem na hipótese legal de pressuposta hipersuficiência do trabalhador para flexibilizar por pacto individual direitos previstos em norma heterônoma, inserida pela reforma neoliberal, a redução de salário figura como opção.

Daí que, no discurso de base da legislação pandêmica, mesmo sob fundamento de excepcionalidade, percebe-se um outro (e complementar) movimento de **transição narrativa**, em que a vontade individual do trabalhador figura como único veículo viável, eficaz e, portanto, legítimo de preservação de seus direitos e, em especial, do seu emprego, ao largo do discurso de insegurança jurídica que se atribui à negociação coletiva em cenário de crise.

No julgado cautelar da ADI 6363/DF, essa ideia central, que afasta a aplicação do inciso VI do art. 7º da Constituição, encontra fundamento em três ordens de argumentos práticos: (**a**) a negociação coletiva seria incompatível com a urgência na adoção do programa emergencial de enfrentamento da pandemia, para viabilizar o isolamento social com preservação dos postos de trabalho; (**b**) a contenção da grave crise econômica decorrente da pandemia, como objetivo nacional, afastaria o conflito de interesses entre empregados e empregadores, unindo-os em torno do programa subsidiado com recurso governamental para evitar a catástrofe econômica; e (**c**) ao trabalhador é assegurada a opção de aderir ao programa, vista como única alternativa ao desemprego.

O primeiro argumento, que diz respeito à ausência de tempo hábil para a prática da negociação coletiva, diante da iminência da implementação do grande programa de preservação de emprego, no contexto de pandemia, é o único capaz de sustentar o caráter de absoluta excepcionalidade da interpretação, eis que fundado na necessidade de viabilizar o imediato distanciamento social dos trabalhadores por razão emergencial de saúde pública.

Nessa perspectiva, conforme fundamentos apresentados no voto condutor, fazendo-se urgente o início da implementação do programa, não haveria tempo hábil para finalização de negociações coletivas em torno da suspensão contratual e da redução de jornada/salário. Por conseguinte, iniciada a execução do programa por adesões individuais precárias, sujeitas a *referendum* sindical, conforme propôs o ministro Ricardo Lewandowski, eventual negociação coletiva posterior, com caráter de condição resolutiva, implicaria indesejável insegurança jurídica, com risco de baixa adesão ao programa, o que poderia reduzir a eficácia das medidas voltadas ao isolamento social.

Ainda que não se adira ao argumento consequencialista, ele é o único com aderência específica ao fato da pandemia e à necessidade de imediato isolamento social como mais eficiente meio de prevenção, em ambiente de comoção social gerado pela Covid-19, especialmente nos primeiros momentos de sua comunicação ao público.

Na perspectiva dos autores do presente artigo, a construção intermediária proposta na decisão liminar do ministro relator, Ricardo Lewandowski, era a que compatibilizava com mais precisão os interesses constitucionais envolvidos, em respeito ao direito fundamental dos trabalhadores e com potencial para produzir soluções criativas, por meio do diálogo social. Mas, voltando à preocupação central do artigo sobre o perigo do uso indiscriminado do precedente, há que se reconhecer que esse primeiro fundamento, por sua pertinência específica com o fato da pandemia, é o que menos oferece risco considerável de **contágio argumentativo**.

Os outros dois outros argumentos, das alíneas **b** e **c**, acima apontados, diferentemente, não mantém aderência específica à crise mundial de saúde pública, centrando-se no receio de agravamento da crise econômica dela decorrente. Utilizados isoladamente, tais argumentos justificariam o

afastamento de negociação coletiva em qualquer cenário de crise econômica, decorrente de qualquer outra causa e em qualquer outro contexto.

Tais fundamentos carregam elevado risco de **contágio argumentativo**, com a nefasta naturalização do afastamento da negociação coletiva em situações de crise econômica, o que esvaziaria de forma ordinária e não excepcional o direito fundamental à proteção salarial, correspondendo a verdadeira patologia social de gravíssimas consequências.

Primeiro, analisemos a ideia de que o interesse nacional superior na contenção da grave crise econômica exige a união de empregados e empregadores em torno do programa subsidiado com recurso governamental, como um pacto necessário ao desenvolvimento nacional e à erradicação da pobreza (CF/1988, art. 3º, II e III), o que afastaria de forma pressuposta o conflito de interesses entre capital e trabalho (alínea **b**), dispensando a negociação coletiva.[31]

Essa é uma noção autoritária, que nega a conflituosidade social racionalizada pela Constituição, partindo de uma ultrapassada

[31] Trecho extraído da fala do Ministro Alexandre de Moraes na apresentação do voto condutor da decisão cautelar na ADI 6363/DF, em julgamento telepresencial ocorrido em 19/04/2020: "(...) Aqui não existe conflito, aqui existe a necessidade de uma convergência, a convergência pela sobrevivência, a convergência pela sobrevivência da empresa, do empregador e do empregado, com o auxílio do governo. Sem o auxílio do governo e sem essa convergência de interesses entre empregado e empregador, as empresas não sobreviverão a esse período de pandemia. (...) se não houver um auxílio governamental (...) e não houver um pacto entre empregados e empregadores, poderemos terminar essa pandemia, os próximos dois, três meses, entre 25 e 30 milhões de desempregados. Ou seja, é algo inadmissível e gerará um conflito social gigantesco. Então, aqui, insisto, afasto a incidência estrita do art. 7, inciso VI, porque não há conflito coletivo, não se pretende tão somente reduzir salário". Transcrição não oficial. A fala completa se encontra em: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Registro audiovisual da sessão do Tribunal Pleno realizada por videoconferência no dia 17/4/2020, que manteve a eficácia da regra da Medida Provisória (MP) 936/2020 que autoriza a redução da jornada de trabalho e do salário ou a suspensão temporária do contrato de trabalho por meio de acordos individuais em razão da pandemia do novo coronavírus, independentemente da anuência dos sindicatos da categoria. Vídeo disponibilizado em 18/04/2020 no Canal do STF no Youtube. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=ONpu8U3zM_4 , acessado em 20 fev 2021.

compreensão integracionista de Estado e sociedade, que conduz a reducionismos, fundamentalismos e autoritarismos.[32]

Ao enunciar o princípio de democracia pluralista, em seu art. 1º, V, a Constituição de 1988, segundo José Afonso da Silva, reconhece o pluralismo como uma realidade, "pois a sociedade se compõe de uma pluralidade de categorias sociais, de classes, de grupos sociais, econômicos, culturais e ideológicos". Daí que, para o constitucionalista, "optar por uma *sociedade pluralista* [tal como o faz a Constituição] significa acolher uma sociedade conflitiva, de interesses contraditórios e antinômicos", constituindo papel do poder político construir o equilíbrio entre essas múltiplas tensões.[33]

Nesse sentido, a concepção negacionista do conflito real entre os interesses de empregados (em manter seus empregos com remuneração integral no período de isolamento social) e empregadores (em manter suas atividades sem solução de continuidade) ignora o caráter compromissório da Constituição democrática de 1988, forjando um consenso que, a pretexto do enfrentamento da crise social e econômica, nega o pluralismo e o antagonismo de ideias e interesses subjacentes ao pacto fundador, este sim, resultante de um consenso mínimo possível, plasmado nas normas constitucionais, das quais a norma ordinária não pode se afastar, sob pena de ilegitimidade.

No Estado Democrático de Direito, que compreende a conflituosidade permanente, portanto, qualquer pacto entre interesses contrapostos pressupõe uma construção social dialógica. É o que decorre da lição de J. J. Gomes Canotilho:

---

[32] CANOTILHO, 2006, p. 1224.

[33] SILVA, 2016, p. 145.

> Considerar a constituição como uma ordem ou sistema de ordenação totalmente fechado e harmonizante significaria esquecer, desde logo, que ela é, muitas vezes, o resultado de um *compromisso* entre vários actores sociais, transportadores de ideias, aspirações e interesses substancialmente diferenciados e até antagônicos ou contraditórios. O *consenso fundamental* quanto a princípios e normas positivo-constitucionalmente plasmados não pode apagar, como é óbvio, o pluralismo e antagonismo de ideias subjacentes ao pacto fundador.[34]

Objetar o conflito de classes que subjaz as relações de trabalho na sociedade capitalista, a pretexto de superação de crise econômica, é ideia característica de uma ultrapassada concepção intervencionista e corporativa de Estado, que nega os pressupostos fáticos da economia liberal, restringindo a liberdade sindical e o diálogo social nas relações de trabalho. Essa ideia contradiz, portanto, a própria jurisprudência do STF, ao apregoar a negociação coletiva como o instrumento **democrático** de flexibilização das normas trabalhistas estatais, inclusive nos momentos de crise, com vistas à adequação setorial negociada.

O argumento de superioridade do objetivo nacional em período de crise para justificar o afastamento do exercício do direito fundamental à negociação coletiva em matéria de redução salarial (CF/1988, art. 7º, VI) somente encontraria algum fundamento constitucional nas excepcionalíssimas hipóteses de decretação de estado de defesa ou de estado de sítio, previstas nos arts. 136 e 137 a 139 da Constituição. Nessas hipóteses, em tese, seria possível a suspensão da liberdade de reunião associativa (CF/1988, art. 136, § 1º, I, *a*, e art. 139, IV), com restrição de deliberações coletivas, para o cumprimento dos objetivos autorizados pelo Congresso Nacional[35]. Mas, como bem adverte Cristiano Paixão:

---

[34] CANOTILHO, 2006, p. 1182 [grifos no original].

[35] Conforme parecer emitido pela Ordem dos Advogados do Brasil, de 20 de março de 2020, a pandemia de Covid-19 não justificaria constitucionalmente a decretação de estado de exceção, tendo em vista a existência de meios menos

> Esses mecanismos, contudo, existem para a *defesa* da constituição. Eles permitem decisões ágeis, mas impõem prazos para execução das medidas e não desativam os órgãos de controle político e administrativo. E é importante que seja assim, para que se evitem abusos no uso desses instrumentos. Uma crise, por mais grave que seja, *não é uma carta branca* para alteração permanente da ordem constitucional.[36]

O estado de calamidade pública objeto do Decreto Legislativo nº 6/2020, voltado ao enfrentamento da pandemia de Covid-19 no Brasil, tem por objetivo estrito o alcance de medidas previstas no art. 65 da Lei de Responsabilidade Fiscal – Lei Complementar nº 101/2000, não tendo o condão de condicionar o exercício de qualquer garantia constitucional.[37]

Mesmo o estado de calamidade pública posteriormente disciplinado pela Emenda Constitucional nº 106, de 7 de maio de 2020, que autoriza a decretação de regime de exceção fiscal, financeiro e de contratações para enfrentamento de calamidade pública nacional decorrente de pandemia, não permite a suspensão de garantias fundamentais. Esse novo regime consiste em mera permissão governamental para gastos suplementares, acima dos limites ordinários de responsabilidade fiscal, revisão de teto de gastos, simplificação de compras e contratações, inclusive de pessoal, e uso de meios excepcionais de alocação de recursos públicos no combate aos problemas econômicos e sociais decorrentes de pandemia.

Contraria a arquitetura constitucional democrática de 1988, portanto, o argumento que afasta a negociação coletiva por alegada

---

gravosos para o enfrentamento da crise. ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. Parecer sobre emergência do novo coronavírus (Covid-19) e inconstitucionalidade de eventual tentativa de decretação de estado de sítio. *Conjur*, 20 mar. 2020. Disponível em: https://www.conjur.com.br/dl/estado-sitio-serviria-fragilizar.pdf. Acesso em: 13 ago. 2020.

[36] PAIXÃO, 2020.

[37] Art. 65.Na ocorrência de calamidade pública reconhecida pelo Congresso Nacional, no caso da União, ou pelas Assembléias Legislativas, na hipótese dos Estados e Municípios, enquanto perdurar a situação: I - serão suspensas a contagem dos prazos e as disposições estabelecidas nos arts. 23, 31 e 70; II - serão dispensados o atingimento dos resultados fiscais e a limitação de empenho prevista no art. 9º.

ausência de conflito de interesses entre empregados e empregadores, em período de crise econômica, em face de um alegado interesse público nacional superior aos interesses coletivos afetados.

Por fim, o argumento capitulado na alínea **c**, de que a MP 936 assegurou ao trabalhador a opção de aderir ao programa emergencial, como alternativa ao desemprego[38], é raciocínio que padece de integridade lógica, por falta de razoabilidade.

Segundo admite a interpretação em análise, ao empregado a quem é proposta adesão ao programa não resta alternativa, senão o desemprego. Mas o desemprego não constitui escolha constitucionalmente legítima de subsistência em cenário de pandemia. Portanto, a hipótese contraria logicamente o sentido de **opção**, que, no Dicionário Aurélio, consiste na ação de escolha "entre duas ou várias coisas"[39].

Ao empregado, isoladamente considerado, a quem é proposta adesão ao programa não resta opção, porque em sua posição individual frente ao empregador o trabalhador não goza de autonomia da vontade para negociar solução alternativa à suspensão do seu contrato ou à redução de seu salário, com a renda reduzida paga pelo programa governamental, tendo em vista sua condição de absoluta vulnerabilidade social.

Sem a presença do seu sindicato, esse empregado não tem força para negociar com seu empregador, por exemplo, o pagamento da ajuda

[38] Trecho extraído da fala do ministro Alexandre de Moraes na apresentação do voto condutor da decisão cautelar na ADI 6363/DF, em julgamento telepresencial ocorrido em 19/04/2020: "(...) Então, a ideia da medida provisória foi oferecer uma opção (...) proporcional e garantidora do trabalho. (...) Obviamente, aqui (...) será uma opção do próprio empregado, o trabalhador pode não querer aceitar esta redução proporcional, receber o auxílio emergencial pra esses 3 meses, e ter a garantia da permanência do seu emprego depois, ele pode não aceitar, e aí na demissão receberá o auxílio, o seguro-desemprego, mas é uma opção lícita, razoável, proporcional que se dá ao próprio empregador, perdão, ao próprio empregado (...)". Transcrição não oficial. A fala completa se encontra entre os minutos 4:28 e 34:52 do vídeo disponível no sítio do YouTube: https://www.youtube.com/watch?v=LFwWUDURYMQ. Acesso em: 10 ago. 2020.

[39] DICIONÁRIO ONLINE DE PORTUGUÊS – DICIO. Disponível em: https://www.dicio.com.br/opcao/. Acesso em: 14 ago. 2020.

compensatória mensal de que trata o art. 9º da Lei nº 14.020/2020[40], voltada a compensar a perda remuneratória, e que pode ser paga pelo empregador sem incidência de tributos, FGTS ou qualquer outra contribuição social, desde que a verba esteja prevista em negociação coletiva "ou no acordo individual escrito pactuado" (§ 1º).

Desconectada da realidade, esta última hipótese normativa, de pagamento de ajuda compensatória por negociação individual, soa como ironia legislativa, mas é plenamente viável por meio de negociação coletiva, assim como a construção de outras soluções intermediárias, na medida do porte econômico do empregador, elemento totalmente desconsiderado pela decisão cautelar na ADI 6363/DF.

Conforme reconhece o STF no julgado paradigmático do RE 590.415/SC, em trecho acima transcrito, repita-se, a negociação coletiva constitui instrumento democrático de adequação setorial das normas trabalhistas exatamente por ser capaz de suprir "a rigorosa limitação da autonomia da vontade [que] é a tônica no direito individual do trabalho (...)". Essa limitação se aprofunda nos períodos de crise econômica, na medida em que se acentua a taxa de desemprego, submetendo o trabalhador ao aviltamento de suas condições de trabalho em troca da manutenção do emprego. Portanto, quanto mais acentuado o cenário de crise, maior a importância constitucional e democrática da negociação coletiva.

Levado ao extremo, o argumento da opção pelo desemprego retrocede à naturalização do trabalho precário, servil, escravo, prestado em troca de alimentação, o que deve ser repudiado de plano, por absoluto

[40] **Art. 9º** O Benefício Emergencial de Preservação do Emprego e da Renda poderá ser acumulado com o pagamento, pelo empregador, de ajuda compensatória mensal, em decorrência da redução proporcional de jornada de trabalho e de salário ou da suspensão temporária de contrato de trabalho de que trata esta Lei.

desprezo à dignidade da pessoa humana, centro axiológico de toda regulação constitucional civilizatória do trabalho.

À luz dessas considerações, incumbe à comunidade de intérpretes da Constituição, em permanente vigília pela observância dos princípios e regras que protegem a dimensão humana do trabalho, acompanhar com atenção esse movimento argumentativo de ativismo judicial, que excepcionou a negociação coletiva no enfrentamento da crise pandêmica, sob critério não estritamente jurídico, mas predominantemente político, econômico e ideológico.

Trata-se de um movimento situado no segundo e último plano da argumentação flexibilizatória (lembre-se, o primeiro plano é o da prevalência da norma coletiva sobre a norma heterônoma), que, se levado a uso político indiscriminado em situações de crise econômica, completará o ciclo de transição narrativa entre a proteção heterônoma do salário e a sua total desregulação, ao gosto do mercado.

4. Notas finais. presente e futuro do direito do trabalho. a legislação pandêmica vai passar?

A preocupação central do presente artigo, para além do prejuízo que a legislação pandêmica efetivamente causou aos direitos fundamentais trabalhistas, especialmente à irredutibilidade salarial e à negociação coletiva, diz respeito ao "risco de contágio" que essa legislação e, muito especialmente, a sua intepretação levada a cabo pelo STF, possa causar à natureza fundamental dessas garantias.

A proteção aos direitos fundamentais ao salário e à jornada constitui tema central das lutas sociais e sindicais que conduziram à institucionalização e à consolidação do Direito do Trabalho, por força de sua estreita relação com o montante de transferência da força de trabalho que se opera na relação empregatícia.

Exatamente devido a essa centralidade, a Constituição democrática de 1988 exige negociação coletiva para flexibilização dos elementos salário e jornada, a teor dos incisos VI, XIII e XIV de seu art. 7º, que tratam, respectivamente, da irredutibilidade salarial, do elastecimento de jornada mediante regime compensatório de horários, além da jornada em turnos ininterruptos de revezamento.

A negociação coletiva, para além de um direito social reconhecido nos arts. 7º, XXVI, e 8º, VI[41], da Constituição, é uma garantia-liberdade assegurada à organização coletiva dos trabalhadores para a conquista de direitos, melhoria de sua condição social de trabalho mas, acima de tudo, para a defesa dos interesses do trabalhador nos momentos de crise e de pressão econômica por aviltamento de suas condições de vida.

A liberdade sindical é garantida por diversas normas internacionais, a exemplo da Declaração da Filadélfia (Constituição da OIT), da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, além das Convenções 87, 98 e 154 da OIT, que tratam respectivamente de liberdade sindical em face do Estado (Convenção 87), de liberdade sindical em face do empregador (Convenção 98) e de fomento à negociação coletiva com liberdade sindical (Convenção 154). Dessas, somente a Convenção 87 não foi ratificada pelo Brasil.

Esse bloco de constitucionalidade, integrado pelas normas internacionais que compõem o ordenamento jurídico nacional, asseguram a liberdade sindical não apenas como garantia de existência e organização dos sindicatos, mas, fundamentalmente, como garantia de atuação constitutiva de direitos, no exercício da atividade negocial e na defesa dos interesses das categorias representadas.

[41] VI - é obrigatória a participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho.

A ordem constitucional e internacional reconhece ao sindicato a primazia da negociação coletiva não apenas pela força de coalizão, mas também pelo conhecimento que detém acerca da realidade do setor econômico em que atua a categoria, reunindo as melhores condições para ajudar a construir respostas em situações de crise, especialmente para avaliar, nesse contexto, a necessidade e conveniência da redução salarial como meio de preservação do emprego, à vista da condição econômica de cada setor e de cada empresa.

A proteção salarial da jornada de trabalho por meio de negociação coletiva, em períodos de crise, constitui pedra fundamental do Direito do Trabalho, direito humano em sua gênese, que deve ser constitucionalmente protegido dos embates políticos e das maiorias contingentes, para que crises econômicas e de saúde pública não deixem, para além dos naturais prejuízos econômicos e sociais, um legado de destruição da proteção democrática do trabalho, abrindo fendas no processo civilizatório que reduzam o trabalho humano a mero recurso de sobrevivência, destituído de sua função constitucional protetiva da dignidade humana do trabalhador.

Em tenaz reflexão sobre "o destino do Direito do Trabalho", em artigo com idêntico título publicado em 1957, o saudoso mestre Orlando Gomes advertia para o destino melancólico do Direito do Trabalho, em face do perigo que representava a despersonalização do empregador, com a substituição do patrão-proprietário pelo patrão-anônimo, das empresas de capital aberto, ou pelo patrão-público, das empresas estatais, fenômeno que, em sua análise, dissolvia progressivamente as figuras de uma autêntica relação de trabalho e suas respectivas posições jurídicas.[42]

[42] GOMES, 1957, p. 154.

Passados mais de sessenta anos desde aquela reflexão, o Direito do Trabalho venceu aqueles e muitos outros desafios e sobrevive às várias transformações dos sistemas de produção e de exploração do trabalho na busca permanente por soluções civilizatórias de regulação do trabalho para os novos modelos de produção, como atualmente ocorre com a indústria 4.0.

Mas esse resistir, agora, mais do que nunca, depende da capacidade de percepção dos novos fatos pelos estudiosos do Direito do Trabalho, para que a mora perceptiva não acarrete atraso na adequada interpretação da realidade, conforme sábia advertência de Orlando Gomes:

> Sabido é que os fatos novos não são percebidos imediatamente porque a imagem dos antigos grava-se na retentiva, inspirando conservantismo. Só mais tarde, quando entram num processo de evolução intensa, vêm a ser apreendidos, provocando divergências na sua interpretação. O atraso na compreensão acarreta a mora no comportamento. Os homens conduzem-se como se ainda vivessem na situação que passou. No comportamento social, a mora na percepção parece determinar a perpetuação da realidade transposta.[43]

Neste momento, o futuro do Direito do Trabalho depende da vigília permanente dos agentes democráticos.[44]

Cabe à comunidade jurídica comprometida com a regulação democrática e civilizatória do trabalho vigiar permanentemente para que os precedentes e interpretações da legislação pandêmica, excetivos de direitos fundamentais sociais, não produzam contágio argumentativo de suas teses ultraflexibilizadoras para além do tempo, comprometendo o

[43] GOMES, 1957, p. 154.

[44] DELGADO; AMORIM, 2020.

futuro do trabalho protegido constitucionalmente para as próximas gerações de trabalhadores.

Referências

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Artigo 7º, inciso VI. Texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações adotadas pelas Emendas Constitucionais nos 1/1992 a 76/2013, pelo Decreto Legislativo nº 186/2008 e pelas Emendas Constitucionais de Revisão nºs 1 a 6/1994. 40.ed. com índice, art. 7º, VI.

BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE. Indicadores de desemprego. Disponível em < https://www.ibge.gov.br/indicadores#desemprego>. Acesso em 03/11/2020.

BRASIL. Senado Federal. Parecer (SF) n. 34, de 2017. Senado Federal, disponível em < https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=5326353&disposition=inline > Acesso em: 11 de ago. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, ADI 5658/DF, Rel. Min. Rosa Weber. Disponível em http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5132872. Acesso em 07/06/2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade nº 6342/DF – Distrito Federal. Relator: Ministro Marco Aurélio Mello. Decisão Monocrática, 27 de março de 2020. Disponível em: < http://portal.stf.jus.br/processos/ downloadPeca.asp?id=15342903593&ext=.pdf>. Acesso em: 06 de ago. de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade nº 6342/DF – Distrito Federal. Relator: Ministro Marco Aurélio Mello. Acórdão. 29 de abril de 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadTexto.asp?id=5071853&ext=RTF>. Acesso em: 06 de ago. de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade nº 6363/DF – Distrito Federal. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Decisão Monocrática. 07

de abril de 2020. Disponível em: < http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=1534284710 3&ext=.pdf > Acesso em: 06 de ago. de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário nº 590.415/SC – Santa Catarina. Relator: Ministo Roberto Barroso. Acórdão, 29 de maio de 2015. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=306937385&ext=.pdf>. Acesso em: 06 de ago. de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Registro audiovisual da sessão do Tribunal Pleno realizada por videoconferência no dia 17/4/2020, que manteve a eficácia da regra da Medida Provisória (MP) 936/2020 que autoriza a redução da jornada de trabalho e do salário ou a suspensão temporária do contrato de trabalho por meio de acordos individuais em razão da pandemia do novo coronavírus, independentemente da anuência dos sindicatos da categoria. Vídeo disponibilizado em 18/04/2020 no Canal do STF no Youtube. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=ONpu8U3zM_4 , acessado em 20 fev 2021.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da Constituição. Coimbra: Almedina, 7 ed., 2006.

DELGADO, Gabriela Neves. AMORIM, Helder Santos. A legislação pandêmica e o perigoso regime de exceção aos direitos fundamentais trabalhistas. Dossiê "Covid-19 e o mundo do trabalho". Revista Jurídica Trabalho e Desenvolvimento Humano. V.03 (2020). Campinas: Procuradoria Regional do Trabalho da 15ª Região. Disponível em < http://www.revistatdh.org/index.php/Revista-TDH > Acesso em: 01/09/2020.

DELGADO, Gabriela Neves; AMORIM, Helder Santos. O perigo de naturalização da legislação trabalhista de emergência na pandemia. Jota. 06 de julho de 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-perigo-de-naturalizacao-da-legislacao-trabalhista-de-emergencia-na-pandemia-06072020> Acesso em: 15 ago. 2020.

DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. A Reforma Trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei nº 13.467/2017. São Paulo: LTr, 2 ed., 2018.

DICIONÁRIO ONLINE DE PORTUGUÊS - DICIO. Disponível em: <https://www.dicio.com.br/opcao/> Acesso em: 14 de ago. de 2020.

FERREIRA, António Casimiro. Sociedade da Austeridade e Direito do Trabalho de Exceção. Porto: Ed. Vida Económica, 2012.

FIGARO, Roseli; BARROS, Janaina V.; SILVA, Naiana R.; CAMARGO, Camila A.; SILVA, Ana Flávia M.; MOLIANI, João Augusto; OLIVEIRA, Daniela Ferreira de. Como trabalham os comunicadores na pandemia da Covid-19? Revista Jurídica Trabalho e Desenvolvimento Humano, Campinas, EDIÇÃO ESPECIAL – DOSSIÊ COVID-19, pp. 4 e 17, 2020. Disponível em < http://www.revistatdh.org/index.php/Revista-TDH/article/view/76/43 > Acesso em: 17 de set. 2020.

GOMES, Orlando. O destino do direito do trabalho. In: Revista da Faculdade de Direito do Paraná, vol. 5. Paraná: UFDP, 1957, pp. 154. Disponível em: https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/6601. Acesso em: 13 ago. 2020.

MUÑOZ, Rafael. O caso do saneamento básico testando novos arranjos para atrair mais investimentos. Folha de São Paulo, São Paulo, 10 de mar. de 2020. Disponível em: < https://www1.folha. uol. com.br/ colunas/rafael-munoz/2020/03/o-caso-do-saneamento-basico-testando-novos-arranjos-para-atrair-mais-investimentos.shtml> Acesso em: 07 de jun. 2020.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. Parecer. Assunto: Emergência do novo coronavírus (COVID-19).Inconstitucionalidade de eventual tentativa de decretação de estado de sítio. In: Conjur, 20/03/2020. Disponível em < https://www.conjur.com.br/dl/estado-sitio-serviria-fragilizar.pdf> Acesso em 13 de ago. 2020.

PAIXÃO, Cristiano. Covid-19 e o oportunismo desconstituinte. Jornal GGN, 09 de abr. de 2020. Disponível em: < https://jornalggn.com.br/artigos/covid-19-e-o-oportunismo-desconstituinte-por-cristiano-paixao> Acesso em: 06/08/2020.

PAIXÃO, Cristiano. Destruindo "por dentro": práticas desconstituintes do nosso tempo. Jornal GGN, 13 de jul. de 2020. Disponível em <https://jornalggn.com.br/artigos/destruindo-por-dentro-praticas-descons tituintes-do-nosso-tempo-por-cristiano-paixao/> Acesso em: 06 de ago. de 2020.

PAIXÃO, Cristiano; LOURENÇO FILHO, Ricardo. O STF e o Direito do Trabalho: as três fases da destruição. Universidade de Brasília. UnB Notícias, 31 de jul. de 2020. Disponível em < https://noticias.unb.br/artigos-main/4332-o-stf-e-o-direito-do-trabalho-as-tres-fases-da-destruicao > Acesso em: 06 de ago. 2020.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 39 ed., 2016.

3ª Parte

Jurisdição do Trabalho e Regulação Pública

Capítulo 14

(In)competência da justiça do trabalho para complementações de aposentadoria em regimes de previdência privada e execução de contribuições previdenciárias sobre o tempo de serviço

Luciana Paula Conforti [1]

Considerando que o texto é dependente do contexto e como o contexto é aberto a finalidades e sujeito a transformações ao longo do tempo, o sujeito constitucional precisa recorrer ao discurso constitucional, para construir uma narrativa coerente na qual possa localizar uma auto-identidade plausível.

Michel Rosenfeld, *in*: *A identidade do sujeito constitucional* (2003).

1. Introdução

Em que pese a Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004, ter ampliado de forma bastante significativa a competência da Justiça do Trabalho, observa-se, ao longo dos anos, inúmeros julgados do Supremo Tribunal Federal, com repercussão geral, que esvaziaram essa competência.

Conforme dispõe o art. 102, *caput*, da Constituição, "compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição". Diante de tal quadro, importa a análise de como vem sendo construída a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em torno dos direitos sociais, mais especificamente no que diz respeito ao controle de

[1] Juíza do Trabalho titular do TRT da 6ª Região. Doutora em Direito, Estado e Constituição pela UnB, integrante do grupo de pesquisa Trabalho, Constituição e Cidadania (UnB-CNPq), diretora de Formação e Cultura da ANAMATRA e da ENAMATRA (2019-2021), membro da Academia Pernambucana de Direito do Trabalho (APDT), professora da ESMATRA6. Contato: lucianapaulaconforti@gmail.com.

constitucionalidade e à competência da Justiça do Trabalho, segundo o recorte adotado no presente estudo.

Pela análise dos julgados do Supremo Tribunal Federal, denota-se que mesmo antes da Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017 ("Reforma Trabalhista"), que trouxe maior precarização às relações de trabalho, a Corte Constitucional brasileira vinha adotando em sua jurisprudência linha centrada em uma maior liberdade do mercado e na não intervenção estatal, desconstrutiva da competência da Justiça do Trabalho e flexibilizadora da proteção constitucional aos direitos sociais. Nesse movimento, o STF vem inclusive modificando entendimentos pacificados anteriormente, mesmo enfatizando-se tanto a "segurança jurídica", com base em argumentos fundados em "crise" e na necessidade de se alavancar a economia do país, com incentivos à iniciativa privada.

Assim, a interpretação restritiva dos direitos sociais tem sido a tônica dos julgamentos do Supremo Tribunal Federal, com a prevalência de aspectos econômicos sobre argumentos jurídicos, especialmente sobre o discurso constitucional.

Mesmo quando as decisões são embasadas constitucionalmente, constata-se, a título de demonstração, o afastamento da literalidade da norma, sem que se possa falar em mutação constitucional, e a inobservância de cláusula pétrea, com base em outros dispositivos da Constituição que não guardam a mesma rigidez, como ocorreu no julgamento da Medida Cautelar ajuizada na Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI nº 6363-DF, relativa à Medida Provisória nº 936, de 1º de abril de 2020[2].

[2] A Medida Provisória nº 936/2020 instituiu o Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e Renda e dispôs sobre medidas trabalhistas complementares durante a pandemia. Foi convertida na Lei nº 14.020, de 06.07.2020.

A Constituição prevê como fundamentos da República a dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho (art. 1º, III e IV); a ordem econômica é fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa e tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social (art. 170). Nesse sentido, a norma constitucional brasileira prevê como garantia inerente à dignidade humana a irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo (art. 7º, VI).

Diante de tal quadro, a possibilidade de acordos individuais para a redução de salários, tal como prevista na Medida Provisória nº 936/2020, ratificada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da MC-ADI nº 6363-DF, viola a autonomia negocial coletiva, ferindo, primeiro, a Constituição e, depois, convenções internacionais do trabalho, sobre direito de sindicalização e de negociação coletiva e de fomento às negociações coletivas (Convenções nº 98 e 154 da OIT, respectivamente), além do diálogo social (Convenção nº 144 da OIT), princípio basilar de Direito Internacional do Trabalho[3].

Como se sabe, as convenções internacionais do trabalho são normas de patamar superior ao das medidas provisórias, por serem autênticas

[3] No julgamento da MC na ADI nº 6363-DF houve a restrição de direitos sociais fundamentais, integrantes de cláusula pétrea (art. 60, § 4º), já que estão inseridos no título das garantias e direitos individuais. No citado julgamento, restou afastada a necessidade da participação sindical nos casos de redução salarial (art. 7º, VI da Constituição) e suspensão contratual (para os trabalhadores que ganham até R$ 3.135,00), ao ser apreciado dispositivo da MP 936/2020, mesmo a Constituição também priorizando as negociações coletivas como fontes de melhoria da condição social dos trabalhadores (art. 7º, XXVI). Um dos fundamentos da decisão foi a aplicação do art. 3º, II e III da Constituição, que trata de afastar a pobreza e erradicar a marginalização social (voto do ministro redator, Alexandre de Moraes), além da valorização da iniciativa privada, sem o equilíbrio com o valor social do trabalho e promoção da justiça social. A decisão mencionou realismo jurídico, sem considerar os inúmeros acordos coletivos de trabalho que já tinham sido realizados durante a pandemia, com argumentos de que as comunicações sindicais poderiam prejudicar a fluidez das relações de trabalho em período excepcional. Acórdão disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15345059901&ext=.pdf. Acesso em: 13 dez. 2020. Sobre o tema das negociações coletivas durante a pandemia, importante citar: DIEESE – Departamento Intersindical de Estatísticas e Estudos Socioeconômicos. *"Acordos negociados pelas entidades sindicais para enfrentar a pandemia do coronavírus – Covid 19:* atualização dos Estudos e Pesquisas 91". Disponível em: <https://www.dieese.org.br/estudosepesquisas/2020/estPesq92AcordosCovidAtualizacao.html>. Acesso em: 13 dez.2020. Interessante, ainda, a nota técnica emitida pela ANAMATRA sobre a MP 936/2020: ANAMATRA. Nota pública nº 5/2020. Disponível em: <https://www.anamatra.org.br/imprensa/noticias/29583-nota-publica-5>. Acesso em: 13 dez.2020.

fontes formais de direitos humanos, segundo decisão do próprio Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário 466.343.1-SP, sobre a impossibilidade de prisão do depositário infiel[4].

Fala-se na necessidade da criação de empregos e de restrições aos direitos trabalhistas para uma suposta estabilidade dos postos de trabalho, sem se perquirir sobre a qualidade dessas colocações e, ao mesmo tempo, desconsidera-se que mesmo diante de tantas flexibilizações e da precarização do mercado de trabalho, permanecem altíssimos os índices de desemprego no país[5].

Segundo Jorge Luiz Souto Maior, o Supremo Tribunal Federal assumiu a postura de alterar a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, iniciando "Reforma Trabalhista" a partir de 2009, e com mais intensidade no ano de 2016. O autor aponta para "a retração de direitos trabalhistas", imposta pela referida Corte, nas seguintes decisões:

> ADI 3934 (05/09); ADC 16 (11/10); RE 586.453 (02/13); RE 583.050 (02/13); RE 589.998 (03/13); ARE 709.212 (13/11/14); RE 658.312 (27/11/14) (decisão que foi anulada por suposto vício processual e voltou a julgamento, já reiniciado em 14/09/16); RE AI 664.335 (9/12/14); ADI 5209 (23/12/14); ADI 1923 (15/04/15); RE 590.415 (30/04/15); RE 895.759 (8/09/16); e ADI 4842 (14/0916)[6].

Grijalbo Fernandes Coutinho defende que entre 2007 e 2020 o Supremo Tribunal Federal "revisou parte substancial de sua

---

[4]BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário 466.343*. Julgamento em 3/12/2008. Publicação no DJE de 11/12/2008. Acórdão. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/re466343.pdf>. Acesso em: 13 dez.2020.

[5] *Em 2019, antes da pandemia da Covid-19, a taxa média de desocupação no Brasil ficou em 11,9%, atingindo 11,6 milhões de trabalhadores. Já a informalidade chegou ao patamar de 41,1% da população ocupada, maior taxa desde 2016: "Desemprego fica em 11 porcento em dezembro". Portal G1. 31/1/2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/noticia/2020/01/31/desemprego-fica-em-11percent-em-dezembro-diz-ibge.ghtml>. Acesso em: 13 dez.2020.*

[6] SOUTO MAIOR, 2016.

jurisprudência", construída a partir da Constituição de 1988 até 2006, fazendo imperar a desregulação "sem freios" das relações de trabalho[7]. O autor cita, entre outras matérias relevantes para demonstrar a citada desregulação das relações de trabalho, o reconhecimento da possibilidade de terceirização irrestrita de atividades, a aplicação da prescrição quinquenal ao FGTS, a prevalência do negociado sobre o legislado para a piora das condições de trabalho, a dispensa de negociação coletiva para redução salarial durante a pandemia da Covid-19.

Assim, problematiza-se a forma como a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal vem sendo construída e reconstruída, com a subjugação do discurso e do compromisso constitucional.

Como afirma Menelick Carvalho Netto:

> A cidadania, enquanto espaço a permanecer aberto e não passível de ser ocupado exaustivamente por quem quer que busque se apropriar discursiva e praticamente dela, é sempre colocada em risco quando, a título de protegê-la ou com vistas à consecução de finalidades materiais por ela requeridas, elimina-se a garantia decorrente da própria formalidade constitucional[8].

Partindo-se de tais premissas, o artigo discorrerá sobre os julgados do Supremo Tribunal Federal que deram origem ao Tema 190, que trata da "Competência para processar e julgar causas que envolvam complementação de aposentadoria por entidades de previdência privada" e à Tese 36, sobre a (in)"Competência da Justiça do Trabalho para execução das contribuições previdenciárias".

A metodologia adotada no estudo envolve a análise dos acórdãos considerados paradigmas para a fixação do tema e da tese mencionados, além da exposição de como as matérias vinham sendo tratadas na

[7] COUTINHO, 2020, *passim*.

[8] CARVALHO NETTO, 2011.

legislação, na jurisprudência da Justiça do Trabalho e pelo Supremo Tribunal Federal antes das repercussões gerais adotadas para as respectivas temáticas.

2. (In)competência da justiça do trabalho para processar e julgar as causas que envolvam complementação de aposentadoria por entidades de previdência privada

A discussão sobre a competência da Justiça do Trabalho para analisar as causas relacionadas com complementações de aposentadoria por entidades fechadas de previdência privada era recorrente na Justiça do Trabalho e o Supremo Tribunal Federal possuía jurisprudência no sentido de que, se o pedido de complementação de aposentadoria decorresse da relação de trabalho, a competência seria da Justiça do Trabalho e se não tivesse qualquer relação com o contrato de emprego, seria da Justiça Comum, de acordo com o seguinte:

> **(a)** compete à Justiça do Trabalho conhecer de pedido de complementação de aposentadoria, no âmbito da previdência privada, **mas apenas** quando, segundo reconhecimento da instância ordinária à luz da prova, a relação jurídica **decorra** do contrato de trabalho (**AI nº 576.224-AgR**, Rel. Min. **SEPÚLVEDA PERTENCE**, DJ de 30.3.2007; **AI nº 583.498-AgR**, Rel. Min. **EROS GRAU**, DJ de 2.6.2006; **AI nº 566.789-AgR**, Rel. Min. **CÁRMEN LÚCIA**, DJ de 9.2.2007; **CC nº 7.387**, Rel. Min. **RICARDO LEWANDOWSKI**, DJ de 6.12.2006);
>
> **(b)** quando, nos termos do mesmo reconhecimento, a relação jurídica **não provenha do contrato de trabalho**, a competência para a causa é da Justiça Comum (**AI nº 563.566**, Rel. Min. **SEPÚLVEDA PERTENCE**, DJ de 12.8.2005; **AI nº 591.875-AgR**, Rel. Min. **EROS GRAU**, DJ de 8.9.2006; **AI nº 573.294-AgR**, Rel. Min. **CÁRMEN LÚCIA**, DJ de 9.2.2007; **CC nº 7.323**, Rel. Min. **GILMAR MENDES**, DJ de 6.2.2007; **AI nº 598.723-AgR**, Rel. Min. **RICARDO LEWANDOWSKI**, DJ de 25.5.2007; **AI nº 654.323-AgR**, Rel. Min. **RICARDO LEWANDOWSKI**, DJ de 21.11.2008; **AI nº 579.956-AgR**, Rel. Min. **CÁRMEN**

> **LÚCIA**, DJ de 19.12.2008; **AI nº 718.905-AgR**, Rel. Min. **EROS GRAU**, DJ de 7.11.2008; **RE nº 525.930-AgR**, Rel. Min. **JOAQUIM BARBOSA**, DJ de 15.8.2008; **AI nº 615.715-AgR**, Rel. Min. **GILMAR MENDES**, DJ de 3.8.2007; **RE nº 470.169-AgR**, Rel. Min. **ELLEN GRACIE**, DJ de 5.5.2006; e **AI nº 441.426-AgR**, Rel. Min. **CEZAR PELUSO**, DJ de 14.9.2007)[9].

As empresas, invariavelmente constituídas pelas empregadoras públicas e sociedades de economia mista para a administração de planos de previdência privada dos seus empregados, arguiam a incompetência da Justiça do Trabalho para apreciar as ações que discutiam complementações de aposentadoria, sob o fundamento de que a relação estabelecida com os beneficiários era de natureza civil e que não integrava os contratos de trabalho.

A Justiça do Trabalho construiu jurisprudência sobre a sua competência para a apreciação da matéria com base no art. 114, *caput*, da Constituição, inserindo-a em "outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho" e apontando, inclusive, que extinção do contrato de trabalho era irrelevante e não deslocava a competência já firmada, desde a origem da relação estabelecida com base nesse instrumento contratual. Com a promulgação da Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004, o mesmo entendimento continuou sendo adotado, com fundamento no art. 114, IX da Constituição, que possui redação idêntica à do anterior *caput* do referido dispositivo. De acordo com o art. 114, I da Constituição, compete à Justiça do Trabalho processar e julgar as "ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios".

---

[9] Repertório de jurisprudência constante do julgamento do Recurso Extraordinário nº 583.050/RS, Ministro Relator Cezar Peluso, Ministro Redator Dias Toffoli, de 22.02.2013. Grifos no original (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 583.050/RS. Julgamento em de 22.02.2013. Acórdão. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630015<. Acesso em: 13 dez.2020).

O pronunciamento sobre a competência da Justiça do Trabalho baseava-se no fato de que a adesão aos planos de previdência privada tinha origem nos contratos de trabalho formalizados com as empresas instituidoras dos planos, para a complementação das aposentadorias dos seus funcionários. Em outras palavras, as empregadoras criavam e patrocinavam entidades fechadas de previdência privada para suplementar os proventos de aposentadoria dos seus empregados, como no caso da Fachesf, Funcef, Petros e Previ, entre outras, vinculadas à Cia. Hidro Elétrica do São Francisco (Chesf), à Caixa Econômica Federal (CEF), à Petróleo Brasileiro S/A (Petrobras) e ao Banco do Brasil S/A, respectivamente. Em geral, os empregados aderiam às cláusulas dos planos de previdência privada e só se vinculavam aos referidos regimes complementares de aposentadoria em razão do vínculo de emprego estabelecido com as empresas instituidoras dos planos de previdência. Havia, também, a previsão de complementações de aposentadorias em normas coletivas de trabalho e nos regimentos ou regulamentos das empregadoras, o que atraía, indiscutivelmente, a competência da Justiça do Trabalho.

Argumentava-se, ainda, a aplicação do disposto no art. 652, IV da CLT, que igualmente dispõe sobre a competência da Justiça do Trabalho para conciliar e julgar: "IV - os demais dissídios concernentes ao contrato individual de trabalho", e que o art. 202, § 2º da Constituição, com a redação da Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998, não trata de competência, apenas dispõe que os benefícios de previdência privada não integram o contrato de trabalho, para fins de repercussões sobre outras verbas. É que, considerando que o benefício é espontaneamente criado e concedido pelas empregadoras, inclusive com coparticipação nas contribuições, de acordo com a legislação trabalhista, poderia gerar tal incidência, como integrante da remuneração dos

empregados (art. 457, § 1º e art. 458 da CLT). Independentemente disso, entendia-se que o afastamento de tal vinculação ao contrato de trabalho estava condicionado à edição de lei e que não poderia alcançar as situações já consolidadas, em razão do respeito ao direito adquirido (art. 5º, XXXVI da CF). Sobre tal aspecto, é importante salientar que muitos empregados estavam vinculados há anos aos regimes de previdência complementar instituídos pelas empregadoras e que tal adesão integrava os contratos de trabalho, já que anteriores à EC 20/98, com base no art. 468 da CLT.

Sobre a competência da Justiça do Trabalho, cito os seguintes julgados do Tribunal Superior do Trabalho, anteriores à promulgação da EC 20/98:

> É competente a Justiça do Trabalho para apreciar demanda em que se discute complementação de aposentadoria cuja concessão tem origem no contrato de trabalho, evidenciada pelo fato de ser o empregador o subvencionador da Fundação de Previdência dos Funcionários. Recurso parcialmente conhecido e não provido.[10]
>
> Os dissídios individuais decorrentes de plano de previdência complementar privada fechada, entre empregado, empregador e entidade privada instituída pelo empregador para complementação de aposentadoria de seus empregados, inscrevem-se na competência material da Justiça do Trabalho, pois a lide, na espécie, origina-se no contrato de trabalho. Incidência do art. 114 da CF/88. Recurso de Revista conhecido e provido[11].

Considerando a pacificação da jurisprudência na Justiça do Trabalho sobre a sua competência para apreciar as ações com pedidos de complementações de aposentadorias, foram editadas súmulas e orientações jurisprudenciais pelo Tribunal Superior do Trabalho.

[10] BRASIL, 1997.

[11] BRASIL, 1998.

A título de demonstração, as Súmulas 326 e 327 do TST tratam sobre a prescrição aplicável a tais ações[12].

A par do que foi exposto, entendia-se que, independentemente de a natureza da relação discutida para a complementação da aposentadoria ser ou não de natureza civil, aquela vinculação decorria da relação de trabalho, pois apenas aos empregados das empresas instituidoras, como foi dito, era permitida a adesão aos planos de previdência complementar.

O Supremo Tribunal Federal possuía jurisprudência nesse mesmo sentido:

> À determinação da competência da Justiça do Trabalho não importa que dependa a solução da lide de questões de direito civil, mas sim, no caso, que a promessa do contrato, cujo alegado conteúdo é o fundamento do pedido, tenha sido feita em razão da relação de emprego, inserindo-se no contrato de trabalho. (CJ 6.959, Rel. Min. Célio Borja, j. 23.5.1990, DJ de 22.02.1991; RE 503.278 AgR. Rel. Min. Ayres Britto, j. 26.04.2007, 1ª T., DJ de 03.08.2007).[13]

Como foi exposto, nos casos específicos em que a complementação de aposentadoria por entidades fechadas de previdência privada era discutida, o Supremo Tribunal Federal possuía jurisprudência favorável à competência da Justiça do Trabalho, mas diante das reiteradas discussões sobre a matéria, a Corte reconheceu a existência de repercussão geral, no julgamento pelo Plenário Virtual do Recurso Extraordinário nº 586.453/SE, em 2.10.2009, com a relatoria da ministra Ellen Gracie.

---

[12] *Súmula nº 326 do TST. COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA. PRESCRIÇÃO TOTAL (nova redação) - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011. A pretensão à complementação de aposentadoria jamais recebida prescreve em 2 (dois) anos contados da cessação do contrato de trabalho; Súmula nº 327 do TST. COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA. DIFERENÇAS. PRESCRIÇÃO PARCIAL (nova redação) - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011. A pretensão a diferenças de complementação de aposentadoria sujeita-se à prescrição parcial e quinquenal, salvo se o pretenso direito decorrer de verbas não recebidas no curso da relação de emprego e já alcançadas pela prescrição, à época da propositura da ação.*

[13] BRASIL, 1991.

O relator do Recurso Extraordinário nº 583.050/RS (que discutiu a mesma matéria), ministro Cezar Peluso, reiterou a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que a competência para conhecer de pedido de complementação de aposentadoria em regime de previdência privada era:

> a) da Justiça do Trabalho, se a relação jurídica decorresse do contrato de trabalho;
> b) da Justiça Comum, se a relação jurídica não proviesse do contrato de trabalho; e
> c) sendo, na origem, controversa a natureza da relação jurídica do contrato de previdência privada, enquanto sua solução dependesse de reexame dos fatos ou de cláusula contratual, era inviável o recurso extraordinário, por óbice das Súmulas 279 e 454 da Corte.[14]

Assim, o ministro relator negou provimento ao recurso e propôs a edição de súmula vinculante a respeito do assunto.

Na ocasião, o entendimento adotado pelo tribunal de origem foi o de que o contrato de trabalho não era discutido na relação entre o beneficiário e a instituição de previdência privada, assim como que a relação possuía natureza meramente civil e que o fato de a empresa empregadora ser patrocinadora da entidade de previdência privada não caracterizava a relação como trabalhista, mas sim como decorrente de contrato previdenciário, afastando a aplicação do art. 114 da Constituição e, consequentemente, a competência da Justiça do Trabalho. Em razão de não ser possível, no julgamento do Recurso Extraordinário, a reanálise de fatos e provas (Súmulas 279 e 454 do STF), o Supremo Tribunal Federal entendeu pela não vinculação da matéria discutida com o contrato de

[14] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 583.050/RS. Julgamento em 22.02.2013. Acórdão, p. 10-11. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630015>. Acesso em: 13 dez.2020.

trabalho. Mas foi além. Com o referido julgamento, houve a manifestação de que a análise da matéria "complementação de aposentadoria" compete à Justiça Comum, afastando, em qualquer caso, a competência da Justiça do Trabalho.

Segundo o voto do ministro Dias Toffoli, cuja redação prevaleceu no julgamento final por ser redator do acórdão, "quando há duas soluções possíveis, todas elas com fundamento constitucional, deve-se optar por aquela que vai trazer maior efetividade e racionalidade para o sistema", cabendo ao Supremo Tribunal Federal, em sede de repercussão geral, dar a solução que garanta uma "Justiça eficiente e eficaz", pondo "fim a conflitos intermináveis." O ministro suscitou a competência como uma "discussão lateral", dizendo que tal controvérsia fazia com que o direito material ficasse "sem solução anos a fio". Com a separação das causas entre as que possuíam relação com o contrato de trabalho e as que não tinham essa vinculação, haveria, conforme Dias Toffoli, dois tribunais superiores distintos apreciando a matéria (o Tribunal Superior do Trabalho, nas causas de competência da Justiça do Trabalho, e o Superior Tribunal de Justiça, nas causas de competência da Justiça Comum), o que não poderia prevalecer, pois traria insegurança jurídica. Dias Toffoli expressou, ainda, seu entendimento sobre a autonomia e independência do Direito Previdenciário, citando o art. 202, § 2º da Constituição, com a redação da Emenda Constitucional nº 20/98, sobre a não vinculação da previdência privada ao contrato de trabalho. Outro fundamento exposto foi sobre a Lei Complementar nº 109, de 29 de maio de 2001, baseada no art. 202 da Constituição, que dispõe sobre o Regime de Previdência Complementar e trata sobre a possibilidade de portabilidade para outro

plano de previdência complementar privada (art. 14, II), caso em que cessaria a relação com o originário contrato de trabalho[15].

O ministro Marco Aurélio Mello divergiu do posicionamento adotado pelo ministro Dias Toffoli, inclusive reagindo à revisão da jurisprudência estável do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria, devido aos inúmeros julgados com o mesmo tema, principalmente por meio de julgamento de recurso extraordinário, que possui balizas próprias e que não seria o caso do julgamento em tese. Acrescentou, ainda, que o Supremo Tribunal Federal já deveria ter editado verbete de súmula em relação à temática, com a divisão das competências[16].

Sobre a discussão em tela, interessa citar trecho do pronunciamento do ministro Cezar Peluso, acerca da impossibilidade de adoção de solução única para os casos de complementação de aposentadoria por previdência privada, como proposto pelo ministro Dias Toffoli, para a revisão da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

> [...] não podemos fixar teses unitárias para uma realidade múltipla. Não podemos sacrificar as distinções factuais possíveis para fixar tese que seja aplicável a tudo. Não temos aqui situação jurídico-factual homogênea, quer dizer, tudo seria previdência complementar autônoma, ou tudo seria previdência complementar ligada a contrato de trabalho. Cada caso é um caso, e quem decide caso por caso diante do direito infraconstitucional são os tribunais locais[17].

---

[15] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 583.050/RS*. Julgamento em de 22.02.2013. Acórdão p. 18, 20-21, 25, 39, 53. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630015<. Acesso em: 13 dez.2020.

[16] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 583.050/RS*. Julgamento em de 22.02.2013. Acórdão p. 22-23. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630015<. Acesso em: 13 dez.2020.

[17] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 583.050/RS*. Julgamento em de 22.02.2013. Acórdão p. 24. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630015<. Acesso em: 13 dez.2020.

Tal manifestação do ministro relator suscitou até dúvida na ministra Ellen Gracie, sobre se realmente seria o caso de adoção de repercussão geral, como ela própria havia proposto, em razão de existirem situações distintas, no que foi acompanhada pelos ministros Cezar Peluso e Ayres Britto, quanto à repercussão geral ser aplicável a situações factuais de determinados casos ou grupo de casos[18].

Em seu voto, a ministra Cármen Lúcia reiterou a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, da forma como constou do voto do ministro Cezar Peluso, inclusive acrescentando que muitos desses casos que discutem previdência complementar originam-se de cláusulas de acordos e convenções coletivas de trabalho, o que, inegavelmente, atrairia a competência da Justiça do Trabalho e demonstrava que a matéria não era tão simples ao ponto de ser enquadrada como de natureza civil[19]. Apesar do exposto, acompanhou o voto do relator, por outros fundamentos, já que não era mais possível rediscutir, em sede de Recurso Extraordinário, a não vinculação com o contrato de trabalho, como constou do acórdão de origem.

O ministro Joaquim Barbosa refutou a tese de que o "o art. 202, § 2º poderia amparar a conclusão de que a Justiça do Trabalho não seria mais competente para decidir as ações que envolvam o pleito de complementação de aposentadoria", considerando que o referido dispositivo não trata sobre competência[20].

---

[18] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 583.050/RS*. Julgamento em de 22.02.2013. Acórdão p. 24. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630015<. Acesso em: 13 dez.2020.

[19] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 583.050/RS*. Julgamento em de 22.02.2013. Acórdão p. 32-33. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630015<. Acesso em: 13 dez.2020.

[20] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 583.050/RS*. Julgamento em de 22.02.2013. Acórdão p. 43. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630015<. Acesso em: 13 dez.2020.

Porém, o ministro Luiz Fux trouxe argumentos no sentido da necessidade de se "criar um fomento estratégico" para a previdência privada, "com o reconhecimento de sua autonomia, para o descongestionamento da previdência pública, cujo déficit amazônico", segundo alegou, "é sempre um risco constante para a economia do país"[21]. Alegou ainda que, uma vez que a Constituição exclui a previdência privada da integração ao contrato de trabalho, a matéria não teria nenhuma vinculação com a relação de trabalho e com a competência da Justiça do Trabalho[22].

Diante de tal quadro, por maioria, assim ficou redigida a ementa do Recurso Extraordinário 583.050-RS, de 20.02.2013:

> **Recurso extraordinário – Direito Previdenciário e Processual Civil – Repercussão geral reconhecida – Competência para o processamento de ação ajuizada contra entidade de previdência privada e com o fito de obter complementação de aposentadoria – Afirmação da autonomia do Direito Previdenciário em relação ao Direito do Trabalho – Litígio de natureza eminentemente constitucional, cuja solução deve buscar trazer maior efetividade e racionalidade ao sistema – Competência da Justiça comum para o processamento do feito – Recurso não provido.**
>
> 1. A competência para o processamento de ações ajuizadas contra entidades privadas de previdência complementar é da Justiça comum, dada a autonomia do Direito Previdenciário em relação ao Direito do Trabalho. Inteligência do art. 202, § 2º, da Constituição Federal a excepcionar, na análise desse tipo de matéria, a norma do art. 114, inciso IX, da Magna Carta.

---

[21] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 583.050/RS*. Julgamento em de 22.02.2013. Acórdão p. 47. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630015<. Acesso em: 13 dez.2020.

[22] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 583.050/RS*. Julgamento em de 22.02.2013. Acórdão p. 49-50. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630015<. Acesso em: 13 dez.2020.

> 2. O intérprete diante de controvérsia em que há fundamentos constitucionais para se adotar mais de uma solução possível deve optar por aquela que efetivamente trará maior efetividade e racionalidade ao sistema.
> 3. Recurso extraordinário não provido.

Nesse contexto, o Tema 190 do Supremo Tribunal Federal – que teve como *leading case* o Recurso Extraordinário nº 586.453-SE, interposto pela Fundação Petrobras de Seguridade Social (Petros), em 09.05.2008, com a relatoria da ministra Ellen Gracie, e serviu de base para o julgamento do Recurso Extraordinário nº 583.850-RS – teve a seguinte ementa, com a modulação dos efeitos:

> **Decisão:** [...] Colhido o voto-vista do Ministro Joaquim Barbosa (Presidente), o Tribunal, por maioria, deu provimento ao recurso para reconhecer a competência da Justiça Comum, vencidos os Ministros Carmen Lúcia e Joaquim Barbosa. Não votaram os Ministros Teori Zavascki e Rosa Weber por sucederem, respectivamente, aos Ministros Cezar Peluso e Ellen Gracie. O Tribunal resolveu questão de ordem no sentido da exigência de quorum de 2/3 para modular os efeitos da decisão em sede de recurso extraordinário com repercussão geral, vencidos os Ministros Dias Toffoli, Luiz Fux, Gilmar Mendes e Celso de Mello, que entendiam haver a necessidade de maioria absoluta. Participaram da votação na questão de ordem os Ministros Teori Zavascki e Rosa Weber. Em seguida, o Tribunal modulou os efeitos da decisão para reconhecer a competência da justiça trabalhista para processar e julgar, até o trânsito em julgado e correspondente execução, todas as causas da espécie que hajam sido sentenciadas, até a data de hoje (20/2/2013), nos termos do voto da Ministra Ellen Gracie (Relatora), vencido o Ministro Marco Aurélio. Votou o Presidente. Participou da votação quanto à modulação o Ministro Teori Zavascki, dela não participando a Ministra Rosa Weber. Redigirá o acórdão o Ministro Dias Toffoli. Ausente, justificadamente, o Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 20.02.2013[23].

[23] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tema de Repercussão Geral nº 190. Julgado em 19/3/2014. DJE de 1/8/2014. Acórdão. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamento

Consoante foi exposto, os argumentos econômicos têm prevalecido nos julgamentos do Supremo Tribunal Federal e não foi diferente com o Tema 190 do STF.

Só para se ter uma ideia da magnitude da movimentação financeira dos planos de previdência complementar privada e do alto interesse econômico que envolvem, atualmente a "Petros é responsável por administrar um patrimônio de mais de R$ 90 bilhões, acumulados por cerca de 145 mil trabalhadores ao longo de toda uma vida". Entre eles, cerca de "71 mil estão exercendo suas atividades profissionais e outros 74 mil já alcançaram os requisitos necessários para receber aposentadoria ou pensão e desfrutam de seus benefícios mensalmente"[24].

Segundo Sérgio G. Lazzarini, a influência do governo sobre os fundos de pensão é vista pela centralidade que assumem enquanto "atores pivôs", cuja governança é estabelecida por "pessoas de confiança" da política dominante, no alto escalão, principalmente quando as interferências políticas possuem entrelaçamento "com sindicatos e associações de trabalhadores". Após a privatização de empresas estatais, iniciada nos anos 1990, "os próprios fundos passaram a ter postura mais ativa junto às empresas nas quais têm participação societária, muitas vezes mobilizando o próprio governo para resolver pendengas ou para influenciar determinadas políticas"[25].

Ainda de acordo com o autor, os fundos de pensão possuem conexões políticas e empresariais que vão muito além da mera vinculação com as empresas estatais e/ou sociedades de economia mista e suas relações com

---

Processo.asp?incidente=2616941&numeroProcesso=586453&classeProcesso=RE&numeroTema=190#>. Acesso em: 13 dez.2020.

[24] PETROS. Sítio Virtual. Disponível em: <https://www.petros.com.br/PortalPetros/faces/Petros/apetros/hist?_adf.ctrl-state=umtt3jdkp_4&_afrLoop=6037745071192214>. Acesso em: 13 dez.2020.

[25] LAZZARINI, 2001, p. 36.

seus empregados, para a complementação de suas aposentadorias. Existe íntima relação entre o capital público e as empresas privadas, com transações incentivadas pelo Estado. As empresas de complementação de aposentadorias "possuem diversas estratégias para a proteção dos seus investimentos, entre elas, a fusão e aquisição de empresas". Caso emblemático foi o da "Brasil Telecom, adquirida em 2008 pela OI (antiga Telemar), com a participação societária do BNDES". Ao final, "diversos fundos de pensão (Previ, Petros e Funcef) e o BNDES ficaram com quase metade das ações da chamada 'supertele'". E assim ocorreu com outras fusões, como a que envolveu "a Sadia e a Perdigão, da qual também participou a Previ"[26].

Note-se que essas transações ocorreram a partir de 2008 (apesar de terem sido articuladas em período anterior), mesma época em que foi ajuizado o Recurso Extraordinário pela Petros (nº 586.453-SE), que teve a repercussão geral reconhecida, com pronunciamento pelo Supremo Tribunal Federal sobre a competência da Justiça Comum para o julgamento das ações com pedido de complementação de aposentadoria por entidades de previdência privada. Foi também a época em que, como lembra Lazzarini, "em razão da grave crise financeira do segundo semestre de 2008", houve a "necessidade de capitalização das empresas em meio à crescente escassez de crédito no mercado"[27].

Nesse contexto, é evidente o envolvimento de parcela considerável dos empregados públicos e funcionários das sociedades de economia mista nos planos de previdência complementar privada, assim como as influências políticas, o capital do Estado, o interesse de empresas privadas e, consequentemente, o alto conteúdo econômico envolvido em tais

[26] *Ibid.*, p. 37.

[27] LAZZARINI, 2001, p. 38.

decisões do Supremo Tribunal Federal. Muito além da simples "retirada de competência", é evidente, ainda, o déficit que a modificação da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal causou na relevância institucional e no volume de causas apreciadas pela Justiça do Trabalho, o que vem sendo aprofundado ano a ano e restou sacramentado com a Lei 13.467/2017, da "Reforma Trabalhista", com diversas ações de inconstitucionalidade em compasso de análise pelo Supremo Tribunal Federal.

Assim como foi pontuado em alguns votos dos julgamentos pelo Supremo Tribunal Federal, há multiplicidade de situações e de formas de vinculação a tais regimes complementares de previdência privada, muitas delas estritamente originadas nas relações de emprego, sem a possibilidade de migração, mediante contratos de adesão e integração aos pactos laborais, antes mesmo da Emenda Constitucional 20/98. Porém tais situações sequer foram consideradas para a manutenção da competência da Justiça do Trabalho; a modulação dos efeitos da decisão fixou o julgamento das causas pela Justiça do Trabalho até 20 de fevereiro de 2013, e não de acordo com a época da vinculação aos planos de previdência privada[28].

Na verdade, diante da jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal, imperioso que fosse mantida a regra estabelecida da separação das competências: da Justiça do Trabalho quando a complementação de aposentadoria estivesse vinculada ao contrato de trabalho, e da Justiça Comum quando não possuísse qualquer relação com o vínculo de emprego. Porém, não foi o que restou decidido com repercussão geral.

[28] Nesse sentido, a Súmula nº 288 do TST: "Complementação dos proventos de aposentadoria – A complementação dos proventos de aposentadoria é regida pelas normas em vigor na data de admissão do empregado, observando-se as alterações posteriores, desde que mais favoráveis ao beneficiário do direito".

3. (In)competência da justiça do trabalho para execução das contribuições previdenciárias incidentes sobre o período do contrato de trabalho reconhecido

O art. 114, VIII, dispõe que compete ao Poder Judiciário trabalhista "a execução, de ofício, das contribuições sociais previstas no art. 195, I, a, e II, e seus acréscimos legais, decorrentes das sentenças que proferir".

A Tese 36 do Supremo Tribunal Federal, que trata da (in)competência da Justiça do Trabalho para as execuções das contribuições previdenciárias sobre o tempo de serviço, teve origem no Recurso Extraordinário nº 569.056-3-PA, de 11.09.2008, com a relatoria do ministro Menezes Direito e a seguinte ementa:

> **Recurso extraordinário. Repercussão geral reconhecida. Competência da Justiça do Trabalho. Alcance do art. 114, VIII, da Constituição Federal**. 1. A competência da Justiça do Trabalho prevista no art. 114, VIII, da Constituição Federal alcança apenas a execução das contribuições previdenciárias relativas ao objeto da condenação constante das sentenças que proferir. 2. Recurso extraordinário conhecido e desprovido.

No caso em destaque, o ministro relator entendeu que não podia haver a execução das contribuições sociais propriamente ditas, mas da sentença com parcelas remuneratórias deferidas. Caso não houvesse o deferimento de verbas salariais, nem em acordo homologado, não haveria como reconhecer a competência da Justiça do Trabalho para a execução das contribuições previdenciárias, face à natureza meramente declaratória do reconhecimento do vínculo de emprego, com base no art. 195, I "a" da Constituição, que fala da "incidência das contribuições previdenciárias sobre a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço", mesmo sem vínculo empregatício.

O § 3º do artigo 114, incorporado à Constituição pela Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998, trouxe relevante e polêmica alteração quanto à execução das contribuições previdenciárias derivadas das relações de emprego, vez que, como foi exposto, conferiu competência à Justiça do Trabalho em relação àquelas decorrentes das "sentenças que proferir". Com a Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004, a matéria foi deslocada para o inciso VIII do mesmo dispositivo. A Lei 10.035, de 25 de outubro de 2000, trouxe procedimentos relativos à execução das contribuições previdenciárias no âmbito da Justiça do Trabalho, ainda em vigor, prevendo a indicação das parcelas de natureza salarial nas sentenças e nos acordos homologados.

Segundo Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari, a competência trazida pela EC nº 20/98 para a execução das contribuições previdenciárias revelou "total desapreço aos princípios mais elementares de direito processual". Os autores referem-se à competência da Justiça Federal, de acordo com o art. 109, I da Constituição, nas causas em que a União ou o INSS forem partícipes, e à delegação de tal competência à Justiça Estadual, nas localidades em que não há Justiça Federal, ressalvada a competência própria da Justiça Estadual e da Justiça do Trabalho, afirmando que foi criada uma nova forma "de divisão de competência jurisdicional totalmente causuística"[29].

Ainda de acordo com os autores, a intenção foi clara: "fazer das Unidades Judiciárias da Justiça do Trabalho mais um órgão de arrecadação das contribuições sociais". A execução de ofício serviria para economizar "o serviço do corpo jurídico da União, numa estranha 'terceirização' da função arrecadadora". No mesmo sentido, citaram Wagner Giglio, que afirmou a atribuição à Justiça do Trabalho de "funções administrativas de

[29] CASTRO; LAZZARI, 2007, p. 331-332.

órgão auxiliar da autarquia, sem cuidar de lhe fornecer meios ou instrumentos para a missão totalmente estranha a seus propósitos" [30].

O INSS, como autor do recurso extraordinário nº 569.056-3/PA, sustentou que o teor da Súmula nº 368, I do TST partia da premissa de que as contribuições mencionadas no art. 114, VIII, da Constituição (com a redação da EC 45/2004) apenas decorriam "diretamente das sentenças proferidas pela Justiça do Trabalho", quando tais decisões implicassem "no pagamento de verbas sujeitas à incidência da exação previdenciária".

Para o INSS, tal premissa era equivocada, pois não encontrava guarida no ordenamento jurídico, segundo a tese de que "o fato gerador da contribuição previdenciária é a prestação dos serviços e não o pagamento das verbas". O órgão previdenciário citou, ainda, a alteração do art. 876 da CLT, que determinava a execução de ofício das contribuições sociais, "inclusive sobre os salários pagos durante o período contratual reconhecido", e a Súmula nº 401 do TST, que estabelece o dever de execução das contribuições sociais, mesmo que a sentença condenatória não tenha se manifestado expressamente sobre o desconto previdenciário, o que comprovaria o "efeito anexo condenatório" conferido a todas as sentenças trabalhistas nesse ponto.

Com a orientação fixada pela Resolução nº 125, de 5 de abril de 2005, do Tribunal Superior do Trabalho, entendia-se que a competência da Justiça do Trabalho para execução das contribuições previdenciárias alcançava o tempo de serviço reconhecido, aplicando-se a Súmula 368, I do TST, com a seguinte redação:

> **SÚMULA Nº 368** (...)
> I. A Justiça do Trabalho é competente para determinar o recolhimento das contribuições previdenciárias e fiscais provenientes das sentenças que

[30] *Ibid.*, p. 332.

> proferir. A competência da Justiça do Trabalho para execução das contribuições previdenciárias alcança as parcelas integrantes do salário de contribuição, pagas em virtude de contrato de emprego reconhecido em juízo, ou decorrentes de anotação da Carteira de Trabalho e Previdência Social - CTPS, objeto de acordo homologado em juízo. (ex-OJ nº 141 da SBDI-1 - inserida em 27.11.1998). Redação Original (conversão das Orientações Jurisprudenciais nºs 32, 141 e 228 da SBDI-1) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005

Tal orientação, no entanto, foi superada pouco tempo depois, com a adoção de entendimento mais restritivo, até hoje seguido, segundo o qual somente as contribuições previdenciárias decorrentes de sentenças condenatórias em pecúnia e de valores estipulados em acordos homologados, que integrem o salário de contribuição, poderão ser executadas na Justiça trabalhista. Por meio da Resolução nº 138, de 10 de novembro de 2005, do Tribunal Superior do Trabalho, a Súmula nº 368, item I, passou a contar com a redação questionada no Recurso Extraordinário interposto pelo INSS, nº 569.056-3-PA, nos seguintes termos:

> **SÚMULA Nº 368. Descontos previdenciários e fiscais. Competência. Responsabilidade pelo pagamento. Forma de cálculo**
>
> I - A Justiça do Trabalho é competente para determinar o recolhimento das contribuições fiscais. A competência da Justiça do Trabalho, quanto à execução das contribuições previdenciárias, limita-se às sentenças condenatórias em pecúnia que proferir e aos valores, objeto de acordo homologado, que integrem o salário de contribuição. (ex-OJ nº 141 da SBDI-1 - inserida em 27.11.1998. Súmula alterada - inciso I alterado - Res. 138/2005, DJ 23, 24 e 25.11.2005)

Referida modificação ocorreu – como aponta o acórdão-paradigma do Supremo Tribunal Federal, que fixou a Tese 36, em análise – em virtude

da insatisfação gerada pelo procedimento adotado pelo INSS, já que, embora viesse recebendo as contribuições pagas pelo período reconhecido, não as creditava em nome do trabalhador e, ao mesmo tempo, continuava a exigir a prova do tempo de serviço para fins previdenciários.

De fato, na vigência da interpretação de que a Justiça do Trabalho detinha competência para a execução das contribuições previdenciárias sobre o tempo de serviço reconhecido, mesmo quando havia o recolhimento das contribuições sociais do período respectivo, estas não beneficiavam diretamente o trabalhador titular da ação trabalhista e a sentença ou o acordo trabalhista eram (e ainda são) simplesmente desconsiderados pela autarquia previdenciária, sob a alegação de fraude. Assim, a União entende que para cômputo de tal período, é necessário início de prova material contemporânea ao vínculo de emprego discutido, de acordo com o art. 55, § 3º da Lei 8.213/91[31], somente admitindo-se a produção de prova unicamente testemunhal por motivo de força maior ou caso fortuito.

Nesse sentido, foi editada a Súmula 31 da Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais:

> **Súmula 31** - A anotação na CTPS decorrente de sentença trabalhista homologatória constitui início de prova material para fins previdenciários (data do julgamento 12.12.2005, publicada em 13.02.2006)[32].

[31] O dispositivo em questão possui a seguinte redação: Art.55.O tempo de serviço será comprovado na forma estabelecida no Regulamento [...]: § 3º A comprovação do tempo de serviço para os fins desta Lei, inclusive mediante justificativa administrativa ou judicial, observado o disposto no art. 108 desta Lei, só produzirá efeito quando for baseada em início de prova material contemporânea dos fatos, não admitida a prova exclusivamente testemunhal, exceto na ocorrência de motivo de força maior ou caso fortuito, na forma prevista no regulamento. (Redação dada pela Lei nº 13.846, de 2019).

[32] BRASIL. Conselho da Justiça Federal. Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais. *Súmula nº 31*. Disponível em: https://www.cjf.jus.br/phpdoc/virtus/sumula.php?nsul=31&PHPSESSID=kb4au4lp2mam6mj34m6qaik1n Acesso em 22 fev 2021. No mesmo sentido restou assentada a Súmula 34 da Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais (julgamento em 26.06.2006; publicada em 04.08.2006), no tocante à comprovação do tempo de labor rural (BRASIL. Conselho da Justiça Federal. Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais. *Súmula nº 34*. Disponível em: Disponível em:

A Súmula em questão partiu de incidentes de uniformização de jurisprudência, como o processo PU nº 2003.83.20.001830-0/PE, no qual o INSS requereu:

> [...] a adequação do julgado da Turma Recursal de Pernambuco à jurisprudência dita dominante no Superior Tribunal de Justiça (STJ), segundo a qual, para efeito de concessão de aposentadoria por tempo de contribuição, não cabe o reconhecimento de tempo de serviço por anotação em CTPS decorrente de reclamação trabalhista (RT), da qual o INSS não foi parte, além do que não deve ser considerado início de prova material a referida alteração, por ser extemporânea à prestação do serviço, sem quaisquer outros elementos de prova do exercício de atividade laborativa[33].

No referido processo, houve o reconhecimento do incidente e respectivo provimento, "na esteira da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça", para julgar improcedente o pedido de concessão de benefício previdenciário de aposentadoria por tempo de contribuição, "com prova de tempo de serviço baseada *exclusivamente* em anotação na CTPS, resultante de acordo firmado na Justiça do Trabalho[34].

Assim, a mudança de posição do Tribunal Superior do Trabalho foi uma resposta ao desprestígio institucional claramente demonstrado pelo posicionamento do INSS frente à temática, uma vez que cerca de sete meses após a alteração da Súmula 368, I, com o reconhecimento da competência da Justiça do Trabalho para a execução das contribuições previdenciárias sobre o tempo de serviço, modificou novamente o entendimento sumulado, para declarar a sua incompetência.

---

https://www.cjf.jus.br/phpdoc/virtus/sumula.php?nsul=34&PHPSESSID=6h1a4pteclng5bn3skri8tcsh3 Acesso em 22 fev 2021).

[33] BRASIL. Conselho da Justiça Federal. *PROCESSO Nº 200383200018300*. Julgamento em 31/1/2005. Acórdão. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/phpdoc/virtus/uploads/h5pGYiSo.pdf>. Acesso em: 17 dez.2020.

[34] Ibid.

É que muitas ações na Justiça do Trabalho, sobretudo as oriundas de contratos informais, envolvem trabalhadores que não recebem documentos comprobatórios desse vínculo ou recibos de pagamentos. Nesses casos, o reconhecimento do contrato de trabalho se baseia, praticamente, na prova testemunhal produzida no processo ou em conciliação realizada entre os litigantes. Tal situação peculiar, totalmente desconsiderada pela União, segundo Ana Maria Aparecida de Freitas, gerou "grande desconforto entre o Judiciário Trabalhista e a Previdência Social, a ponto de ter sido alterado o teor da Súmula 368 do Colendo TST"[35].

Com efeito, ao INSS interessavam os recolhimentos que estavam sendo realizados por força das execuções promovidas na Justiça do Trabalho; no entanto, não havia vontade política para o reconhecimento das decisões da Justiça do Trabalho para o deferimento dos benefícios de aposentadoria baseados naquelas decisões ou acordos, já que os valores, em regra, não eram individualizados no Cadastro Nacional de Informações Sociais (CNIS), banco de dados da Previdência Social, à época, com as informações de todos os salários de contribuição e meses de competência do trabalhador.

Por certo que não se pode considerar que as sentenças e acordos homologados na Justiça do Trabalho apresentam fraude no reconhecimento do vínculo de emprego e do tempo de serviço, até porque a União não cumpre adequadamente seu papel fiscalizatório e de cobrança das contribuições sociais devidas, deixando que os trabalhadores arquem com o não recolhimento das contribuições sociais e tenham que, além de postular as verbas trabalhistas inadimplidas na Justiça do Trabalho, exigir na Justiça Federal o benefício de aposentadoria.

[35] FREITAS, 2011, p. 170.

Haveria como adotar as modificações necessárias para coibir eventuais fraudes por conluio das partes, mas não existe interesse na divisão dessa competência, como ocorreu no caso das complementações das aposentadorias por entidades fechadas de previdência privada, atribuindo-se à Justiça do Trabalho, de forma totalmente injustificável, apesar da sua eficiência arrecadatória[36], a pecha de "homologar fraudes", com vistas à concessão de benefícios previdenciários indevidos.

O acórdão citado como precedente pelo Tribunal Superior do Trabalho, para a alteração da Súmula 368, I do TST, com o reconhecimento da incompetência da Justiça do Trabalho para a execução das contribuições previdenciárias sobre o tempo de serviço, foi o do processo TST-RR nº 1925/2001-104-03-40.9, de 7.12.2005, com a relatoria do então juiz convocado Horário Senna Pires. Referido julgamento citou acórdão proferido no Recurso de Revista nº 1208/1999-002-24-01 (publicado no DJ em 18.02.05, 1ª Turma, relator ministro João Oreste Dalazen), basicamente com os fundamentos de que o art. 876, parágrafo único da CLT delimita a competência da Justiça do Trabalho "somente para a execução de créditos previdenciários resultantes de condenação ou homologação de acordo" e que o § 3º do art. 832 da CLT, acrescentado pela Lei nº 10.035/2000, reforça esse entendimento, uma vez que fala sobre a obrigação de pagar "parcela de natureza salarial, ou acordo equivalente"[37]. Contudo, tais dispositivos legais são anteriores à primeira alteração da Súmula 368, I do TST, que fixou o reconhecimento da

[36] Segundo dados da Corregedoria Geral do Tribunal Superior do Trabalho, a Justiça do Trabalho arrecadou para os cofres públicos da União mais de 8 bilhões de reais (R$ 8.165.150.322,34), somente de contribuições previdenciárias, de janeiro a dezembro de 2018. Disponível em: "Justiça do trabalho arrecadou 9 bilhões para os cofres da união". *Istoé Dinheiro*. 1/2/2019. <https://www.istoedinheiro.com.br/justica-do-trabalho-arrecadou-r-9-bilhoes-para-os-cofres-da-uniao-em-2018/>. Acesso em: 17 dez.2020.

[37] BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Processo nº TST-RR-1925/2001-104-03-40.9*. 2ª Turma. Julgamento em 7/12/2005. DJE de 10/3/2006. Disponível em: <https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1900221/recurso-de-revista-rr-192540172001503010 4-192540-17200150301 04/inteiro-teor-100698741>. Acesso em: 13 dez.2020.

competência da Justiça do Trabalho para a execução das contribuições previdenciárias sobre o tempo de serviço[38], o que demonstra a natureza política da decisão do Tribunal Superior do Trabalho.

Ocorre que, em 16 de março de 2007, por força de dispositivo inserido na Lei nº 11.457/07 (Lei da "Super-Receita"), o parágrafo único do art. 876 da CLT recebeu nova redação:

> Art. 876. (...) Parágrafo único. Serão executadas *ex-officio* as contribuições sociais devidas em decorrência de decisão proferida pelos Juízes e Tribunais do Trabalho, resultantes de condenação ou homologação de acordo, inclusive sobre os salários pagos durante o período contratual reconhecido.

Referida alteração legal suscitou nova mudança na jurisprudência da Justiça do Trabalho, com o pronunciamento de superação do entendimento da Súmula 368, I do TST, com a redação dada pela Resolução nº 138, de 10 de novembro de 2005 do Tribunal Superior do Trabalho[39].

Esse foi um dos argumentos explorados pelo INSS no Recurso Extraordinário nº 569.056-3-PA.

Apesar do exposto, a decisão do Supremo Tribunal Federal que deu origem ao Tema 36, sobre a (in)competência da Justiça do Trabalho para execução das contribuições previdenciárias sobre o tempo de serviço, foi

---

[38] O parágrafo único do Art. 876 da CLT possuía a seguinte redação: "[...] Parágrafo único. A Justiça do Trabalho executará, de ofício, as contribuições sociais previstas na alínea a do inciso I e no inciso II do caput do art. 195 da Constituição Federal, e seus acréscimos legais, relativas ao objeto da condenação constante das sentenças que proferir e dos acordos que homologar. Já o Art. 832, §3º da CLT, prevê: "[...] § 3º As decisões cognitivas ou homologatórias deverão sempre indicar a natureza jurídica das parcelas constantes da condenação ou do acordo homologado, inclusive o limite de responsabilidade de cada parte pelo recolhimento da contribuição previdenciária, se for o caso. (Incluído pela Lei nº 10.035, de 2000)"

[39] Como ocorreu no julgamento do Agravo de Petição nº 01972.2004.056.19.00-4 AL, do TRT da 19ª Região (BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 19ª Região. Agravo de Petição nº 01972.2004.056.19.00-4. J em 18/7/2007. Acórdão. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=ALTERA%C3%87%C3%83O+DO+ART.+876%2C+PAR%C3%81GRAFO+%C3%9ANICO%2C+DA+CLT.+CONTRIBUI%C3%87%C3%95ES+PREVIDENCI%C3%81RIAS>. Acesso em: 13 dez.2020).

em sentido contrário. Mesmo com a oposição de embargos declaratórios do julgamento do Recurso Extraordinário nº 569.056-3-PA, para manifestação sobre o art. 876, parágrafo único da CLT, com a redação dada pela Lei nº 11.457/07 e modulação dos efeitos, a questão não foi enfrentada. O Supremo Tribunal Federal manteve o entendimento acerca da competência da Justiça Federal e negou a necessidade de qualquer modulação. Na oportunidade, entendeu-se, por unanimidade, que não era o caso de acolhimento dos embargos declaratórios, tendo em vista que o acórdão de origem, da lavra do Tribunal Superior do Trabalho, não havia declarado a inconstitucionalidade do art. 876, parágrafo único da CLT, de modo que não seria o caso de omissão a ser sanada pelo Supremo Tribunal Federal. Não se vislumbrou, ainda, interesse social ou público ou, ainda, ofensa ao princípio da segurança jurídica[40].

Nesse contexto, houve a edição da Súmula Vinculante 53 do STF, assim redigida:

> **SÚMULA VINCULANTE 53.**
> A competência da Justiça do Trabalho prevista no art. 114, VIII, da Constituição Federal alcança a execução de ofício das contribuições previdenciárias relativas ao objeto da condenação constante das sentenças que proferir e acordos por ela homologados (Data de Aprovação: Sessão Plenária de 18/06/2015. Referência Legislativa Constituição Federal de 1988, art. 114, VIII. Precedente RE 569056 Publicação: DJe nº 236 de 12/12/2008).

Finalmente, com a Lei 13.467, de 2017 ("Reforma Trabalhista"), o art. 876, parágrafo único da CLT recebeu a seguinte redação, atualmente em vigor:

[40] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. EMB. DECL. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO nº 569.056 PARÁ. J. em 19/11/2014. DJ de 2/2/2015.

> **Art. 876.** [...]
> Parágrafo único. A Justiça do Trabalho executará, de ofício, as contribuições sociais previstas na alínea a do inciso I e no inciso II do caput do art. 195 da Constituição Federal e seus acréscimos legais, relativas ao objeto da condenação constante das sentenças que proferir e dos acordos que homologar.

E assim, mais uma vez, a competência da Justiça do Trabalho restou limitada, importando em perdas para o recolhimento das contribuições previdenciárias à União e para o reconhecimento efetivo dos vínculos de emprego perante a autarquia previdenciária, para o pagamento de benefícios previdenciários, com menoscabo ao Judiciário trabalhista, que, no lugar de ter reconhecida a sua relevância e importância institucional, inclusive considerando a excelente arrecadação aos cofres da União, tem suas decisões e acordos desconsiderados para fins previdenciários, sob a alegação de fraudes.

Conclusão

A ampliação da competência da Justiça do Trabalho pela Emenda Constitucional nº 45/2004 tem sido diuturnamente limitada pelas decisões do Supremo Tribunal Federal, nos inúmeros julgamentos ao longo dos anos. A abordagem deste estudo foi centrada, especificamente, nas decisões que declararam a incompetência da Justiça do Trabalho para complementações de aposentadoria por entidades fechadas de previdência privada e execuções das contribuições previdenciárias sobre o tempo de serviço reconhecido.

No entanto, existem diversas outras, que não só limitam a competência do Judiciário Trabalhista, o que resulta no seu desprestígio institucional e na diminuição do número de ações sob a sua apreciação, mas, também, que flexibilizam a proteção dos direitos sociais, verdadeiras

reformas trabalhistas, muito anteriores à Lei 13.467/2017, que trouxe o aprofundamento da precarização do mercado de trabalho.

As ações de complementações de aposentadoria por entidades fechadas de previdência privada envolvem contingente bastante considerável de empregados públicos e de funcionários de sociedades de economia mista, interesses políticos, capital do Estado e de empresas privadas, além de representarem conteúdo econômico expressivo. As adesões a planos de previdência privada derivam dos contratos de trabalho e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal já era pacífica no sentido de que, nessas condições, os pedidos de complementações de aposentadoria deveriam ser apreciados pela Justiça do Trabalho.

O quadro passou a ser redefinido após as privatizações de empresas públicas, na década de 1990 e a partir de 2008, com as fusões de empresas, incentivadas pelo Estado, com injeção de capital público e participação ativa dos fundos de pensão, além da crise econômica mundial do período, que exigiu maior capitalização das empresas.

No tocante à competência para execução das contribuições previdenciárias sobre o tempo de serviço reconhecido, tanto a legislação quanto a jurisprudência da Justiça do Trabalho tiveram idas e vindas. Apesar de a Constituição ter atribuído tal competência à Justiça do Trabalho, a partir da Emenda Constitucional nº 20/98 as dificuldades operacionais e a resistência do INSS em considerar as decisões e acordos da Justiça do Trabalho para a concessão de benefícios previdenciários, mesmo quando havia o recolhimento das contribuições sociais respectivas, influenciaram a mudança da jurisprudência pelo Tribunal Superior do Trabalho, e o Supremo Tribunal Federal, em decisão com repercussão geral, reconheceu que a competência para a execução de contribuições previdenciárias sobre o período de trabalho pertence à Justiça Federal.

Assim, o enfraquecimento da competência da Justiça do Trabalho vem sendo a tônica das decisões do Supremo Tribunal Federal, com argumentos políticos e econômicos, e não propriamente pelo discurso constitucional. Tal posicionamento traz prejuízos, não só à relevância institucional da Justiça do Trabalho, mas à arrecadação pela União, à segurança jurídica e, principalmente, à missão do Supremo Tribunal Federal como guardião da Constituição.

Referências

ANAMATRA. Nota pública nº 5/2020. Disponível em: <https://www.anamatra.org.br/imprensa/noticias/29583-nota-publica-5>. Acesso em: 13 dez.2020.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. PROCESSO Nº 200383200018300. Julgamento em 31/1/2005. Acórdão. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/phpdoc/virtus/uploads/h5pGYiSo.pdf>. Acesso em: 17 dez.2020.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais. Súmula nº 31. Disponível em: https://www.cjf.jus.br/phpdoc/virtus/sumula.php?nsul=31&PHPSESSID=kb4au4lp2mam6mj34m6qaik1n Acesso em 22 fev 2021.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais. Súmula nº 34. Disponível em: Disponível em: https://www.cjf.jus.br/phpdoc/virtus/sumula.php?nsul=34&PHPSESSID=6h1a4pteclng5bn3skri8tcsh3 Acesso em 22 fev 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MC na ADI nº 6363-DF. Julgamento em 17/4/2020 Publicação em 20/4/2020. Acordão. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15345059901&ext=.pdf>. Acesso em: 13 dez.2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 466.343. Julgamento em 3/12/2008. Publicação no DJE de 11/12/2008. Acórdão. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/re466343.pdf>. Acesso em: 13 dez.2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Repertório de jurisprudência constante do julgamento do Recurso Extraordinário nº 583.050/RS. Ministro relator Cezar Peluso, Ministro redator Dias Toffoli, de 22 fev. 2013. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630015. Acesso em: 13 dez.2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 583.050/RS. Julgamento em de 22.02.2013. Acórdão. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630015<. Acesso em: 13 dez.2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. EMB. DECL. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO nº 569.056 PARÁ. J. em 19/11/2014. DJ de 2/2/2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão do Recurso Extraordinário nº 586.453/SE. Publicado em 19. ago. 2015. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=2616941&numeroProcesso=586453&classeProcesso=RE&numeroTema=190#. Acesso em: 13 dez.2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tema de Repercussão Geral nº 190. Julgado em 19/3/2014. DJE de 1/8/2014. Acórdão. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=2616941&numeroProcesso=586453&classeProcesso=RE&numeroTema=190#>. Acesso em: 13 dez.2020.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 19ª Região. Agravo de Petição nº 01972.2004.056.19.00-4. J em 18/7/2007. Acórdão. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=ALTERA%C3%87%C3%83O+DO+ART.+876%2C+PAR%C3%81GRAFO+%C3%9ANICO%2C+DA+CLT.+CONTRIBUI%C3%87%C3%95ES+PREVIDENCI%C3%81RIAS. Acesso em 22 fev 2021.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Processo nº TST-RR-1925/2001-104-03-40.9. 2ª Turma. Julgamento em 7/12/2005. DJE de 10/3/2006. Disponível em:

<https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1900221/recurso-de-revista-rr-192540172001503010 4-192540-1720015030104/inteiro-teor-100698741>. Acesso em: 13 dez.2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista 1208/1999-002-24-01, 1ª Turma, relator ministro João Oreste Dalazen. DJ – 18 fev. 2005. Disponível em: https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1900221/recurso-de-revista-rr-192540172001503010 4-192540-1720015030104/inteiro-teor-100698741. Acesso em: 13 dez. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. RR.– 189.325/95. 5ª Turma. Relator Min. Armando de Brito. Publicado no DJ n.º 221/97. Acórdão.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. RR 228072/95.3, 1ª Turma. Relator Min. João Oreste Dalazen. Publicado no DJ de 11/9/1998. Acórdão.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. *Manual de Direito Previdenciário*. 8. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007.

COUTINHO, Grijalbo Fernandes. *O STF como justiça política do capital: a desconstrução do Direito do Trabalho por intermédio de decisões judiciais sincronizadas com os ímpetos do mercado neoliberal (2007-2020)*. Tese de Doutorado defendida junto à UFMG. Disponível em: <https://repositorio.ufmg.br/handle/1843/34563>. Acesso em: 13 dez.2020.

DIEESE – Departamento Intersindical de Estatísticas e Estudos Socioeconômicos. "*Acordos negociados pelas entidades sindicais para enfrentar a pandemia do coronavírus – Covid 19: atualização dos Estudos e Pesquisas 91*". Disponível em: <https://www.dieese.org.br/estudosepesquisas/2020/estPesq92AcordosCovidAtualizacao.html>. Acesso em: 13 dez.2020.

FREITAS, Ana Maria Aparecida de. *A contribuição previdenciária no âmbito da Justiça do Trabalho*: a dignidade e o valor social do trabalho espelhados pela arrecadação desse tributo. Recife: ESMATRA, 2011.

LAZZARINI, Sérgio *G. Capitalismo de Laços*: os donos do Brasil e suas conexões. Rio de Janeiro: Elsevier, 2001.

NETTO, Menelick de Carvalho. Temporalidade, Constitucionalismo e Democracia. *Revista Humanidades*, Brasília, nº 58, junho de 2011, p. 33-43.

PETROS. Sítio Virtual. Disponível em: <https://www.petros.com.br/PortalPetros/faces/Petros/apetros/hist?_adf.ctrl-state=umtt3jdkp_4&_afrLoop=6037745071192214>. Acesso em: 13 dez.2020.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *O STF em matéria trabalhista e o curioso caso de Benjamin Button*. Disponível em: <https://www.anamatra.org.br/images/uploads/article/o-stf-e-o-curioso-caso-de-benjamin-button_1.pdf>. Acesso em: 13 dez.2020.

Matérias jornalísticas

"Desemprego fica em 11 porcento em dezembro". Portal G1. 31/1/2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/noticia/2020/01/31/desemprego-fica-em-11percent-em-dezembro-diz-ibge.ghtml>. Acesso em: 13 dez.2020.

"Justiça do trabalho arrecadou 9 bilhões para os cofres da união". Istoé Dinheiro. 1/2/2019. <https://www.istoedinheiro.com.br/justica-do-trabalho-arrecadou-r-9-bilhoes-para-os-cofres-da-uniao-em-2018/>. Acesso em: 17 dez.2020.

Capítulo 15

Competência da justiça do trabalho e as ADIS 5326 e 3684: a proteção ao trabalho humano como centro irradiador da interpretação constitucional

Noemia Porto [1]

1 Introdução

O alcance normativo da previsão do art. 114 da Constituição de 1988, com a redação conferida pela EC nº 45/2004, denominada de "Reforma do Poder Judiciário", tem sido disputado ao longo desses mais de 15 anos desde que entrou em vigor da mudança promovida pelo legislador constituído.

A entrada em vigor de um texto legislativo que não é a norma (porquanto essa demanda o contexto de aplicação) apenas inaugura uma nova e longa etapa de definição dos significados jurídicos que possam se conectar, de maneira adequada e coerente, com as demandas da sociedade do presente.

A mencionada alteração constitucional teve inegável propósito de ampliar o rol de matérias que são apreciadas pela Justiça do Trabalho. Até então, dizia-se, ainda que com alguma divergência, que a competência desse ramo especializado, como regra, se baseava em critério meramente subjetivo, ligado à relação jurídica das pessoas envolvidas no litígio: o trabalhador (ou, melhor, o ex-trabalhador) e seu empregador.

Com o advento da EC nº 45/2004, o critério passou a ser outro. O viés, antes de natureza meramente subjetiva, passou agora a ser objetivo.

[1] Juíza do Trabalho, doutora e mestre em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília (UnB), presidente da Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (Anamatra – biênio 2019-2021) e professora universitária.

A partir de tal emenda, todas as matérias oriundas da relação de emprego passaram a ser julgadas por esse ramo especializado do Poder Judiciário, inclusive quando praticadas pela administração pública direta e indireta, ressalvando-se apenas as relações tipicamente estatutárias (ADI 3395/STF).[2] Além disso, a Justiça do Trabalho tornou-se competente para apreciar toda e qualquer matéria que esteja afeta à jurisdição trabalhista.

Houve, em suma, efetiva ampliação do rol de atribuições para alcançar todas as controvérsias decorrentes das relações de trabalho, e não apenas do contrato de emprego. O legislador constituinte derivado reformador esteve atento às mudanças do mundo do trabalho e, portanto, ao advento de novas e renovadas formas que envolvem o trabalho humano.[3] Importante lembrar que, no campo trabalhista, a doutrina e a jurisprudência tradicionalmente identificavam e identificam com razoável consenso a distinção entre relação de trabalho, como gênero, da relação de emprego, como espécie.[4]

---

[2] As controvérsias em torno da ampliação da competência da Justiça do Trabalho tiveram início logo em seguida à promulgação da EC nº 45/2004, justamente com o tema afeto ao trabalho desenvolvido em favor da Administração Pública Direta e Indireta, com a propositura da ADI 3395, cujo mérito foi julgado apenas recentemente. Análise sobre essa decisão pode ser conferida no seguinte artigo: PORTO, Noemia & FREITAS, Marco Antonio. Competência da Justiça do Trabalho e o julgamento do STF: análise da competência da Justiça do Trabalho para os servidores com vínculo jurídico-administrativo. *In: JOTA*. Opinião e Análise. 12/05/2020. Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-julgamento-da-adi-3395-stf-12052020, acesso em 1/02/2021.

[3] O presente raciocínio também constou em outro artigo que, abordando a competência da Justiça do Trabalho, tratou do Tema 606, com repercussão geral, no âmbito do STF. De forma surpreendente – ou seja, a despeito da jurisprudência pacificada no STJ e no TST sobre o tema –, ainda se discute o alcance do disposto no art. 114 da Constituição numa hipótese em que, contra a dispensa de determinado trabalhador, foi impetrado mandado de segurança questionando o ato praticado pela empresa pública, que implicou na extinção do contrato de emprego, cuja regência pelo regime celetista é inquestionável. (PORTO, Noemia & TREVISO, Marco Aurélio M. Empregados públicos e o princípio da unidade de convicção. *Jota*. 19/10/2020. Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/empregados-publicos-e-o-principio-da-unidade-de-conviccao-19102020, acesso em 26 de janeiro de 2021).

[4] Para Maurício Godinho Delgado: "A Ciência do Direito enxerga clara distinção entre relação de trabalho e relação de emprego. A primeira expressão tem caráter genérico: refere-se a todas as relações jurídicas caracterizadas por terem sua prestação essencial centrada em uma obrigação de fazer consubstanciada em *labor humano*. Refere-se, pois, a toda modalidade de contratação de trabalho humano modernamente admissível. A expressão relação de trabalho englobaria, desse modo, a relação de emprego, a relação de trabalho autônomo, a relação de trabalho eventual, de trabalho avulso e outras modalidades de pactuação de prestação de labor (como trabalho de estágio, etc.). Traduz, portanto, o gênero a que se acomodam todas as formas de pactuação de prestação de trabalho existentes no mundo jurídico atual". (2014, p. 287).

A estrutura constitucional da competência da Justiça do Trabalho é uma questão crucial, na perspectiva de um sistema de garantia dos direitos, e demanda observação crítica. E, para além dela (observação crítica), merecem destaque a capacidade de gerar conhecimento e de interferir na realidade. Para todas essas ações, professoras/es, pensadoras/es, pesquisadoras/es e a sociedade em geral têm papel decisivo, em busca de um mundo do trabalho estruturado de forma mais inclusiva e justa. Afinal, a Constituição de 1988, que marca o paradigma do Estado Democrático de Direito (art. 1º), mais do que um texto formalmente rígido, é representativa de um espaço de luta e de reivindicação pelos significados normativamente vinculantes. Diversos aspectos relacionados ao mundo do trabalho, inclusive o próprio trabalho, são decisivos para uma dimensão estruturante da vida social, assim como o sistema de garantia que se forma em favor do direito ao trabalho como direito de cidadania.[5]

O presente artigo é resultado da participação e das interações possibilitadas pelo seminário "A Construção Jurisprudencial da Reforma Trabalhista pelo STF", ocorrido, em plataforma virtual, no período de 9 a 13 de novembro de 2020, realizado pelo Observatório Trabalhista STF e Rede de Estudos e Monitoramento da Reforma Trabalhista (REMIR – Trabalho), com apoio do Centro de Estudos Sociais e da Economia do Trabalho (CESIT), da Universidade de Brasília (UnB), da Universidade Federal do Paraná (UFPR) e da Clínica Direito do Trabalho da UFPR. Especificamente a abordagem a que se refere este estudo foi realizada na mesa virtual "A Jurisdição do Trabalho", ao lado de Luciana Conforti,

[5] Esse raciocínio também constou no seguinte artigo: PORTO, Noemia. *A dissociação entre direitos trabalhistas e direitos do empregado: desafios para repensar o trabalho digno*. *In*: DELGADO, Gabriela Neves (coord.). Direito fundamental ao trabalho digno no século XXI: principiologia, dimensões e interfaces no Estado democrático de direito. Coleção Trabalho, Constituição e Cidadania, v. 1. São Paulo: Ltr, 2002, p. 110-119.

Cláudio Mascarenhas Brandão, Murilo Sampaio Oliveira e Maria Cecília Teodoro.[6]

O enfoque da presente abordagem se encontra em decisões proferidas no âmbito de duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs), no STF, quais sejam, as de números 5326 e 3684, versando sobre a competência para os temas, respectivamente, do trabalho infantil artístico, cultural e/ou desportivo e da matéria penal.

Os estudos acerca das decisões proferidas pelo STF em torno da competência da Justiça do Trabalho são não apenas oportunos, como necessários, especialmente considerando que a legitimidade do Poder Judiciário – e com o STF não é diferente – não é um dado, mas um construto, e depende da capacidade de conferir respostas razoavelmente satisfatórias e constitucionalmente adequadas para as demandas dos cidadãos e das cidadãs em torno da realização dos direitos fundamentais. Decisões do STF não encerram os debates; são, sim, mais um elemento a ser considerado na análise crítica da realidade jurídica circundante, em especial quando se considera o papel a ser desempenhado pelas pesquisas jurídicas no Brasil.

A despeito de as ADIs contemplarem temas diferentes – a autorização para o trabalho artístico, cultural e/ou desportivo de crianças e adolescentes e as ações penais –, ambas têm como pano de fundo a interpretação e o alcance que vêm sendo dados ao art. 114 da Constituição, cuja aplicação normativa tem sido objeto de incontáveis disputas. As disputas, a propósito, nunca carregam perspectiva de neutralidade; muito pelo contrário. Assim, nem de longe se trata de uma leitura hermeticamente fechada sobre a literalidade do art. 114. As divergências

[6] REMIR TRABALHO. *Seminário A Construção Jurisprudencial da Reforma Trabalhista pelo STF*. Disponível em: http://abet-trabalho.org.br/seminario-a-construcao-jurisprudencial-da-reforma-trabalhista-pelo-stf/. Acesso em: 26 jan. 2021.

envolvem pensar sobre o conceito de trabalho e quais proteções jurídicas contemporâneas ainda precisam ser construídas para os desafios que estão colocados no século 21. O enfoque, portanto, é o da eficácia do sistema constitucional de garantias endereçado aos direitos sociais de conteúdo trabalhista.

Para tanto, serão apresentadas a decisão pertinente ao denominado TIA (Trabalho Infantil Artístico) e, depois, aquela relacionada à competência penal. Em ambas as hipóteses, o objetivo é o de lançar reflexão crítica sobre os impasses relacionados à competência material da Justiça do Trabalho, partindo-se da estrutura normativa e das disputas conceituais que se inserem na trajetória de compreensão do alcance do art. 114 da Constituição de 1988.

2 ADI 5326 do STF – trabalho infantil artístico, cultural e/ou desportivo

Inicia-se com o trabalho infantil artístico, cultural e/ou desportivo na perspectiva de que se trata de trabalho, ainda que em situação excepcionalmente autorizada pela norma internacional, representada pela Convenção nº 138 da OIT. Defende-se que a proteção integral e prioritária que deve estar endereçada a crianças e adolescentes não se circunscreve a uma questão de direito de família, envolvendo, isto sim, proteções jurídicas típicas do campo laboral. Em se tratando de relação de trabalho, ainda que não se configure a hipótese de contrato de emprego, a competência para a concessão de autorizações é da Justiça do Trabalho, justamente por força do já mencionado art. 114 da Constituição.[7]

[7] Essas ideias foram desenvolvidas de forma mais ampliada no seguinte artigo: PORTO, Noemia. Proteção à criança e ao adolescente em situação de trabalho: a polêmica presente na (in)compreensão da competência material da justiça especializada. *In:* RAMOS, Ana Maria Villa Real Ferreira; VILAR-LOPES, Daliana; COUTINHO; Luciana Marques; REZENDE, Simone Beatriz Assis de (orgs.). *Coordinfância*: 20 anos de luta pela efetivação dos direitos das crianças e dos adolescentes. Brasília: MPT, 2020.

Esse dispositivo constitucional atinente ao tema da competência da Justiça do Trabalho não pode ser interpretado à luz de norma infraconstitucional, como é o caso do art. 149 do ECA. A propósito, a atuação do ramo especializado judiciário também comporta considerar a atuação institucional de um ramo específico do Ministério Público, ou seja, a pertinência da atuação do Ministério Público do Trabalho (MPT). A propósito, a experiência internacional igualmente indica o consenso de que se trata de trabalho e que os marcos regulatórios protetivos devem ser pertinentes ao campo laboral.

Decisão recente em sede de conflito de competência no âmbito do STJ também pode iluminar esse debate, porque permite observar alguns aspectos interessantes sobre a competência material da Justiça do Trabalho, visto que: 1) reafirma a pertinência da avaliação da causa de pedir para fins de definição da competência material; 2) afasta a consideração – infelizmente recorrente – sobre a hipótese de a atuação especializada estar definida apenas quando se considere a existência de vínculos de emprego consolidados *a priori*; e 3) revela a atuação do Ministério Público do Trabalho, em cooperação com o Ministério Público estadual, na defesa dos interesses de adolescentes em situações de trabalho.

De fato, em abril de 2020, decisão do ministro Herman Benjamin, do STJ, em sede de conflito de competência (CC nº 171408), definiu a competência da Justiça do Trabalho para executar cláusula descumprida de Termo de Ajuste de Conduta (TAC) firmado entre o Ministério Público do Trabalho e determinada entidade educacional, versando sobre o trabalho de adolescentes entre 16 e 18 anos de idade, mesmo diante da concessão de alvará, pela Justiça Comum, que autorizava a atuação como "guardas mirins".

Para o ministro Herman, a concessão de alvará pela Justiça Comum não pode obstar o cumprimento de cláusula constante em TAC firmado com o Ministério Público do Trabalho. A causa de pedir na ação de execução trabalhista, prevista no art. 876 da CLT, que envolve diversas cláusulas, e não apenas a do trabalho como "guardas mirins", indica desdobramentos do TAC perante a Justiça do Trabalho e, portanto, a demanda conexa deveria, necessariamente, tramitar no mesmo juízo. Há nesse raciocínio a lógica da *vis atractiva*. De fato, o juízo sobre a competência, que se vincula à causa de pedir, antecede necessariamente o juízo sobre o mérito da causa (isto é, se seria relação de trabalho em sentido estrito ou não).

Importante que se diga que, diferentemente das manifestações artísticas livres, vale dizer, em centros culturais, nas escolas ou outros ambientes similares, o trabalho infantil artístico é trabalho e, como tal, impacta a vida das crianças e dos adolescentes, gerando consequências que não podem ser consideradas apenas positivas.

No caso da ADI 5326, foi ajuizada em maio de 2015 pela Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão (ABERT) e ainda pende de decisão definitiva no mérito. Nada obstante, o provimento liminar requerido foi atendido pelo ministro-relator, Marco Aurélio, que suspendeu, em suma, preceitos em vigor para assentar a competência da Justiça Comum para analisar os pedidos de alvarás. Houve, depois, por maioria de votos, confirmação em plenário de tal provimento.

Importante observar que a ABERT, autora da ADI, não detém legitimidade universal para a propositura de ADIs, devendo, na realidade, comprovar, objetivamente, a ocorrência de pertinência temática entre os interesses que defende e a questão constitucional colocada para apreciação da Corte. Ocorre que, defendendo interesses de emissoras de rádio e televisão, sequer consegue abranger o rol de situações, de beneficiários e

de interessados, direta ou indiretamente, no tema do trabalho infantil artístico.

Como facilmente se pode notar da regulação normativa do Direito comparado, rádio e televisão não representam ou sintetizam a gama de atividades que podem traduzir uma situação de trabalho infantil artístico, cultural e/ou desportivo.

Em Portugal, a questão se encontra disciplinada, ao menos com regras gerais, no Código do Trabalho (Lei nº 07/2009, de 12 de fevereiro); ou seja, não há dúvida de que as manifestações artísticas não voluntárias constituem uma forma de trabalho e devem ser protegidas observando-se os princípios e os parâmetros construídos nesse campo especializado.

Nos Estados Unidos da América, e mais especificamente no estado da Califórnia, que abriga um dos maiores centros produtores de entretenimento do mundo (Hollywood), há previsões que procuram orientar essa especial situação de trabalho. Cito aqui como referência regulatória a sessão 1700.37 do *California Labor Code* e o *California Family Code*, seções 6750 e 6752.

É evidente, no caso da legislação do estado da Califórnia, que o trabalho de crianças e adolescentes em atividades culturais, artísticas, desportivas e similares não se circunscreve a uma questão do Direito de Família. Trata-se, na realidade, da participação dos responsáveis legais na proteção dos interesses das crianças e dos adolescentes nessa excepcional situação de trabalho e de forma a, por um lado, garantir aqueles (empresários) que pactuam as atividades, e, por outro, também o futuro dessas crianças e adolescentes em termos de rendimentos, definindo-se, inclusive, quem são considerados empregadores nas mais diversas modalidades de intermediações contratuais.

A Argentina ratificou a Convenção nº 138 da OIT e, pela Lei nº 26.390/2008, estabeleceu a idade mínima de admissão no emprego, que

passou a ser de 16 anos, proibindo-se, em todas as suas formas, o trabalho de menores, independentemente de existir uma relação contratual, com ou sem remuneração.

Especificamente quanto ao trabalho infantil artístico, o ministro do Trabalho editou Resolução (44/2008) para regular o trabalho de menores no âmbito da província de Buenos Aires.

Assim, na Argentina, o trabalho infantil artístico recebe regulação pública no contexto de que se trata de trabalho infantil, e, ainda, de que é uma forma de trabalho, devendo ser resguardados os direitos, inclusive laborais, das crianças e dos adolescentes.

Os exemplos acima elencados revelam, primeiro, a consideração de que o trabalho infantil artístico é trabalho; depois, que crianças e adolescentes devem ser destinatários da proteção estatal em temas como jornada, suporte e análise psicológica e física, meio ambiente laboral, resguardo dos seus ganhos e existência de órgãos de fiscalização; o tema envolve a atuação, pela sua especialidade, das instituições laborais.

Assim, nem de longe se imagina que apenas a análise de pais ou dos responsáveis e a comprovação da frequência escolar possam definir suficientemente patamares jurídicos de proteção para crianças e adolescentes.

O Brasil, todavia, marca distância considerável no tratamento adequado do tema, seja em termos de proteção jurídica para essas situações de trabalho (déficit de marco regulatório), seja na definição adequada do sistema formal que deverá atuar como garante dos direitos correspondentes (adequadamente, a Justiça do Trabalho).

Há, porém, ainda, um percurso a ser trilhado no STF antes da definição do tema em sede de julgamento do mérito da referida ADI. A expectativa é de que o art. 114 da Constituição seja fonte de compreensão das normas infraconstitucionais, e não o reverso; que haja compreensão

de que o TIA é trabalho, ainda que não seja emprego[8]; que essa temática está para além do Direito de Família; e que o sistema de justiça laboral, à semelhança de outros marcos regulatórios internacionais, deve atuar tanto no caso da autorização quanto das controvérsias que advenham da prestação de trabalho por crianças e adolescentes.

3 ADI do 3684/STF – competência penal em matéria trabalhista

O cerne da divergência quanto a esse tema se encontra na hipótese de incompetência material da Justiça do Trabalho, considerando a tese de que a admissão de uma competência penal estrita exercitável pelos órgãos da Justiça do Trabalho feriria, a um só tempo, os princípios do juiz natural e do promotor natural (isto é, o devido processo legal formal). Efetivamente, esse argumento permeou tanto a petição inicial da referida ADI quanto aqueles que foram destacados para o êxito da pretensão indicada em sede de controle abstrato.

Pela via do controle concentrado, afastou-se a competência da Justiça do Trabalho para os casos de crimes contra a organização do trabalho (Título IV da Parte Especial do Código Penal, arts. 197 a 207) e as contravenções relativas à organização do trabalho (Capítulo VI da Parte Especial da Lei de Contravenções Penais, arts. 47 a 49).

Nos votos que prevaleceram na ADI, notadamente pelos argumentos apresentados pelos ministros Cézar Peluso e Gilmar Ferreira Mendes, o inciso IV do artigo 114 determinaria a competência da Justiça do Trabalho para julgar *habeas corpus, habeas data* e mandados de segurança, "quando

[8] Segundo Delgado (2014, p. 287-288): "evidentemente que a palavra trabalho, embora ampla, tem uma inquestionável delimitação: refere-se a dispêndio de energia pelo *ser humano*, objetivando resultado útil (e não dispêndio de energia por seres irracionais ou pessoa jurídica). Trabalho é atividade inerente à pessoa humana, compondo o conteúdo físico e psíquico dos integrantes da humanidade. É, em síntese, *o conjunto de atividades, produtivas ou criativas, que o homem exerce para atingir determinado fim*". Essa abordagem doutrinária reforça a convicção de que, exceção feita às manifestações espontâneas, o trabalho de crianças e adolescentes é trabalho, inclusive para fins de regulação jurídica pelo campo laboral.

o ato questionado envolver matéria sujeita a sua jurisdição". A Constituição, segundo defenderam, "circunscreve o objeto inequívoco da competência penal genérica", mediante o uso das expressões "infrações penais" e "crimes".

Para a elucidação sobre o alcance e a extensão da competência da Justiça do Trabalho promovidos por Reforma Constitucional, o que se nota é a prevalência, ao menos como parte integrante dos fundamentos utilizados, de uma lógica de "garimpagem" de termos (como infrações, dentre outros), na convicção de que o texto seria inequívoco no uso da linguagem jurídica. Nada obstante, defende-se que a Constituição está longe de ser um produto da técnica dogmática, motivo pelo qual os vocábulos podem ser uma das fontes de compreensão da complexidade constitucional, mas não conseguem ser indicativos seguros da melhor resposta em termos de respeito à normatividade principiológica que envolve a sincronia entre direitos e garantias.

Além disso, segundo se argumentou, a competência da Justiça do Trabalho para o processo e julgamento de ações oriundas da relação trabalhista se restringe apenas às ações destituídas de natureza penal. E, nessa toada, por unanimidade, foi deferida a liminar na ADI, com efeitos *ex tunc* (retroativos), e posteriormente confirmada, para atribuir interpretação conforme a Constituição, incisos I, IV e IX do art.114, declarando que, no âmbito da jurisdição da Justiça do Trabalho, não está incluída competência para processar e julgar ações penais.

Na realidade, há de se referir que a competência da Justiça do Trabalho não está adstrita às denominadas "ações trabalhistas" ou às reivindicações de direitos trabalhistas em sentido estrito – convicção que parece ter contribuído também decisivamente para o resultado do julgamento. O próprio STF fez indicações diversas, tanto muito antes do advento da EC nº 45 de 2004 quanto mais recentemente, no sentido de

que tal competência transcende o aspecto contratual-empregatício.[9] Desse modo, não se mantém a coerência argumentativa quando, para algumas hipóteses, há uso (inadequado) da ideia de reivindicações trabalhistas em sentido estrito e, em outras, essa desaparece da construção hermenêutica do STF. A manutenção de uma cadeia interpretativa coerente é fundamental para a prevalência do primado da segurança jurídica.

Além da jurisprudência do STF, indicativa de perspectiva mais ampla da competência, tem-se os termos da mudança advinda com a EC nº 20/98, anterior, portanto, à chamada "Reforma do Poder Judiciário", e que já apontava para o sentido expansionista da competência da Justiça do Trabalho para melhor atender às controvérsias que circundam o mundo do trabalho. No caso, trata-se da competência para executar contribuições sociais decorrentes das sentenças proferidas pela Justiça do Trabalho; ou seja, o ramo especializado passou a ter competência executiva em matéria tributária, sem qualquer substrato contratual e sem conexão com direitos trabalhistas estritamente considerados.

Mesmo no bojo da nova redação do art. 114 da Constituição, vislumbrou-se o alargamento do que se poderia chamar de competência atípica para alcançar, por exemplo, todas as ações de representação sindical (inciso III). No mesmo sentido, foram explicitamente referidos os remédios constitucionais como *habeas data* e do *habeas corpus* (art. 114,

[9] Trata-se do Conflito de Jurisdição nº 6.959-6, julgado pelo plenário do STF em 23 de maio de 1990, tendo como relator para o acórdão o ministro Sepúlveda Pertence. A decisão tem o seguinte extrato: "EMENTA - Justiça do Trabalho: Competência: Const., artigo 114: ação de empregado contra o empregador visando à observação das condições negociais da promessa de contratar formulada pela empresa em decorrência da relação de trabalho. 1 - Compete à Justiça do Trabalho julgar demanda de servidores do Banco do Brasil para compelir a empresa ao cumprimento da promessa de vender-lhes, em dadas condições de preço e modo de pagamento, apartamentos que, assentindo em transferir-se para Brasília, aqui viessem a ocupar, por mais de cinco anos, permanecendo a seu serviço exclusivo e direto. 2 - À determinação da competência da Justiça do Trabalho não importa que dependa a solução da lide de questões de direito civil, mas sim, no caso, que a promessa de contratar, cujo alegado conteúdo é o fundamento do pedido, tenha sido feita em razão da relação de emprego, inserindo-se no contrato de trabalho" (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Conflito de Jurisdição nº 6.959-6*. Julgamento em 23/5/1990. Publicado em 22/2/1991. Acórdão). No período pós-Reforma do Poder Judiciário, e, portanto, mais recentemente, em tema com repercussão geral, relacionado à Súmula Vinculante nº 22, o STF definiu a competência da Justiça do Trabalho para as ações por perdas e danos, propostas pelos herdeiros e/ou sucessores dos trabalhadores falecidos, em casos de acidente do trabalho.

IV), cumprindo lembrar que essa última garantia atua para designar a defesa prioritária da liberdade corpórea.

Esse cenário indica que, em termos sistêmicos (e a análise sistêmica é importante para a construção de decisões coerentes), não se pode divisar a competência da Justiça do Trabalho partindo-se da equivocada concepção de que estaria restrita às lides tipicamente trabalhistas.

Em parecer de consulta associativa, produzido no âmbito da Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (Anamatra) em 24 de março de 2006, da lavra de Guilherme Guimarães Feliciano, já se alertava para esses aspectos.[10]

O *habeas corpus*, desde o seu surgimento no Código Criminal de 1832, e constitucionalizado a partir de 1891, é verdadeira ação penal popular primordialmente voltada à garantia da liberdade corpórea, e de inegável relevância para um sistema constitucional do tipo garantista, compondo, a propósito, o rol das denominadas cláusulas pétreas (art. 60, § 4º, inc. IV). A previsão do seu manejo na Justiça do Trabalho é indicativo claro de que a competência especializada está para além daquele aspecto subjetivo (direitos dos empregados) que permeou, ao menos de forma majoritária, a compreensão da comunidade jurídica sobre o tema em tempos mais remotos. Ainda sobre a coerência do sistema, é, no mínimo, incompreensível que se tenha alijado a competência penal da Justiça do Trabalho adotando-se uma técnica de inconstitucionalidade, com redução de texto, de texto constitucional proveniente de reforma, e sem que haja malferimento de cláusulas pétreas e, ainda, procurando conferir inocuidade ou timidez à previsão explícita do *habeas corpus* trabalhista.

[10] ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS MAGISTRADOS DA JUSTIÇA DO TRABALHO (ANAMATRA). *Parecer nº 1/2006*. "Da competência penal da Justiça do Trabalho". Guilherme Guimarães Feliciano. Disponível em: https://www.anamatra.org.br/artigos/703-da-compet-ncia-penal-da-justica-do-trabalho-00305341547639427 3, acesso em 25 de janeiro de 2021.

O que se nota aqui – e que em parte coincide com os debates que ainda estão em curso para o caso do trabalho infantil artístico – é a prevalência de uma incompreensão do alcance do disposto no art. 114, quando atribui à Justiça do Trabalho a competência para dirimir as controvérsias oriundas das relações de trabalho, ou seja, qualquer uma delas, independentemente da sua natureza, e para além das demandas cíveis.

É sempre bom lembrar o papel que a Justiça do Trabalho tem historicamente desempenhado. Trata-se de uma estrutura constitucional própria e autônoma alcançada desde a redemocratização do país em 1946. E, na verdade, manter órgão de jurisdição especializada e centrada no tema do trabalho humano é obrigação de toda nação civilizada. Certamente, não contribuem para essa consolidação e avanço democrático entendimentos que desconsideram a unidade de convicção que deve pairar a partir da lógica que a EC nº 45/2004 estabeleceu, qual seja, a relação de trabalho é o eixo irradiador da competência da Justiça do Trabalho, sem circunscrevê-la ao contrato de emprego, e mesmo à matéria cível.

É certo que no julgamento do mérito da ADI, o ministro Edson Fachin afirmou que a justiça especializada trabalhista tem todos os requisitos para exercer a competência constitucional em fatos que ensejam o reconhecimento da tipicidade penal praticados na relação de trabalho. Afirmou, aliás, que "a dimensão criminal que decorre do máximo desrespeito às normas de conduta das relações sociais, que se perfazem em relações de trabalho, também deve ser submetida ao crivo da Justiça Especializada".

Poder-se-ia dizer que isso de nada adiantou, uma vez que o mérito que consolidou a técnica da interpretação conforme dos incisos do art. 114 prevaleceu na votação majoritária. Embora isso seja verdade, deve ser considerado, ao contrário da advertência lançada pelo ministro Marco

Aurélio em voto divergente, que interpretar o texto da Constituição não antecipa proibição ao legislador ordinário. Dito de outra forma, a interpretação não representa a proclamação da impossibilidade de vir a lume lei que preveja a competência criminal da Justiça do Trabalho. Essa possibilidade reside justamente na inviável vinculação da ADI para objeto futuro e por ela não discutido.

Portanto, marco regulatório legislativo futuro pode, sim, avançar nesse tema quanto ao alcance da jurisdição especializada, ainda não promovido por interpretação do STF.

Lembrando que a Constituição de 1988 é resultado especialmente da sua práxis, e que nada está terminado, definitivamente, é interessante destacar que, na fundamentação do voto minoritário, o ministro Edson Fachin lança luzes para o futuro. Para o ministro:

> (...) a norma constitucional deve ser interpretada de forma a cumprir, com a máxima eficácia possível, o conteúdo semântico mais amplo de sua prescrição, especialmente quando se está a interpretar regra de competência de uma Justiça Especializada que funciona, no Estado Democrático de Direito, como verdadeira garantia institucional dos direitos fundamentais sociais dos trabalhadores brasileiros.[11]

Portanto, as chamadas ações penais trabalhistas, de competência da Justiça do Trabalho, em respeito à maior efetividade do exercício de direitos sociais fundamentais e em prestígio à unidade de convicção, poderão (e há expectativa de que assim ocorra) figurar em futuro marco regulatório infraconstitucional a adensar, apropriadamente, o legado do

[11] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 3684*. Tribunal Pleno, sessão Virtual. Julgamento em 11/5/2020. DJE de 29/5/2020. Voto do Ministro Edson Fachin. Disponível em portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15343234958&ext=.pdf Acesso em 22 fev 2021.

Poder Constituinte Derivado Reformador quanto ao alcance, em expansão, do art. 114 da Constituição.

Conclusão

O dispositivo constitucional que versa sobre a competência da Justiça do Trabalho não expressa apenas uma disposição organizacional do Poder Judiciário brasileiro. A legitimidade formal e material do Poder Judiciário, no paradigma do Estado Democrático de Direito, se encontra na construção permanente de formas de garantia eficientes aos direitos fundamentais. A Justiça do Trabalho, nesse contexto, deve atuar como garante de direitos de cidadania no campo do trabalho. Efetivamente, há estreita e indelével conexão entre os direitos fundamentais e os procedimentos jurídicos predispostos para a sua satisfação.

Como, no campo da ciência do Direito, há clara distinção entre relação de trabalho e relação de emprego[12], é possível inferir, a partir do advento da EC nº 45/2004, que todas as matérias oriundas da relação de trabalho passaram a ser julgadas por esse ramo especializado do Poder Judiciário, o que inclui a temática interseccional da proteção integral devida a crianças e adolescentes, como também as infrações criminais que abalam e interferem no equilíbrio trabalhista. Esse ramo se tornou competente para apreciar toda e qualquer matéria que esteja afeta à jurisdição trabalhista.

Indicativo do marco civilizatório brasileiro, a estrutura da Justiça do Trabalho, que vem se desenhando de forma especializada desde o constitucionalismo democrático de 1946, recebeu, tanto do constituinte originário de 1988 quanto do derivado, em 2004, comando expansionista, alinhado com a perspectiva da centralidade do trabalho na vida das

[12] DELGADO, 2014, p. 287.

pessoas, o que alcança, também, os incontáveis conflitos em torno dele, para muito além de uma das hipóteses de sua manifestação, que é a relação empregatícia.

A Justiça do Trabalho não é a Justiça do Emprego ou do Desemprego, mas, sim, a Justiça que atua em todas as questões do mundo do trabalho. Essa consideração indica que a controvérsia objetivamente centrada no trabalho (como é o caso da autorização para o TIA e as ações penais que envolvem os crimes contra a organização do trabalho e as contravenções), e a correspondente *vis atractiva* dos debates que a circundam, são relevantes para dar ao art. 114 da Constituição a extensão que lhe é adequada.

As disputas em torno do alcance do art. 114 da Constituição de 1988 dizem muito sobre as (in)compreensões relacionadas às temáticas multidimensionais do mundo do trabalho, ao trabalho como centro irradiador de dignidade e ao trabalho que merece proteção para além do emprego. A questão, novamente, multidimensional do trabalho, com projeção da personalidade humana, serve como *vis atractiva*, em favor, inclusive, da unidade de convicção e do devido processo legal que, antes de qualquer coisa, deve atuar como princípio a favor da efetividade do exercício dos demais direitos fundamentais. Assim, quando se faz referência à *vis atractiva*, isso significa que o elo da competência material da Justiça do Trabalho se encontra em toda a matéria concernente ao trabalho humano.

As concepções de direito material e processual-procedimental são inseparáveis. Nota-se que o confinamento que por vezes ocorre quanto à proteção jurídica disposta no art. 7º da Constituição, isto é, como se apenas estivesse endereçada àquelas/es que protagonizam uma relação empregatícia, tem efeitos também no que concerne à interpretação endereçada ao art. 114.

No caso do TIA, é interessante destacar que a experiência internacional, como no caso de Portugal, do estado da Califórnia, nos EUA, e da Argentina, indicam o consenso que se forma em torno da ideia de que se trata de trabalho e, portanto, os marcos regulatórios protetivos devem incorporar as questões trabalhistas e o sistema de proteção deve contemplar esse campo especializado. No caso da ADI 5326, ainda pende de definição a falta de legitimidade da autora da ação, porquanto emissoras de rádio e televisão não representam ou sintetizam a gama de atividades que podem traduzir uma situação de trabalho infantil artístico, cultural e/ou desportivo. A decisão de mérito da ADI no STF, certamente, necessitará contemplar todos esses aspectos para uma interpretação efetivamente adequada da competência material da Justiça do Trabalho.

Relacionar a temática do trabalho exclusivamente ao campo de incidência das normas de caráter cível não parece se coadunar com o esforço da reforma constitucional no alargamento do art. 114 da Constituição de 1988. Tal esforço contemplou a inclusão da previsão do uso de remédios constitucionais tais como o *habeas data* (de previsão recente na história do constitucionalismo brasileiro) e o *habeas corpus* (com uma longa trajetória voltada à liberdade corpórea e contra o arbítrio estatal). A despeito da decisão desfavorável do STF quanto à competência penal trabalhista, o ciclo hermenêutico não se encontra finalizado de uma vez por todas. Certamente, no longo trajeto de compreensão, e de práxis, sobre o art. 114 e sobre os reclamos pela efetividade dos direitos sociais num país cada mais desigual, o legislador constituído poderá ter um papel importante na construção de outros marcos regulatórios infraconstitucionais que (re)definam a competência penal da Justiça do Trabalho.

À Justiça do Trabalho, que integra, como forma de garantia, o constitucionalismo social que vem sendo construído desde pelo menos a

década de 1930 do século passado, deve competir processar e julgar todas as demandas que envolvem o trabalho humano, o que inclui o trabalho artístico, cultural e/ou desportivo de crianças e adolescentes e as ações penais trabalhistas.

Referências

Referências bibliográficas

ARGENTINA. *Resolución del Ministerio de Trabajo n. 44/2008*. Disponível em: https://normas.gba.gob.ar/ar-b/resolucion/2008/44/200332, acesso em 06 de julho de 2020.

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS MAGISTRADOS DA JUSTIÇA DO TRABALHO (ANAMATRA). *Parecer nº 1/2006*. "Da competência penal da Justiça do Trabalho". Guilherme Guimarães Feliciano. Disponível em: https://www.anamatra.org.br/artigos/703-da-compet-ncia-penal-da-justica-do-trabalho-00305341547639427 3, acesso em 25 de janeiro de 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *ADI 5326*. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4781750, acesso em 07 de julho de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 3684*. Tribunal Pleno, sessão Virtual. Julgamento em 11/5/2020. DJE de 29/5/2020. Voto do Ministro Edson Fachin. Disponível em portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15343234958&ext=.pdf Acesso em 22 fev 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Conflito de Jurisdição nº 6.959-6*. Julgamento em 23/5/1990. Publicado em 22/2/1991. Acórdão. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=30431, Acesso em 22 fev 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Repercussão Geral. Tema 242. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.a*

sp?incidente=2678966&numeroProcesso=600091&classeProcesso=RE&numeroTema=242, acesso em 07 de julho de 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). Processo CC 171408 MG 2020/0073818-5. Publicação DJ 04/05/2020. Relator ministro Herman Benjamin. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/decisoes/toc.jsp?livre=%28CC+171408%29+E+%28%22HERMAN+BENJAMIN%22%29.MIN.&b=DTXT&thesaurus=JURIDICO&p=true, acesso em 10 de julho de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3684. Tribunal Pleno, sessão Virtual. Julgamento em 11/5/2020. DJE de 29/5/2020. Voto do Ministro Edson Fachin. Disponível em portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15343234958&ext=.pdf Acesso em 22 fev 2021.

DELGADO, Maurício. *Curso de direito do trabalho*. 13. ed., São Paulo : Ltr, 2014.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. California Legislative Information. *Code Labor. Section 1700.37.* Disponível em: https://leginfo.legislature.ca.gov/faces/codes_displaySection.xhtml?sectionNum=1700.37.&lawCode=LAB, acesso em 06 de julho de 2020.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. California Legislative Information. *Family Code. Section 6750.* Disponível em: https://leginfo.legislature.ca.gov/faces/codes_displaySection.xhtml?sectionNum=6750.&lawCode=FAM, acesso em 06 de julho de 2020.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. California Legislative Information. *Family Code. Section 6752***.** Disponível em: https://leginfo.legislature.ca.gov/faces/codes_displaySection.xhtml?sectionNum=6752.&lawCode=FAM, acesso em 06 de julho de 2020.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). *Convenção nº 138*. Disponível em: https://www.ilo.org/brasilia/convencoes/WCMS_235872/lang—pt/index.htm, acesso em 1/02/2021.

PORTO, Noemia. A dissociação entre direitos trabalhistas e direitos do empregado: desafios para repensar o trabalho digno. *In: Direito fundamental ao trabalho digno no século*

XXI: principiologia, dimensões e interfaces no Estado democrático de direito / Gabriela Neves Delgado, coordenadora. Coleção trabalho, constituição e cidadania, v. 1. São Paulo: Ltr, 2002, p. 110-119.

PORTO, Noemia. Proteção à criança e ao adolescente em situação de trabalho: a polêmica presente na (in)compreensão da competência material da justiça especializada. *In: Coordinfância*: 20 anos de luta pela efetivação dos direitos das crianças e dos adolescentes. RAMOS, Ana Maria Villa Real Ferreira; VILAR-LOPES, Daliana; COUTINHO; Luciana Marques; REZENDE, Simone Beatriz Assis de (org). MPT, Brasília, 2020.

PORTO, Noemia & FREITAS, Marco Antonio. Competência da Justiça do Trabalho e o julgamento do STF: análise da competência da Justiça do Trabalho para os servidores com vínculo jurídico-administrativo. *In: JOTA*. Opinião e Análise. 12 de maio de 2020. Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-julgamento-da-adi-3395-stf-12052020, acesso em 01 de fevereiro de 2021.

PORTO, Noemia & TREVISO, Marco Aurélio Marsiglia. Empregados públicos e o princípio da unidade de convicção: análise do caso do tema 606 do STF e a competência da Justiça do Trabalho. *In: JOTA*. Opinião e Análise. 19 de outubro de 2020. Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/empregados-publicos-e-o-principio-da-unidade-de-conviccao-19102020**,** acesso em 26 de janeiro de 2021.

PORTUGAL. *Lei n.º 7/2009 (Código do Trabalho).* Disponível em: https://dre.pt/pesquisa/-/search/602073/details/maximized, acesso em 06 de julho de 2020.

REMIR TRABALHO. *Seminário A Construção Jurisprudencial da Reforma Trabalhista pelo STF*. Disponível em: http://abet-trabalho.org.br/seminario-a-construcao-jurisprudencial-da-reforma-trabalhista-pelo-stf/, acesso em 26 de janeiro de 2021.

Capítulo 16

O STF, a correção monetária dos débitos trabalhistas e o dever de coerência [1]

Cláudio Brandão [2]

1. Introdução

Qualquer pesquisador que se debruce a analisar a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal nos últimos anos certamente encontrará decisões paradigmáticas que marcaram positivamente a história da Corte, e em temas particularmente sensíveis à sociedade. Nesse contexto – e para citar apenas algumas dessas decisões –, podem ser mencionados os seguintes casos: a) proibição do nepotismo nos três poderes (ADC 12, relator ministro Carlos Ayres Britto; e RE 579.951, relator ministro Ricardo Lewandowski); b) incompatibilidade entre a Lei de Imprensa do regime militar e a Constituição de 1988 (ADPF 130, relator ministro Carlos Ayres Britto); c) equiparação das uniões homoafetivas às uniões estáveis heteroafetivas (ADPF 132 e ADI 4277, relator ministro Carlos Ayres Britto); d) legitimidade das cotas raciais em favor de negros para ingresso em universidades públicas (ADPF 186, relator ministro Ricardo Lewandowski) e em cargos públicos (ADC 41, relator ministro Luís Roberto Barroso); e) reconhecimento da deficiência como elemento inerente à diversidade humana e do direito à educação inclusiva (ADI nº 5357/DF, relator

[1] Artigo elaborado com base na autorização concedida pelo artigo 36, III, da Lei Complementar nº 35/1979 e pelo artigo 12, II, do Código de Ética da Magistratura Nacional, aprovado pelo Conselho Nacional de Justiça (Processo nº 200820000007337).

[2] Ministro do Tribunal Superior do Trabalho. Doutorando em Ciências Jurídicas pela Universidade Autônoma de Lisboa, mestre em Direito pela Universidade Federal da Bahia, membro da Academia Brasileira de Direito do Trabalho, da Academia de Letras Jurídicas da Bahia, do Instituto Baiano de Direito do Trabalho, do Instituto Brasileiro de Direito Processual e da *Associacion Iberoamericana de Derecho del Trabajo*.

ministro Edson Fachin) e afirmação do conceito amplo de deficiência com o objetivo de promover integração das pessoas com deficiência (ADI n.º 4.388/GO, relator ministro Edson Fachin).

Percebe-se que muitas delas adotam como fundamentos a necessidade da afirmação ou consolidação dos direitos humanos, a partir do reconhecimento da efetivação dos direitos, garantias e liberdades fundamentais proclamados na Constituição.

Todavia, se esse mesmo pesquisador efetuar um corte metodológico e analisar a mesma jurisprudência em matéria de Direito do Trabalho, constatará um viés em sentido oposto, como a significar que o trabalho humano, apesar de inserido textualmente no rol dos direitos sociais contido na cabeça do artigo 6º da Constituição e em inúmeros outros dispositivos, não é digno de merecer – e não tem merecido – o mesmo tratamento que os demais consagrados constitucionalmente, de maneira direta ou mesmo de forma implícita.

Em longa pesquisa dedicada ao tema na tese de doutoramento, Grijalbo Fernandes Coutinho[3] enumera e estuda, com detalhes, vários desses casos, dos quais podem ser destacados: a) reconhecimento da legalidade da terceirização em atividade-fim (ADPF nº 324, relator ministro Luís Roberto Barroso e ARE nº 713.211/MG, relator ministro Luiz Fux); b) prevalência do negociado sobre o legislado, especificamente com o reconhecimento da quitação plena dos direitos decorrentes do contrato de trabalho (RE nº 590.415/SC, relator ministro Luís Roberto Barroso) e possibilidade de exclusão de direitos por meio de norma coletiva (RE nº 895.759/PE e ARE nº 895.759/PE, relator ministro Teori Zawaski); c) redução do prazo prescricional relacionado ao não recolhimento dos

[3] COUTINHO, Grijalbo Fernandes. *O STF como justiça política do capital*: a desconstrução do Direito do Trabalho por intermédio de decisões judiciais sintonizadas com os ímpetos do mercado neoliberal2007-2020). 2020. 643 f. Tese (Doutorado em Direito e Justiça) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte.

depósitos do FGTS (RE nº 709.212/DF, relator ministro Gilmar Mendes); d) incompetência da Justiça do Trabalho para as demandas relacionadas aos planos de previdência privada fechada, oriundos do contrato de trabalho (RE nº 586.453/SE, relator ministro Ellen Gracie, redator designado ministro Dias Tofolli); e) legalidade da terceirização ampla oriunda da alteração promovida pela Lei nº 13.467/2017 (ADIs nº 5.685, 5.687, 5.695 e 5.735, relator ministro Gilmar Mendes); f) vedação da isonomia entre trabalhadores terceirizados e empregados da empresa tomadora de serviços (RE nº 635.546/MG, relator ministro Marco Aurélio, redator designado ministro Luís Roberto Barroso); g) limitação da responsabilidade subsidiária da Administração Pública (ADC nº 16, relator ministro Cezar Peluso).

Em todos (ou quase todos) esses casos, foram adotados fundamentos de natureza econômica para tornar legítima a limitação ou exclusão de direitos dos trabalhadores, como se não fossem eles titulares dos mesmos direitos fundamentais consagrados aos demais cidadãos em geral ou, em outras palavras, a legitimar alterações que os situam em patamar inferior ao dos demais cidadãos, posicionando-os em categoria secundária e até mesmo com desprezo à equivalência constitucionalmente assegurada entre o valor social do trabalho e a livre iniciativa, elevados ao patamar de fundamentos da República Federativa do Brasil (artigo 1º, IV) e da ordem econômica (artigo 170, cabeça), com menoscabo à realidade em que a decisão será aplicada.

2. A correção monetária dos débitos trabalhistas na jurisprudência do STF: uma história contada em vários capítulos

A esta altura, o leitor poderia indagar: qual a relação existente entre essas afirmações e a questão jurídica indicada no título (índice de correção monetária dos débitos trabalhistas)?

A resposta encontra-se na história da decisão proferida nas ADC nº 58 e 59, relator ministro Gilmar Mendes, que examinou a constitucionalidade da utilização da TR como fator de correção dos débitos trabalhistas, introduzida pela Reforma Trabalhista.

Antes do desfecho, porém, é necessário rememorar os vários capítulos que o precederam. O primeiro deles ocorreu em 1992, ao ser julgada a ADI nº 493. Em erudito voto, o ministro Moreira Alves analisou a forma de composição da TR e concluiu ser "taxa de remuneração de títulos para efeito de captação de recursos por parte de entidades financeiras" e concluiu que, **por não representar a inflação, não poderia servir como índice de correção monetária.** No mencionado julgamento, afirmou o ministro relator:

> Como se vê, a TR é a taxa que resulta, com a utilização das complexas e sucessivas fórmulas contidas na Resolução nº 1085 do Conselho Monetário Nacional, do cálculo da taxa média ponderada da remuneração dos CDB/RDB das vinte instituições selecionadas, expurgada esta de dois por cento que representam genericamente o valor da tributação e da 'taxa real histórica de juros da economia' embutidos nessa remuneração.
>
> Seria a TR índice de correção monetária, e, portanto, índice de desvalorização da moeda, se inequivocamente essa taxa média ponderada da remuneração dos CDB/RDB com o expurgo de 2% fosse constituída apenas do valor correspondente à desvalorização esperada da moeda em virtude da inflação. Em se tratando, porém, de taxa de remuneração de títulos para efeito de captação de recursos por parte de entidades financeiras, isso não ocorre por causa dos diversos fatores que influem na fixação do custo do dinheiro a ser captado.
>
> (...) A variação dos valores das taxas desse custo prefixados por essas entidades decorre de fatores econômicos vários, inclusive peculiares a cada uma delas (assim, suas necessidades de liquidez) ou comuns a todas (como, por exemplo, a concorrência com outras fontes de captação de dinheiro, a política de juros adotada pelo Banco Central, a maior ou menor oferta de moeda), e fatores

> esses que nada têm que ver com o valor de troca da moeda, mas, sim – o que é diverso -, com o custo da captação desta.
> (...)
> A taxa referencial (TR) não é índice de correção monetária, pois, refletindo as variações do custo primário da captação dos depósitos a prazo fixo, não constitui índice que reflita a variação do poder aquisitivo da moeda.[4]

O segundo capítulo, escrito em 2013 e 2015, envolveu o julgamento das ADIs de números 4.357, 4.372, 4.400 e 4.425, quando, ao apreciar a questão jurídica em torno do índice a ser aplicado na atualização dos créditos junto à Administração Pública no período posterior ao precatório, o Supremo, mais uma vez e para guardar coerência, retomou a decisão anterior e acrescentou diversos outros fundamentos para, ao final, **ratificar a conclusão de inconstitucionalidade de utilização da TR** (índice adotado para a correção das cadernetas de poupança).

Nesse emblemático julgamento, o STF traçou a interpretação constitucional do que seja a correção monetária, em trechos que destaco do voto do ministro Ayres Britto:[5] "instrumento de preservação do valor real de um determinado bem, protegido constitucionalmente, e redutível a pecúnia. Valor real a preservar que é sinônimo de poder aquisitivo". Com ela – a correção monetária –

> a Constituição manda que as coisas mudem..., para que nada mude; (...) o objetivo constitucional é mudar o valor nominal de uma dada obrigação de pagamento em dinheiro, para que essa mesma obrigação de pagamento em dinheiro não mude quanto ao seu valor real.

---

[4] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 493. Tribunal Pleno. Relator: ministro Moreira Alves, julgado em 25/06/1992. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266383. Acesso em: 9 ago. 2020.

[5] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 4425/DF. Relator: ministro Ayres Britto. Redator para o acórdão: ministro Luiz Fux. Tribunal Pleno, julgado em 14/03/2013, publicado em 19/12/2013. Disponível em http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5067184. Acesso em:

Fazê-la incidir, destacou Ayres Britto, "não se trata de beneficiar ou favorecer ninguém"; impede-se "que a perda do poder aquisitivo da moeda redunde no empobrecimento do credor e no correlato enriquecimento do devedor de uma dada obrigação de pagamento em dinheiro".

Ao concluir pela **inconstitucionalidade**, em voto prevalecente do ministro Luiz Fux, o STF, entre outros fundamentos, afirmou haver **violação ao direito de propriedade** (art. 5º, XXII) e **à coisa julgada** (art. 5º, XXXVI); **atentado ao princípio da separação dos poderes** (art. 2º) e ao **princípio da isonomia** (art. 5º, *caput*); não sem antes expressamente ratificar os fundamentos da decisão na ADI nº 493. Extraio passagens do citado julgamento:

> Assentada a premissa quanto à inadequação do aludido índice, mister enfrentar a natureza do direito à correção monetária. Na linha já exposta pelo i. Min. relator, "a finalidade da correção monetária, enquanto instituto de Direito Constitucional, não é deixar mais rico o beneficiário, nem mais pobre o sujeito passivo de uma dada obrigação de pagamento. É deixá-los tal como qualitativamente se encontravam, no momento em que se formou a relação obrigacional". Daí que a correção monetária de valores no tempo é circunstância que decorre diretamente do núcleo essencial do direito de propriedade (CF, art. 5º, XXII). Corrigem-se valores nominais para que permaneçam com o mesmo valor econômico ao longo do tempo, diante da inflação. A ideia é simplesmente preservar o direito original em sua genuína extensão. Nesse sentido, o direito à correção monetária é reflexo imediato da proteção da propriedade. Deixar de atualizar valores pecuniários ou atualizá-los segundo critérios evidentemente incapazes de capturar o fenômeno inflacionário representa aniquilar o direito propriedade em seu núcleo essencial.
>
> Tal constatação implica a pronúncia de inconstitucionalidade parcial da EC nº 62/09 de modo a afastar a expressão "índice oficial de remuneração da caderneta de poupança" introduzida no §12 do art. 100 da Lei Maior como critério de correção monetária dos créditos inscritos em precatório, por

violação ao direito fundamental de propriedade (art. 5º, XII, CF/88), inegável limite material ao poder de reforma da Constituição (art. 60, §4º, IV, CF/88).[6]

Confira-se, pela relevância, a ementa do julgado:

> Ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL. REGIME DE EXECUÇÃO DA FAZENDA PÚBLICA MEDIANTE PRECATÓRIO. EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 62/2009. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL NÃO CONFIGURADA. INEXISTÊNCIA DE INTERSTÍCIO CONSTITUCIONAL MÍNIMO ENTRE OS DOIS TURNOS DE VOTAÇÃO DE EMENDAS À LEI MAIOR (CF, ART. 60, §2º). CONSTITUCIONALIDADE DA SISTEMÁTICA DE "SUPERPREFERÊNCIA" A CREDORES DE VERBAS ALIMENTÍCIAS QUANDO IDOSOS OU PORTADORES DE DOENÇA GRAVE. RESPEITO À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E À PROPORCIONALIDADE. INVALIDADE JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DA LIMITAÇÃO DA PREFERÊNCIA A IDOSOS QUE COMPLETEM 60 (SESSENTA) ANOS ATÉ A EXPEDIÇÃO DO PRECATÓRIO. DISCRIMINAÇÃO ARBITRÁRIA E VIOLAÇÃO À ISONOMIA (CF, ART. 5º, CAPUT). INCONSTITUCIONALIDADE DA SISTEMÁTICA DE COMPENSAÇÃO DE DÉBITOS INSCRITOS EM PRECATÓRIOS EM PROVEITO EXCLUSIVO DA FAZENDA PÚBLICA. EMBARAÇO À EFETIVIDADE DA JURISDIÇÃO (CF, ART. 5º, XXXV), DESRESPEITO À COISA JULGADA MATERIAL (CF, ART. 5º XXXVI), OFENSA À SEPARAÇÃO DOS PODERES (CF, ART. 2º) E ULTRAJE À ISONOMIA ENTRE O ESTADO E O PARTICULAR (CF, ART. 1º, CAPUT, C/C ART. 5º, CAPUT). IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DA UTILIZAÇÃO DO ÍNDICE DE REMUNERAÇÃO DA CADERNETA DE POUPANÇA COMO CRITÉRIO DE CORREÇÃO MONETÁRIA. VIOLAÇÃO AO DIREITO FUNDAMENTAL DE PROPRIEDADE (CF, ART. 5º, XXII). INADEQUAÇÃO MANIFESTA ENTRE MEIOS E FINS. INCONSTITUCIONALIDADE DA UTILIZAÇÃO DO RENDIMENTO DA CADERNETA DE POUPANÇA COMO ÍNDICE DEFINIDOR DOS JUROS MORATÓRIOS DOS CRÉDITOS INSCRITOS EM PRECATÓRIOS, QUANDO ORIUNDOS DE RELAÇÕES JURÍDICO-TRIBUTÁRIAS. DISCRIMINAÇÃO ARBITRÁRIA E VIOLAÇÃO À ISONOMIA ENTRE DEVEDOR

[6] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 4425/DF*. Rel. Min. Ayres Britto. Red. p/ac Luiz Fux. Tribunal Pleno, julgado em 14/03/2013, publ 19/12/2013. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5067184>.

PÚBLICO E DEVEDOR PRIVADO (CF, ART. 5º, CAPUT). INCONSTITUCIONALIDADE DO REGIME ESPECIAL DE PAGAMENTO. OFENSA À CLÁUSULA CONSTITUCIONAL DO ESTADO DE DIREITO (CF, ART. 1º, CAPUT), AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES (CF, ART. 2º), AO POSTULADO DA ISONOMIA (CF, ART. 5º, CAPUT), À GARANTIA DO ACESSO À JUSTIÇA E A EFETIVIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL (CF, ART. 5º, XXXV) E AO DIREITO ADQUIRIDO E À COISA JULGADA (CF, ART. 5º, XXXVI). PEDIDO JULGADO PROCEDENTE EM PARTE. 1. A Constituição Federal de 1988 não fixou um intervalo temporal mínimo entre os dois turnos de votação para fins de aprovação de emendas à Constituição (CF, art. 62, §2º), de sorte que inexiste parâmetro objetivo que oriente o exame judicial do grau de solidez da vontade política de reformar a Lei Maior. A interferência judicial no âmago do processo político, verdadeiro *locus* da atuação típica dos agentes do Poder Legislativo, tem de gozar de lastro forte e categórico no que prevê o texto da Constituição Federal. Inexistência de ofensa formal à Constituição brasileira. 2. O pagamento prioritário, até certo limite, de precatórios devidos a titulares idosos ou que sejam portadores de doença grave promove, com razoabilidade, a dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III) e a proporcionalidade (CF, art. 5º, LIV), situando-se dentro da margem de conformação do legislador constituinte para operacionalização da novel preferência subjetiva criada pela Emenda Constitucional nº 62/2009. 3. A expressão "na data de expedição do precatório", contida no art. 100, §2º, da CF, com redação dada pela EC nº 62/09, enquanto baliza temporal para a aplicação da preferência no pagamento de idosos, ultraja a isonomia (CF, art. 5º, *caput*) entre os cidadãos credores da Fazenda Pública, na medida em que discrimina, sem qualquer fundamento, aqueles que venham a alcançar a idade de sessenta anos não na data da expedição do precatório, mas sim posteriormente, enquanto pendente este e ainda não ocorrido o pagamento. 4. O regime de compensação dos débitos da Fazenda Pública inscritos em precatórios, previsto nos §§ 9º e 10 do art. 100 da Constituição Federal, incluídos pela EC nº 62/09, embaraça a efetividade da jurisdição (CF, art. 5º, XXXV), desrespeita a coisa julgada material (CF, art. 5º, XXXVI), vulnera a Separação dos Poderes (CF, art. 2º) e ofende a isonomia entre o Poder Público e o particular (CF, art. 5º, caput), cânone essencial do Estado Democrático de Direito (CF, art. 1º, caput). 5. A atualização monetária dos débitos fazendários

> inscritos em precatórios segundo o índice oficial de remuneração da caderneta de poupança viola o direito fundamental de propriedade (CF, art. 5º, XXII) na medida em que é manifestamente incapaz de preservar o valor real do crédito de que é titular o cidadão. A inflação, fenômeno tipicamente econômico-monetário, mostra-se insuscetível de captação apriorística (*ex ante*), de modo que o meio escolhido pelo legislador constituinte (remuneração da caderneta de poupança) é inidôneo a promover o fim a que se destina (traduzir a inflação do período). 6. A quantificação dos juros moratórios relativos a débitos fazendários inscritos em precatórios segundo o índice de remuneração da caderneta de poupança vulnera o princípio constitucional da isonomia (CF, art. 5º, *caput*) ao incidir sobre débitos estatais de natureza tributária, pela discriminação em detrimento da parte processual privada que, salvo expressa determinação em contrário, responde pelos juros da mora tributária à taxa de 1% ao mês em favor do Estado (ex vi do art. 161, §1º, CTN). Declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução da expressão "independentemente de sua natureza", contida no art. 100, §12, da CF, incluído pela EC nº 62/09, para determinar que, quanto aos precatórios de natureza tributária, sejam aplicados os mesmos juros de mora incidentes sobre todo e qualquer crédito tributário. 7. O art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com redação dada pela Lei nº 11.960/09, ao reproduzir as regras da EC nº 62/09 quanto à atualização monetária e à fixação de juros moratórios de créditos inscritos em precatórios incorre nos mesmos vícios de juridicidade que inquinam o art. 100, §12, da CF, razão pela qual se revela inconstitucional por arrastamento, na mesma extensão dos itens 5 e 6 supra. 8. O regime "especial" de pagamento de precatórios para Estados e Municípios criado pela EC nº 62/09, ao veicular nova moratória na quitação dos débitos judiciais da Fazenda Pública e ao impor o contingenciamento de recursos para esse fim, viola a cláusula constitucional do Estado de Direito (CF, art. 1º, *caput*), o princípio da Separação de Poderes (CF, art. 2º), o postulado da isonomia (CF, art. 5º), a garantia do acesso à justiça e a efetividade da tutela jurisdicional (CF, art. 5º, XXXV), o direito adquirido e à coisa julgada (CF, art. 5º, XXXVI). 9. Pedido de declaração de inconstitucionalidade julgado procedente em parte.

O terceiro "capítulo" remete a 2017, no julgamento do RE nº 870.947/SE, em repercussão geral (Tema 810), e o final não foi diferente.

O ministro relator, Luiz Fux, em longo e abalizado voto, inclusive com foco na seara da repercussão econômica do Direito, reafirmou toda a jurisprudência anterior e reconheceu a inidoneidade do uso da TR, com fundamentos que agrupou sob quatro vertentes: inadequação lógico-conceitual; inadequação técnico-metodológica; inadequação histórico-jurisprudencial; e inadequação pragmático-consequencialista.[7]

Ao final, ao concluir pela **inconstitucionalidade,** enfatizou: "O que está em jogo é o **direito fundamental de propriedade do cidadão** (CRFB, art. 5º, XXII) e a restrição que lhe foi imposta pelo legislador ordinário ao fixar critério específico para a correção judicial das condenações da Fazenda Pública (Lei nº 9.494/97, art. 1º-F)".[8]

Observe-se que, ao reconhecer que o crédito apurado deveria ser "iii) atualizado monetariamente segundo o IPCA-E desde a data fixada na sentença", isto é, a partir de cada parcela, em virtude também da necessidade de "guardar coerência e uniformidade com o que decidido pelo Supremo Tribunal Federal ao julgar a questão de ordem nas ADIs nº 4.357 e 4.425", **o Supremo revisitou e reafirmou toda a sua jurisprudência no que tange aos juros de mora e à correção monetária de dívidas de naturezas tributária e não tributária**, embora o caso envolvesse especificamente o índice a ser adotado para correção de dívida não tributária, por se referir a benefício de prestação continuada devido pelo INSS.

Veja-se que, desde a ementa, os temas foram tratados sob distintos fundamentos: os juros de mora fundados na isonomia **e a correção monetária sob a ótica da violação do direito de propriedade e da**

[7] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº 870947. Relator: ministro Luiz Fux. Tribunal Pleno, julgado em 20/09/2017, publicado em 20/11/2017. Disponível em http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14080728. Acesso em: 9 ago. 2020.

[8] *Idem.*

necessidade de recomposição do poder aquisitivo da moeda. Confiram-se os trechos correspondentes:

> 1. O princípio constitucional da isonomia (CRFB, art. 5º, *caput*), no seu núcleo essencial, revela que o art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, na parte em que disciplina os juros moratórios aplicáveis a condenações da Fazenda Pública, é inconstitucional ao incidir sobre débitos oriundos de relação jurídico-tributária, os quais devem observar os mesmos juros de mora pelos quais a Fazenda Pública remunera seu crédito; nas hipóteses de relação jurídica diversa da tributária, a fixação dos juros moratórios segundo o índice de remuneração da caderneta de poupança é constitucional, permanecendo hígido, nesta extensão, o disposto legal supramencionado. 2**. O direito fundamental de propriedade (CRFB, art. 5º, XXII) repugna o disposto no art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, porquanto a atualização monetária das condenações impostas à Fazenda Pública segundo a remuneração oficial da caderneta de poupança não se qualifica como medida adequada a capturar a variação de preços da economia, sendo inidônea a promover os fins a que se destina. 3. A correção monetária tem como escopo preservar o poder aquisitivo da moeda diante da sua desvalorização nominal provocada pela inflação**. É que a moeda fiduciária, enquanto instrumento de troca, só tem valor na medida em que capaz de ser transformada em bens e serviços. A inflação, por representar o aumento persistente e generalizado do nível de preços, distorce, no tempo, a correspondência entre valores real e nominal (cf. MANKIW, N.G. Macroeconomia. Rio de Janeiro, LTC 2010, p. 94; DORNBUSH, R.; FISCHER, S. e STARTZ, R. Macroeconomia. São Paulo: McGraw-Hill do Brasil, 2009, p. 10; BLANCHARD, O. Macroeconomia. São Paulo: Prentice Hall, 2006, p. 29). **4. A correção monetária e a inflação, posto fenômenos econômicos conexos, exigem, por imperativo de adequação lógica, que os instrumentos destinados a realizar a primeira sejam capazes de capturar a segunda, razão pela qual os índices de correção monetária devem**

> **consubstanciar autênticos índices de preços**. 5. Recurso extraordinário parcialmente provido.[9] (grifos nossos).

Baseado na isonomia entre o devedor público e o devedor privado, firmou-se a tese no sentido de que, em relação aos precatórios **de natureza tributária**, devem ser aplicados os mesmos juros de mora incidentes sobre todo e qualquer crédito tributário e, quanto às condenações oriundas de relação jurídica **não tributária**, **devem ser observados os critérios fixados pela legislação infraconstitucional**. Tanto foi assim que se reconheceu a constitucionalidade da TR enquanto juros de mora e, de modo contrário, como fator de correção monetária. Confira-se no acórdão:

> Decisão: O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, Ministro Luiz Fux, apreciando o tema 810 da repercussão geral, deu parcial provimento ao recurso para, confirmando, em parte, o acórdão lavrado pela Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, (i) assentar a natureza assistencial da relação jurídica em exame (caráter não-tributário) e (ii) manter a concessão de benefício de prestação continuada (Lei nº 8.742/93, art. 20) ao ora recorrido (iii) **atualizado monetariamente segundo o IPCA-E desde a data fixada na sentença e (iv) fixados os juros moratórios segundo a remuneração da caderneta de poupança, na forma do art. 1º-F da Lei nº 9.494/97 com a redação dada pela Lei nº 11.960/09**. Vencidos, integralmente o Ministro Marco Aurélio, e parcialmente os Ministros Teori Zavascki, Dias Toffoli, Cármen Lúcia e Gilmar Mendes. Ao final, por maioria, vencido o Ministro Marco Aurélio, fixou as seguintes teses, nos termos do voto do Relator: 1) O art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, na parte em que disciplina os juros moratórios aplicáveis a condenações da Fazenda Pública, é inconstitucional ao incidir sobre débitos oriundos de relação jurídico-tributária, aos quais devem ser aplicados os mesmos juros de mora pelos quais a Fazenda Pública remunera seu crédito

[9] *Idem.*

> tributário, em respeito ao princípio constitucional da isonomia (CRFB, art. 5º, *caput);* **quanto às condenações oriundas de relação jurídica não-tributária, a fixação dos juros moratórios segundo o índice de remuneração da caderneta de poupança é constitucional, permanecendo hígido, nesta extensão, o disposto no art. 1º-F da Lei nº 9.494/97 com a redação dada pela Lei nº 11.960/09**; e 2) O art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.**960/09, na parte em que disciplina a atualização monetária das condenações impostas à Fazenda Pública segundo a remuneração oficial da caderneta de poupança, revela-se inconstitucional ao impor restrição desproporcional ao direito de propriedade (CRFB, art. 5º, XXII), uma vez que não se qualifica como medida adequada a capturar a variação de preços da economia, sendo inidônea a promover os fins a que se destina**. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 20.9.2017 – destaques postos.

A conclusão foi complementada no quarto "capítulo", em outubro de 2019, ao serem julgados os embargos de declaração opostos ao acórdão. Em voto prevalecente do ministro Alexandre de Moraes, o STF afastou a modulação de efeitos, sobretudo por compreender que seria incompatível com a própria tese firmada no sentido de violar o direito de propriedade, pois praticamente esvaziaria o quanto decidido. Confira-se:

> Entendo que prolongar a incidência da TR como critério de correção monetária para o período entre 2009 e 2015 é incongruente com o assentado pela CORTE no julgamento de mérito deste RE 870.947 e das ADIs 4357 e 4425, pois virtualmente esvazia o efeito prático desses pronunciamentos para um universo expressivo de destinatários da norma. Nesses casos, o jurisdicionado: (a) foi indevidamente lesado pelo Poder Público e suportou um desfalque patrimonial; (b) teve o ônus de buscar socorro no Poder Judiciário, com custos adicionais; (c) mesmo vitorioso, teve que executar o valor devido pela sistemática de precatórios; (d) viu o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL assentar a inconstitucionalidade da correção de créditos pela TR; (e) terá o valor de seu crédito corrigido por essa mesma TR, que não recompõe de forma integral o seu patrimônio.

> **Ora, a modulação de efeitos, nessa hipótese, transmite uma mensagem frustrante para o jurisdicionado: ele tinha razão, o Poder Judiciário reconheceu, mas isso não fez tanta diferença, seu crédito foi liquidado a menor, como preconizado pela norma inconstitucional**." – destaques da transcrição.[10]

Ao se referir ao esvaziamento da decisão e aos caminhos percorridos pela parte, titular do seu crédito, o ministro relator invocou fundamentos que, embora analisados em caso de demanda perante a Fazenda Pública, têm inteira aplicação ao devedor privado, pois **o direito de propriedade protegido constitucionalmente é o mesmo para ambos os credores**.

Ademais, foge ao razoável supor que a proteção ao patrimônio público – substrato que estaria a sustentar os argumentos de correção por índice menor – possa ser inferior à incidente sobre o patrimônio privado e, em consequência, o poder público suportar percentuais de correção superiores aos que repercutiriam sobre a dívida privada, mesmo porque **o direito de propriedade protegido constitucionalmente é um só e não depende de quem o atinja**, repita-se.

Mais ainda se acentua essa discrepância e revela verdadeiro e injustificado paradoxo quando se analisa a hipótese de ser o empregador privado credor junto à Fazenda Pública e, ao mesmo tempo, devedor de parcela trabalhista: teria – e terá – o seu crédito atualizado pelo IPCA-E – e não subsiste nenhuma dúvida nesse sentido, segundo a "voz" do Supremo –, enquanto sua dívida estaria sujeita a índice menor (TR).

A tese da prevalência do IPCA-E foi adotada em outros julgados do STF, inclusive com referência direta ao RE nº 970.847/SE, de que é exemplo decisão monocrática proferida pelo ministro Gilmar Mendes, em 30/05/2018, no RE nº 1.125.109/PB, da qual se destaca:

---

[10] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 870947 ED*. Relator: ministro Luiz Fux. Relator para acórdão: ministro Alexandre de Moraes. Tribunal Pleno, julgado em 03/10/2019, publicado em 03/02/2020.

> Verifico que o acórdão recorrido está em consonância com a jurisprudência desta Corte, firmada no RE-RG 870.947, de relatoria do Min. Luiz Fux, DJe 20.11.201.
> Na ocasião, o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade do art. 1º-F da Lei n. 9.494/97, com redação dada pela Lei n. 11.960/09, na parte que disciplina a atualização monetária das condenações impostas à Fazenda Pública".[11]

Assinalo, mais, que o ministro relator aponta, entre os seus fundamentos, o dever de coerência com o anteriormente decidido e reafirma ser o mesmo índice – IPCA-E – a incidir nas dívidas da Fazenda Pública:

> Reforço que o Supremo Tribunal Federal, **observando a coerência com o que já havia sido decidido nas ADIs 4.357 e 4.425**, quando declarou a inconstitucionalidade do índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança, previsto no art. 1º-F da Lei n. 9.494/1997, para correção dos precatórios e requisitórios, entendeu do mesmo modo inconstitucional a aplicação do referido índice para a correção das condenações impostas à Fazenda Pública, ou seja, para o período que antecede a expedição e inscrição dos precatórios e requisitórios (destaques acrescidos).

Em relação aos débitos trabalhistas, apesar de não haver sido ainda examinado o dispositivo que sustenta ser a TR o fator de atualização, o STF emitiu um primeiro sinal em direção à inconstitucionalidade, certamente por guardar o dever de coerência. Fê-lo ao decidir a Reclamação nº 22.012, cuja ementa revela a plena adesão à sua jurisprudência dos fundamentos determinantes contidos na decisão do

[11] BRASIL. Supremo Tribunal Federal *RE nº 1.125.109/PB*. Relator: ministro Gilmar Mendes, julgado em 30/05/2018, publicado em 04/06/2018 (grifos nossos). Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=314492716&ext=.pdf. Acesso em: 10 ago. 2020.

Tribunal Superior do Trabalho que reconheceu inconstitucionalidade, em controle difuso, da adoção da mencionada taxa. Confira-se, mais uma vez, no que interessa:

> II - Apesar da ausência de identidade material entre os fundamentos do ato reclamado e o que foi efetivamente decidido na ação direta de inconstitucionalidade apontada como paradigma, **o *decisum* ora impugnado está em consonância com a *ratio decidendi* da orientação jurisprudencial desta Suprema Corte**. III – Reclamação improcedente.[12]

Mais recentemente, em novembro de 2019, o tema foi revisitado, desta feita para analisar a **correção monetária sobre créditos dos servidores públicos, aplicada inclusive a magistrados**, acrescenta-se. Ao decidir a ADI nº 5.348, **o STF novamente confirmou os julgados anteriores e declarou a inconstitucionalidade da utilização da TR**, o que significa atingir créditos de todos os trabalhadores do serviço público, decisão assentada, mais uma vez, na violação ao direito de propriedade. Veja-se a ementa:

> EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 1º-F DA LEI N. 9.494/1997, ALTERADO PELA LEI N. 11.960/2009. ÍNDICE DE REMUNERAÇÃO DA CADERNETA DE POUPANÇA COMO CRITÉRIO DE CORREÇÃO MONETÁRIA EM CONDENAÇÕES DA FAZENDA PÚBLICA. INCONSTITUCIONALIDADE. 1. Este Supremo Tribunal declarou inconstitucional o índice de remuneração da caderneta de poupança como critério de correção monetária em condenações judiciais da Fazenda Pública ao decidir o Recurso Extraordinário n. 870.947, com repercussão geral (Tema 810). **2. Assentou-se que a norma do art. 1º-F da Lei n. 9.494/1997, pela qual se estabelece a aplicação dos índices oficiais de remuneração da caderneta de poupança para atualização monetária nas condenações da**

[12] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Rcl nº 22012*. Relator: ministro Dias Toffoli, Relator para acórdão: ministro Ricardo Lewandowski. Segunda Turma, julgado em 05/12/2017, publicado em 27-02-2018 (grifos nossos).

> **Fazenda Pública, configura restrição desproporcional ao direito fundamental de propriedade**. 3. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente (grifos nossos).[13]

Destaco passagem do voto da ministra relatora, Cármen Lúcia, ao se referir ao julgado, em repercussão geral, do STF nº 870.947/SE, repetidas vezes aqui mencionado:

> 7. O entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário n. 870.947, com repercussão geral, deve ser seguido nesta ação de controle abstrato de constitucionalidade, cujo objeto consiste na declaração de inconstitucionalidade do art. 1º-F da Lei n. 9.494/1997, modificado pela Lei n. 11.960/2009, na parte pela qual determinada a aplicação dos índices de caderneta de poupança para correção monetária em decisões condenatórias da Fazenda Pública.
> A decisão proferida neste processo produzirá eficácia contra todos e efeito vinculante pelo disposto no § 2º do art. 102 da Constituição da República, observada a Lei n. 9.868/1999.[14]

Se a decisão em repercussão geral deve ser cumprida de maneira obrigatória, significa dizer que **os débitos trabalhistas da Fazenda Pública devem ser corrigidos pelo IPCA-E, desde a data em que foram constituídos**. Admitir-se que possa ser diferente em relação ao devedor privado, com a devida vênia, representa clara afronta **ao direito fundamental à isonomia de tratamento entre os trabalhadores dos setores público e privado** e, mais, **se confere ao devedor privado tratamento mais benéfico frente à Fazenda Pública**.

---

[13] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 5348. Relatora: ministra Cármen Lúcia. Tribunal Pleno, julgado em 11/11/2019, publicado em 28/11/2019. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=751490343. Acesso em: 9 ago. 2020.

[14] *Idem*

É certo afirmar, porém, que, em outros capítulos, o STF reconheceu a validade da utilização da TR como fator de indexação, mas essas decisões não se referiram a débitos de natureza trabalhista ou mesmo de caráter alimentar. Veja-se, por exemplo, que no ARE nº 860.157, relator ministro Luís Roberto Barroso, a questão diz respeito à correção a incidir sobre debêntures, o que passou ao largo dos fundamentos constitucionais adotados nas decisões analisadas precedentemente.

O Superior Tribunal de Justiça, fiel ao comando constitucional, fixou teses no Tema 905 no julgamento de incidente de recursos especiais repetitivos, no âmbito do REsp nº 1.492.221, e consagrou o direito à correção monetária plena e juros de mora em diversas hipóteses, como ressaltou o ministro Mauro Campbell Marques, ao se referir de modo expresso aos precedentes emanados do Supremo Tribunal Federal.[15]

Em resumo, portanto, de acordo com os pronunciamentos do STF:

1. se uma pessoa ou uma empresa, seja ela um banco ou uma indústria, possuir crédito de natureza tributária junto à Administração Pública (restituição de tributo pago indevidamente, por exemplo), terá direito à correção pelo IPCA-E e juros de mora;

2. se essa mesma empresa possuir crédito de natureza não tributária (pagamento de serviço executado, por exemplo), terá o mesmo direito à correção plena (IPCA-E) e juros de mora;

3. se um servidor público, inclusive magistrado ou empregado público, possuir crédito a receber da Administração Pública, terá direito à correção monetária pelo IPCA-E e juros de mora.

[15] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1492221/PR*, Relator: ministro Mauro Campbell Marques, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 22/02/2018, DJe 20/03/2018.

Não haveria nenhuma dúvida quanto à adoção do mesmo critério para atualização monetária dos créditos do trabalhador que demande na Justiça do Trabalho. Os rumos, porém, mostraram-se diferentes.

3. O julgamento das ADC nº 58 e 59 e das ADIS nº 5.867/DF e 6.021/DF: capítulo final que contraria vários dos fundamentos determinantes consolidados na jurisprudência

Com o advento da denominada Reforma Trabalhista, introduzida pela Lei nº 13.467/2017, o tema da correção monetária voltou à cena e a alteração promovida na normatização até então vigente representou verdadeira "teimosia legislativa" e absoluto desprezo à jurisprudência remansosa da Suprema Corte.

Para justificar essa afirmação, seria suficiente resgatar e restabelecer todos os fundamentos externados pelo STF desde 1992 (ADI 493), no sentido da inconstitucionalidade desse critério legal, e repetir o precedente firmado em repercussão geral, com efeito obrigatório.

Talvez por isso tenha havido mais uma "guinada normativa", ao ser editada a Medida Provisória nº 905, de 11/11/2019, posteriormente revogada, que modificou, mais uma vez, a redação do citado § 7º do artigo 879 da CLT, transcrito:

> § 7º A atualização dos créditos decorrentes de condenação judicial será feita pela variação do IPCA-E, ou por índice que venha substituí-lo, calculado pelo IBGE, que deverá ser aplicado de forma uniforme por todo o prazo decorrido entre a condenação e o cumprimento da sentença. (NR)

Diante desse novo fato, nada mais haveria para ser dito. O legislador, finalmente, percebera que tentativas desfundamentadas de fugir ao respeito à Constituição em nada contribuem para o fortalecimento do Estado Democrático de Direito, em cujo alicerce está a submissão de todos, inclusive o legislador, ao comando constitucional, enfatize-se. A revogação

posterior não afasta o registro histórico do reconhecimento do direito à incidência do IPCA-E, ainda que oriundo de Medida Provisória.

Contudo, restaria, ainda, um último capítulo a ser escrito, cujo desfecho provocaria debate ainda maior, pelas consequências produzidas: o julgamento das ADC nº 58 e 59 e ADI nº 5.867/DF e 6.021/DF. Para explicá-lo, mister rememorar uma das principais mudanças introduzidas pelo CPC no poder de decidir dos tribunais, representada pelo dever de manter a sua jurisprudência estável, íntegra e coerente (art. 926).

Ao se referir a esses dois últimos atributos – **integridade e coerência** –, Fredie Didier Jr. diz equivalerem à consistência, e que esta se desdobra no dever de autorreferência; na correlação com o princípio da igualdade; na preservação das teses jurídicas firmadas em decisões anteriores, ressalvada a possibilidade de superação, entre outros aspectos.[16] A "cadeia histórica" da jurisprudência deve ser observada e respeitada, em homenagem à segurança jurídica, à proteção da confiança legítima e à isonomia de tratamento.

Afirma, ainda, haver o legislador buscado inspiração, também no que toca à integridade, em Ronald Dworkin, na metáfora de representarem, tais deveres, um verdadeiro "romance em cadeia", de tal modo que o novo precedente parte do afirmado anteriormente para a definição do novo julgamento: "cada julgador escreve um capítulo, mas não pode deixar de dialogar com o capítulo anterior, para que a história possa resultar em algo coerente".[17]

Eduardo Talamini acrescenta que a coerência e a integridade não podem ficar limitadas ao plano formal. "Esses atributos precisam pôr-se

[16] DIDIER, Jr., Fredie. Sistema brasileiro de precedentes judiciais obrigatórios e os deveres institucionais dos tribunais: uniformidade, estabilidade, integridade e coerência da jurisprudência. *In*: *Scritti In Onore Di Nicola Picardi*. Tomo II. Pisa: Pacini Giuridica, 2016, p. 924-932, passim.

[17] Autor e obra citados, p. 926.

em termos substanciais, de modo que conceitos, categorias gerais, institutos jurídicos sejam delineados e aplicados pelo tribunal de um modo consistente, constante, homogêneo".[18]

Esperava-se, por conseguinte, que o STF, em homenagem ao dispositivo em foco, reiterasse a tese da inconstitucionalidade do dispositivo e, para manter coerência com os fundamentos determinantes até então adotados, reconhecesse a utilização de índices que recompusessem o poder de compra de maneira integral. A solução, porém, representou claro retrocesso aos direitos dos trabalhadores, um dos mais danosos, friso, diante das graves consequências que ocasionarão nas ações judiciais em curso ou que vierem a ser propostas.

O voto condutor proferido pelo ministro Gilmar Mendes, embora reconheça haver ficado vencido em teses que considera possíveis, seguiu a rota traçada anteriormente, **proclamou a inconstitucionalidade da TR** e, ao definir os parâmetros que deveriam ser adotados a partir de então, promoveu verdadeira guinada jurisprudencial, como se verá adiante, ao introduzir na questão jurídica em análise – constitucionalidade do índice de correção monetária previsto no § 7º do artigo 879 da CLT – a temática dos juros de mora, instituto absolutamente distinto e com regramento próprio. Confira-se a decisão proferida em 18/12/2020, acórdão ainda não publicado:

> Decisão: O Tribunal, por maioria, julgou parcialmente procedente a ação, para conferir interpretação conforme à Constituição ao art. 879, § 7º, e ao art. 899, § 4º, da CLT, na redação dada pela Lei 13.467 de 2017, no sentido de considerar que à atualização dos créditos decorrentes de condenação judicial e à correção dos depósitos recursais em contas judiciais na Justiça do Trabalho

[18] TALAMINI, Eduardo. Estabilidade, integridade e coerência jurisprudencial. *Migalhas*. Disponível em. https://www.migalhas.com.br/depeso/236482/estabilidade-integridade-e-coerencia-jurisprudencial. Acesso em: 15 jun. 2020.

> deverão ser aplicados, até que sobrevenha solução legislativa, os mesmos índices de correção monetária e de juros que vigentes para as condenações cíveis em geral, quais sejam a incidência do IPCA-E na fase pré-judicial e, a partir da citação, a incidência da taxa SELIC (art. 406 do Código Civil), nos termos do voto do Relator, vencidos os Ministros Edson Fachin, Rosa Weber, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio. Por fim, por maioria, modulou os efeitos da decisão, ao entendimento de que (i) são reputados válidos e não ensejarão qualquer rediscussão (na ação em curso ou em nova demanda, incluindo ação rescisória) todos os pagamentos realizados utilizando a TR (IPCA-E ou qualquer outro índice), no tempo e modo oportunos (de forma extrajudicial ou judicial, inclusive depósitos judiciais) e os juros de mora de 1% ao mês, assim como devem ser mantidas e executadas as sentenças transitadas em julgado que expressamente adotaram, na sua fundamentação ou no dispositivo, a TR (ou o IPCA-E) e os juros de mora de 1% ao mês; (ii) os processos em curso que estejam sobrestados na fase de conhecimento (independentemente de estarem com ou sem sentença, inclusive na fase recursal) devem ter aplicação, de forma retroativa, da taxa Selic (juros e correção monetária), sob pena de alegação futura de inexigibilidade de título judicial fundado em interpretação contrária ao posicionamento do STF (art. 525, §§ 12 e 14, ou art. 535, §§ 5º e 7º, do CPC) e (iii) igualmente, ao acórdão formalizado pelo Supremo sobre a questão dever-se-á aplicar eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, no sentido de atingir aqueles feitos já transitados em julgado desde que sem qualquer manifestação expressa quanto aos índices de correção monetária e taxa de juros (omissão expressa ou simples consideração de seguir os critérios legais), vencidos os Ministros Alexandre de Moraes e Marco Aurélio, que não modulavam os efeitos da decisão. Impedido o Ministro Luiz Fux (Presidente). Presidiu o julgamento a Ministra Rosa Weber (Vice-Presidente). Plenário, 18.12.2020 (Sessão realizada por videoconferência - Resolução 672/2020/STF).

Aliás, o próprio STF já dissera, que, em sendo dívida de natureza não tributária, cabe ao legislador ordinário definir o índice (quanto aos juros moratórios). Assim afirmou o ministro Luiz Fux, no já citado RE nº 870.947:

> 2. Quanto aos juros moratórios incidentes sobre condenações oriundas de relação jurídica não-tributária, devem ser observados os critérios fixados pela legislação infraconstitucional, notadamente os índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança, conforme dispõe o art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09.[19]

De qualquer modo, não há como serem confundidos os dois institutos:[20]

a) a correção monetária é fator de recomposição da perda do poder aquisitivo da moeda que resulta da variação de preços; os juros são taxa percentual representativa de pena incidente sobre inadimplemento culposo da obrigação pelo devedor;
b) o percentual dos juros é pré-fixado em função da vontade das partes ou, no caso das dívidas trabalhistas, fixado em lei; a correção varia de acordo com a inflação;
c) a correção monetária incide desde o vencimento da obrigação, com a interpretação fixada na Súmula nº 381 do TST (mês posterior ao vencimento da obrigação); os juros, desde o ajuizamento da ação (artigo 883 da CLT). Portanto, não incidem de forma idêntica. Se o empregador, por exemplo, cumprir a obrigação tão logo seja notificado da ação, nada pagará a título de juros moratórios;
d) a incidência de juros moratórios objetiva incentivar o cumprimento da obrigação no menor tempo possível e contribui de forma direta para a efetividade do processo, direito fundamental previsto no § 3º do artigo 5º da Constituição e nos artigos 4º e 6º do CPC;
e) os juros moratórios possuem a finalidade de "compensar o credor pelo atraso no adimplemento da obrigação já exigível e a judicialização da questão é mera

[19] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 870947*. Relator: ministro Luiz Fux. Tribunal Pleno, julgado em 20/09/2017, publicado em 20-11-2017. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14080728. Acesso em: 9 ago. 2020.

[20] A respeito do tema: ARAUJO, Rafael Wanderley de Siqueira. Os juros de mora e a correção monetária: conceito, natureza jurídica e forma de incidência, à luz do Código Civil brasileiro. *Conteúdo Jurídico*. Disponível em: https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/52621/os-juros-de-mora-e-a-correcao-monetaria-conceito-natureza-juridica-e-forma-de-incidencia-a-luz-do-codigo-civil-brasileiro. Acesso em: 29 dez. 2020.

expressão da existência de pretensão resistida (lide)" (EREsp 494.183/SP, relator ministro Arnaldo Esteves Lima, Corte Especial, DJe 12.12.2013); a correção monetária, como ressaltado, apenas atualiza o valor devido originariamente;

f) os juros de mora constituem "a remuneração que o credor pode exigir do devedor por se privar de uma quantia em dinheiro"[21] ou, como dito pelo STF, "os juros moratórios mostram-se como compensação ou indenização devida ao credor pelo fato de ficar privado, temporariamente, de quantia a que tem direito"[22] e, portanto, representam acréscimo patrimonial a ele devido; a correção monetária, ao contrário, não constitui majoração da dívida.

Ademais, em virtude de possuírem naturezas e finalidades distintas, ambos incidem de forma cumulativa, os primeiros após a obtenção do valor atualizado da obrigação inadimplida.

Por isso, revela-se quase pueril o argumento contido em memoriais distribuídos por entidades integrantes do sistema financeiro nacional quando do julgamento no TST da ArgInc-24059-68.2017.5.24.0000, no sentido de representar remuneração em patamares inalcançáveis no mercado de capitais, como se a dívida de natureza alimentar pudesse ser dotada de tal valor de troca.

A esse argumento contrapõem-se matérias veiculadas na grande imprensa a revelar, por exemplo, que o spread bancário no Brasil é o segundo mais alto do mundo;[23] ou que o spread médio no crédito livre em

[21] VENOSA, Sílvio Salvo. *Direito Civil:* teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. v. 2. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 157.

[22] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 135193,* Relator: ministro Marco Aurélio. Tribunal Pleno, julgado em 10/12/1992, publ 02/04/1993. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22RE%20135193%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true. Acesso em: 27 dez. 2020.

[23] Spread bancário do Brasil é o 2º mais alto do mundo; entenda por quê. Agência Estado. *InfoMoney,* 12 maio 2019. Disponível em: https://www.infomoney.com.br/minhas-financas/spread-bancario-do-brasil-e-o-20-mais-alto-do-mundo-entenda-por-que/. Acesso em: 15 jun. 2020.

março do ano de 2020, apesar da redução, ficou em 27,5%;[24] ou que houve aumento do spread, mesmo na pandemia;[25] ou ainda que o faturamento real da indústria de transformação já alcançou o índice de fevereiro/2020 (de antes da pandemia, portanto).[26]

Além disso, o sítio do Banco Central do Brasil revela que a remuneração do capital das entidades do sistema financeiro nacional supera, em muito, a incidência cumulativa dos percentuais referentes à correção monetária e juros de mora questionados. Alguns exemplos: as taxas para obtenção de crédito por pessoa física no cheque especial variam de 2,75% a.m. (38,50% a.a.) – Banco Sofisa S/A – até 8,45% a.m. (164,57% a.a.) – Banco Pan –;[27] se for crédito pessoal consignado INSS para pessoa física: de 1,12% a.m. (14,24% a.a.) – BANCOOB – até 1,83% a.m. (24,34% a.a.) – BRB – Banco de Brasília S/A.[28]

Portanto, o debate não diz respeito a taxas remuneratórias de capital mais vantajosas; apenas se quer assegurar ao trabalhador do setor privado (o trabalhador do setor público já obteve o direito por decisão do STF) a recomposição das perdas suportadas pelo decurso do tempo desde o

[24] Spread médio no crédito livre fica em 27,5 pp em março, revela BC**.** *Estadão,* 28 abr. 2020. Disponível em: https://economia.uol.com.br/noticias/estadao-conteudo/2020/04/28/spread-medio-no-credito-livre-fica-em-275-pp-em-marco-revela-bc.htm. Acesso em: 15 jun. 2020)

[25] AVENA, Armando. Os bancos ganham com a pandemia. *A Tarde*, Salvador, 9 abr. 2020. Disponível em:https://atarde.uol.com.br/armandoavena/noticias/2125077-os-bancos-ganham-com-a-pandemia-premium. Acesso em: 9 ago. 2020.

[26] CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA. *Indicadores industriais – out/2020*. Disponível em: file:///Users/claudiobrandao/Downloads/indicadoresindustriais_outubro2020.pdf. Acesso em: 27 dez. 2020.

[27] Banco Central do Brasil. *Pessoa Física – Cheque Especial*. Brasília: BCB. Disponível em: https://www.bcb.gov.br/estatisticas/reporttxjuros/?path=conteudo%2Ftxcred%2FReports%2FTaxasCredito-Consolidadas-porTaxasAnuais.rdl&nome=Pessoa%20F%C3%ADsica%20-%20Cheque%20especial&parametros=tipopessoa:1;modalidade:216;encargo:101&exibeparametros=false&exibe_paginacao=false. Acesso em 27 dez. 2020.

[28] Banco Central do Brasil. *Pessoa Física – Cheque pessoal consignado INSS*. Brasília: BCB. Disponível em: https://www.bcb.gov.br/estatisticas/reporttxjuros/?path=conteudo%2Ftxcred%2FReports%2FTaxasCredito-Consolidadas-porTaxasAnuais.rdl&nome=Pessoa%20F%C3%ADsica%20-%20Cr%C3%A9dito%20pessoal%20consignado%20INSS&parametros=tipopessoa:1;modalidade:218;encargo:101&exibeparametros=false&exibe_paginacao=false. Acesso em: 27 dez. 2020.

descumprimento de obrigação resultante do contrato de trabalho, mediante o resgate do valor atualizado da moeda.

O mais curioso nessa argumentação é que o dispositivo cuja constitucionalidade está sendo questionada (o § 7º do art. 879 da CLT, introduzido pela Lei nº 13.467/2017) **não trata de juros de mora**.

Com o devido respeito, o fundamento adotado na questionada decisão, no sentido de que "A dívida trabalhista judicializada vem assumindo contornos extremamente vantajosos (bem superiores à média do mercado) ...", ignorou o fato de que o percentual de 1% previsto para as dívidas trabalhistas é o mesmo previsto no artigo 161, § 1º, do Código Tributário Nacional e incide em ações que postulam a repetição de indébitos tributários, em não havendo disposição legal específica, tese firmada pelo STJ no citado julgamento em recursos especiais repetitivos (REsp 1.492.221/PR).

Se é certo, como afirmado, que

> o Direito e seu intérprete não podem fechar os olhos para a realidade, sendo prova disso a jurisprudência de longa data do Supremo Tribunal Federal, que sempre tratou a condição inflacionária do país na análise da taxa de juros e vice-versa,[29]

não é menos certo que os dados de realidade mostram que a dívida trabalhista, uma vez judicializada, diferentemente das demais, não terá a incidência simultânea de correção monetária e juros de mora, como ocorre, por exemplo, com uma simples dívida de condomínio, tributo ou empréstimo contraído junto ao sistema financeiro nacional.

[29] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADC 58*. Julgamento em 18/12/2020. Voto do ministro Gilmar Mendes. Pendente de publicação oficial. Disponível em: https://www.conjur.com.br/dl/voto-gilmar-acoes-correcao-trabalhista.pdf Acesso em 17 mar. 2021

Saliente-se que o próprio STF reconheceu que **o fato de o cidadão ser obrigado a recorrer ao Poder Judiciário para receber o que lhe é devido não pode ser visto como um investimento ou negócio jurídico**. São palavras do ministro Luiz Fux, relator no RE nº 870.947, já mencionado:

> O cidadão que recorre ao Poder Judiciário não optou por um investimento ou negócio jurídico com o Estado. Foi obrigado a litigar. Tendo seu direito reconhecido em juízo, vulnera a cláusula do *rule of law* vê-lo definhar em razão de um regime de atualização casuísta, injustificável e benéfico apenas da autoridade estatal.

Embora a referência tenha sido a litígio de particular em face do Estado, aplica-se inteiramente à hipótese de litígio movido por trabalhador da iniciativa privada, pois ambos são igualmente cidadãos e, diga-se, cidadãos a quem se reconhece o direito à igualdade plena e que sofrem os mesmos danos quando necessitam ajuizar ações para obterem o ressarcimento de créditos de que são titulares.

Outro aspecto a ressaltar na decisão é a sua própria **incoerência interna**. Como não poderia deixar de ser, reconheceu a inconstitucionalidade da TR como critério de atualização dos créditos trabalhistas, mas, ao definir a taxa incidente a partir do ajuizamento da ação, adotou a Selic, taxa esta que, de acordo com o Banco Central do Brasil, é igualmente pré-fixada e não mede a inflação; é instrumento de política monetária e se refere "à taxa de juros apurada nas operações de empréstimos de um dia entre as instituições financeiras que utilizam títulos públicos federais como garantia". Confira-se:

> A Selic é a taxa básica de juros da economia. É o principal instrumento de política monetária utilizado pelo Banco Central (BC) para controlar a inflação.

> Ela influencia todas as taxas de juros do país, como as taxas de juros dos empréstimos, dos financiamentos e das aplicações financeiras.
> A taxa Selic refere-se à taxa de juros apurada nas operações de empréstimos de um dia entre as instituições financeiras que utilizam títulos públicos federais como garantia. O BC opera no mercado de títulos públicos para que a taxa Selic efetiva esteja em linha com a meta da Selic definida na reunião do Comitê de Política Monetária do BC (Copom).[30]

Ao adotar o entendimento firmado em diversos precedentes pela maioria da Corte, o voto condutor indicou a ADI nº 493, relator ministro Moreira Alves, como revela passagem ora transcrita:

> Embora, como dito, o STF nunca tenha declarado a inconstitucionalidade da TR per se, reconheço que o entendimento majoritário da Corte tem indicado ou sinalizado a impossibilidade de utilização da TR como índice de correção monetária.
> Nesse sentido, a conclusão do Ministro Moreira Alves quando do julgamento da ADI 493 tem sido referendado pela maioria dos Ministros desta Corte, em *obiter dictum*, nos precedentes mais recentes. (...)
> Como já proferi em vários de meus votos, filio-me à posição minoritária, que restou vencida. De fato, tenho dificuldades em afastar índices de atualização, elaborados com critérios econômicos e escolhidos pelo legislador, a partir da ideia de que a correção monetária deve refletir a inflação e que isso decorreria do direito de propriedade.
> No entanto, com a ressalva de meu posicionamento pessoal, **curvo-me ao entendimento da maioria**, em respeito à colegialidade, para concluir que a TR se mostra inadequada, pelo menos no contexto da CLT, como índice de atualização dos débitos trabalhistas. Assim sendo, entendo assistir razão, em parte, à parte autora da ADI, e declaro a inconstitucionalidade da expressão "Taxa Referencial", contida no §7º do art. 879 da CLT.[31]

---

[30] Banco Central do Brasil. *Taxa Selic*. Brasília: BCB. Disponível em: https://www.bcb.gov.br/controleinflacao/taxaselic. Acesso em: 27 dez. 2020.

[31] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 493*. Tribunal Pleno. Relator ministro Moreira Alves, julgado em 25/06/1992. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266383. Acesso em: 09 ago. 2020.

Portanto, ainda que não tenham sido expressamente mencionados, os fundamentos determinantes contidos na jurisprudência pacificada do STF prevaleceram, o que inclui a impossibilidade de adoção de taxas pré-fixadas para fins de correção monetária, premissa contrariada no julgamento em análise.

De outro modo, não se pode olvidar a existência de decisões anteriores, com repercussão geral, que definiram os parâmetros relacionados às dívidas da Fazenda Pública, o que gerará o nocivo efeito da desigualdade – e violação ao princípio da isonomia – em relação aos credores trabalhistas.

Não prospera, de igual modo, o fundamento concernente ao fato de no Brasil haver vários índices de correção: "(INPC, IPCA, IPC, IPCA-E, IPCA-15, IGP-M, entre outros), cada um com suas fórmulas e peculiaridades, podendo o legislador criar vários outros, com base em premissas econômicas".[32] É fato. Nada impede que índices sejam criados. Contudo, segundo disse o STF em vários julgados, somente poderão ser adotados para correção das dívidas questionadas se corresponderem à inflação do período, sob pena de revelar flagrante inconstitucionalidade.

Em outra linha de argumentação, a decisão analisada provocará verdadeiro incentivo à inefetividade do processo judicial e choca-se, de modo frontal, com os preceitos contidos nos artigos 4º e 6º do CPC, que consagram o direito fundamental à tutela efetiva de mérito, além de atentar contra o princípio da eficiência do Poder Judiciário, este referido no artigo 8º do CPC como critério de orientação da atuação dos magistrados, em todas as instâncias de sua atuação.

[32] Trecho do voto do ministro Gilmar Mendes.

A respeito do tempo razoável de duração do processo, a doutrina reconhece não ser possível a aferição por um elemento meramente cronológico e indica a necessidade de ser levado em conta o tempo devido à prestação da tutela jurisdicional. Para tanto, se faz necessário o desenvolvimento de critérios, como sedimentado na jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos, que menciona, ao lado da complexidade da causa, do comportamento das partes e do comportamento do juiz (critérios tidos como clássicos), a importância da causa na vida do litigante, este último a gozar de "significativa importância para análise da razoabilidade da duração do processo".[33] É despiciendo discorrer sobre a importância da causa na vida de qualquer pessoa que almeja o ressarcimento de créditos de natureza alimentar.

Uma vez que se eliminou a incidência dos juros de mora, substituídos pela Selic, cuja taxa anual equivale a 1,90%, segundo dados do Banco Central do Brasil**,[34] a decisão estimula o retardamento na quitação do débito e contraria fundamento adotado pelo mesmo STF em julgamento precedente sobre o tema** (RE nº 870.847/SE), em que se reconheceu que a defasagem na correção monetária representa "estímulo ao uso especulativo do Poder Judiciário". Assim disse o ministro relator, Luiz Fux:

> A diferença supera os 30% (trinta por cento) e revela os incentivos perversos gerados pelo art. 1º-F da Lei nº 9.494/97: **quanto mais tempo a Fazenda Pública postergar a quitação de seus débitos, menor será, em termos reais, o valor da sua dívida, corroída que estará pela inflação. Nesse**

[33] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Código de processo civil comentado.* 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 170-171.

[34] Banco Central do Brasil. *Taxas de juros básica - Histórico*. Brasília: BCB. Disponível em: https://www.bcb.gov.br/controleinflacao/historicotaxasjuros. Acesso em: 27 dez. 2020.

> **contexto, é nítido o estímulo ao uso especulativo do Poder Judiciário**. (grifos nossos).[35]

Os dados estatísticos disponibilizados pelo Conselho Nacional de Justiça por meio do Programa Justiça em Números[36] revelam a dimensão do problema da elevada taxa de congestionamento do Poder Judiciário. No final de 2019, o acervo era da ordem de 77 milhões de processos, mais da metade (55,8%) deles em fase de execução.

Se for observada a realidade da Justiça do Trabalho, os números, embora muito melhores, longe estão do ideal desejado. Apesar de possuir a menor taxa de congestionamento na execução (73%), quando comparada com os demais ramos do Poder Judiciário (Justiça Estadual – 82%; Justiça Eleitoral – 80%; Justiça Federal – 88% e Justiça Militar estadual – 93%), e abaixo da média geral do Poder Judiciário (82%), os dados revelam que ainda há muito por fazer. Significa que a taxa de efetividade é da ordem de 27%, ou, dito de outro modo, de cada dez sentenças condenatórias que transitam em julgado, quase 3 permanecem percorrendo os difíceis caminhos até chegar a romper as muitas barreiras postas ao cumprimento final da obrigação, na esmagadora maioria dos casos, de pagar quantia certa, e nem sempre alcançada. Reduzir os encargos incidentes sobre o inadimplemento de obrigações de natureza alimentar por certo não contribuirá para a melhora do cenário atual; ao contrário, em muito o agravará.

O papel a ser desempenhado pelo juiz deve seguir a orientação no sentido de empreender maior efetividade ao processo. Por isso, cabe o

---

[35] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 870947 ED*, Relator: Luiz Fux, Relator(a) p/ Acórdão: Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, julgado em 03/10/2019, publ. em 03-02-2020.

[36] Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em números 2020*: ano-base 2019. Brasília: CNJ, 2020. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justi%C3%A7a-em-N%C3%BAmeros-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf. Acesso em: 27 dez. 2020.

alerta da doutrina especializada: "É preciso perceber que o juiz tem o dever de velar pela rápida solução do litígio, tendo de conduzir o processo de modo a assegurar a tempestividade da tutela jurisdicional".[37]

Conclusão

Como se procurou demonstrar, a decisão do STF referente à adoção da Selic para a correção dos créditos trabalhistas a partir do ajuizamento da ação rompeu o dique de contenção da inconstitucionalidade da correção monetária de dívidas trabalhistas. Ao fazê-lo, cravou no coração do crédito trabalhista a estaca da distinção discriminatória negativa: será a única espécie de trabalhador a ter o seu crédito atualizado por um índice que não refletirá a perda inflacionária. Isso não acontecerá, por exemplo, se esses trabalhadores forem servidores públicos ou magistrados (juízes de primeiro grau, desembargadores, ministros – inclusive do STF).

Ela, a decisão do STF, consagrou, a não mais poder, insustentável atentado à Constituição, como a dizer, em outras palavras: todos os credores, titulares, como são, do direito de propriedade assegurado na Constituição, são iguais e, em tais circunstâncias, terão direito à correção monetária por índice que reflita de modo integral a perda inflacionária. **Os credores trabalhistas, porém, são menos iguais, ou melhor: são iguais na sua inferioridade; para eles, vale a correção por taxa pré-fixada**.

Ademais, estimula o retardamento da inadimplência da obrigação instituída na decisão judicial, contribuindo para a sua inefetividade e ampliação dos índices de congestionamento da execução, já bastante elevados no Brasil.

[37] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Código de processo civil comentado*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 170-171.

Indaga-se, ao final**: (a) são diferentes os direitos de propriedade? (b) E o dever de coerência previsto no CPC? (c) Não está o STF a ele vinculado?**

Deixo a resposta ao leitor.

Brasília, janeiro de 2021 (em plena pandemia da COVID-19)

Referências

ARAUJO, Rafael Wanderley de Siqueira. *Os juros de mora e a correção monetária: conceito, natureza jurídica e forma de incidência, à luz do Código Civil brasileiro*. Conteúdo Jurídico, Disponivel em: https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/52621/os-juros-de-mora-e-a-correcao-monetaria-conceito-natureza-juridica-e-forma-de-incidencia-a-luz-do-codigo-civil-brasileiro. Acesso em: 29 dez 2020.

AVENA, Armando. Os bancos ganham com a pandemia. *A Tarde*, Salvador, 09 abr. 2020. Disponível em:<https://atarde.uol.com.br/armandoavena/noticias/2125077-os-bancos-ganham-com-a-pandemia-premium>. Acesso em: 09 ago. 2020.

BANCO CENTRAL DO BRASIL. *Pessoa Física – Cheque Especial*. Brasília: BCB. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/estatisticas/reporttxjuros/?path=conteudo%2Ftxcred%2FReports%2FTaxasCredito-Consolidadas-porTaxasAnuais.rdl&nome=Pessoa%20F%C3%ADsica%20-%20Cheque%20especial&parametros=tipopessoa:1;modalidade:216;encargo:101&exibeparametros=false&exibe_paginacao=false>. Acesso em 27 dez. 2020.

BANCO CENTRAL DO BRASIL. *Pessoa Física – Cheque pessoal consignado INSS*. Brasília: BCB.Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/estatisticas/reporttxjuros/?path=conteudo%2Ftxcred%2FReports%2FTaxasCredito-Consolidadas-porTaxasAnuais.rdl&nome=Pessoa%20F%C3%ADsica%20-%20Cr%C3%A9dito%20pessoal%20consignado%20INSS&parametros=tipopessoa:1;modalidade:218;encargo:101&exibeparametros=false&exibe_paginacao=false>. Acesso em: 27. Dez. 2020.

BANCO CENTRAL DO BRASIL. *Taxa Selic*. Brasília: BCB. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/controleinflacao/taxaselic>. Acesso em: 27 dez. 2020.

Banco Central do Brasil. *Taxas de juros básica - Histórico*. Brasília: BCB. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/controleinflacao/historicotaxasjuros>. Acesso em: 27 dez. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 493*. Tribunal Pleno. Rel. Min. Moreira Alves, julgado em 25/06/1992. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266383>. Acesso em: 09 ago. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1492221/PR*, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 22/02/2018, DJe 20/03/2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal *RE nº 1.125.109/PB*, Relator Min. Gilmar Mendes, julgado em 30/05/2018, publ. 04/06/2018 – grifos postos. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=314492716&ext=.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 4425/DF*. Rel. Min. Ayres Britto. Red. p/ac Luiz Fux. Tribunal Pleno, julgado em 14/03/2013, publ 19/12/2013. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5067184>

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 5348,* Relatora Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, julgado em 11/11/2019, publ. 28-11-2019. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=751490343>. Acesso em: 09 ago. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Rcl nº 22012,* Relator Min. Dias Toffoli, Relator(a) p/ Acórdão: Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, julgado em 05/12/2017, publ. 27-02-2018 – grifos postos.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 870947 ED*, Rel.: Luiz Fux, Relator(a) p/ Acórdão: Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, julgado em 03/10/2019, publ. em 03-02-2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 135193,* Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 10/12/1992, publ 02/04/1993. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22RE%20135193%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true>. Acesso em: 27 dez.2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº 870947, Rel. Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 20/09/2017, publ 20-11-2017. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14080728>. Acesso em: 09 ago. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº 870947, Rel. Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 20/09/2017, publ 20-11-2017. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14080728>. Acesso em: 09 ago. 2020.

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA. *Indicadores industriais – out/2020*. Disponível em: <file:///Users/claudiobrandao/Downloads/indicadoresindustriais_outubro2020.pdf>. Acesso em: 27 dez. 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números 2020*: ano-base 2019. Brasília: CNJ, 2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justi%C3%A7a-em-N%C3%BAmeros-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf>. Acesso em: 27 dez. 2020.

COUTINHO, Grijalbo Fernandes. *O STF como justiça política do capital*: a desconstrução do Direito do Trabalho por intermédio de decisões judiciais sintonizadas com os ímpetos do mercado neoliberal2007-2020). 2020. 643 f. Tese (Doutorado em Direito e Justiça) - Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte.

DIDIER, Jr., Fredie. Sistema brasileiro de precedentes judiciais obrigatórios e os deveres institucionais dos tribunais: uniformidade, estabilidade, integridade e coerência da jurisprudência. In *Scritti In Onore Di Nicola Picardi*. Tomo II. Pisa: Pacini Giuridica, 2016, p. 924-932.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Código de processo civil comentado*. 6ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

TALAMINI, Eduardo. Estabilidade, integridade e coerência jurisprudencial. *Migalhas*. Disponível em. <https://www.migalhas.com.br/depeso/236482/estabilidade-integridade-e-coerencia-jurisprudencial>. Acesso em: 15 jun. 2020.

VENOSA, Sílvio Salvo. *Direito Civil*: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. v. 2. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.

Matérias jornalísticas

"Spread bancário do Brasil é o 2º mais alto do mundo; entenda por quê". Agência Estado. *InfoMoney,* 12 mai. 2019. Disponível em: < https://www.infomoney.com.br/minhas-financas/spread-bancario-do-brasil-e-o-20-mais-alto-do-mundo-entenda-por-que/>. Acesso em: 15. Jun. 2020

"Spread médio no crédito livre fica em 27,5 pp em março, revela BC". *Estadão*, 28 abr. 2020. Disponível em: <https://economia.uol.com.br/noticias/estadao-conteudo/2020/04/28/spread-medio-no-credito-livre-fica-em-275-pp-em-marco-revela-bc.htm>. Acesso em: 15 jun. 2020.

Capítulo 17

A gratuidade na justiça do trabalho e a ADI 5766: o efeito *backlash* e a transmutação das custas em punição ao trabalhador

Maria Cecília Máximo Teodoro [1]
Murilo Carvalho Sampaio Oliveira [2]

1. Introdução

A análise da (in)constitucionalidade da modificação processual mais importante da Reforma Trabalhista de 2017 perdura sem desfecho na Corte Constitucional brasileira. Já se passaram mais de três anos desde o início da vigência da Lei 13.467/2017 e, igualmente, da propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 5766 sem que tal tema retorne à pauta do plenário do Supremo Tribunal Federal (STF). Por consequência dessa falta de desfecho, a interpretação que se dá, até a conclusão do julgamento pelo STF, é aquela em que se presume a legalidade da legislação.

O tema do alcance da gratuidade é demasiadamente importante porque se mostra como o primeiro filtro de acesso à justiça para os jurisdicionados vulneráveis. Se há cada vez mais imposições de cobranças de despesas processuais contra pessoas pobres, o que não acontece em

[1] Pós-doutora em Direito do Trabalho pela Universidade de Castilla-La Mancha, com bolsa de pesquisa da CAPES. Doutora em Direito do Trabalho e da Seguridade Social pela Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Direito do Trabalho pelo PPGD-PUC Minas. Professora de Direito do Trabalho do PPGD e da graduação da PUC/MG. Pesquisadora, autora de livros e artigos. Advogada. E-mail: cecimax@pucminas.br. http://lattes.cnpq.br/7521600430933892

[2] Juiz do Trabalho na Bahia e professor associado da UFBA em Direito e Processo do Trabalho. Graduado, especialista e mestre em Direito pela UFBA e doutor pela UFPR, além de especialista em relações laborais pela Universidad de Castilla-La Mancha na Espanha. Pós-doutorando em Direito na UFRJ. Autor de artigos jurídicos e dos livros, sendo o último *Relação de emprego, dependência econômica e subordinação jurídica: revisitando conceitos*, publicado pela Juruá em 2019 (2ª ed.). http://lattes.cnpq.br/5472565563394662; https://orcid.org/0000-0003-0203-387X.

outros ramos do Judiciário, constrói-se uma lição de que demandar na Justiça do Trabalho pode ser perigoso ao trabalhador, com notória intenção de desestimular o acesso à Justiça.

Este artigo almeja examinar a construção jurisprudencial do STF sobre a gratuidade das despesas processuais no âmbito trabalhista, a partir de decisões daquela Corte, especialmente dos argumentos discutidos na ADI 5766, na qual o Ministério Público aponta a inconstitucionalidade dos arts. 790-B, caput e § 4º, 791-A, § 4º e art. 844, § 20, da CLT com redação introduzida ou modificada pela Lei 13.467/201.

Para tanto, o primeiro item aborda o instituto de acesso à justiça e a tradicional e consolidada compreensão dos tribunais superiores acerca da sua gratuidade, antes da data da reforma laboral perpetrada em 2017. Analisa-se assim, a concepção clássica e a mitigada de gratuidade judiciária e sua relação com a noção de impenhorabilidade do salário. Em seguida, analisa-se o histórico da norma da gratuidade jurídica, realizando um cotejo entre essa legislação e a nova redação e compreensão dadas ao tema com a Reforma Trabalhista, que retirou a gratuidade de justiça para os trabalhadores sucumbentes em custas e honorários advocatícios e periciais, a partir do efeito *backlash*. Percorre-se o julgamento da ADI 5766, sumarizando os argumentos lançados na petição inicial da PGR e os fundamentos apresentados nos votos dos ministros Barroso e Fachin. Registra-se ainda algumas decisões do judiciário trabalhista sobre o tema enquanto perdura a inconclusão no STF.

2. Acesso à justiça e gratuidade judiciária antes de 2017

As normas anteriores à entrada em vigor da chamada Reforma Trabalhista, realizada pela edição da Lei 13467/17 no ordenamento juslaboral brasileiro, encontravam-se no macrossistema jurídico formado pela Constituição Federal, pela Consolidação das Leis do Trabalho, pela Lei

1.060/1950 e pela aplicação subsidiária do CPC de 2015, em observância ao duplo requisito trazido pela cláusula de barreira do artigo 769 da CLT, de omissão e compatibilidade.

Mauro Cappelletti e Bryant Garth, em 1978, ao conceituarem o acesso à justiça como a possibilidade de as pessoas reivindicarem/resolverem seus conflitos sob os auspícios do Estado, fincaram suas bases em duas finalidades primordiais do sistema jurídico: a) o sistema deve ser igualmente acessível a todos; b) o sistema deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos. Assim, tornaram-se clássicos e de leitura obrigatória para a compreensão da noção adequada do acesso à justiça, premissa básica de realização de justiça social[3]

O ordenamento jurídico trabalhista original e sua trajetória histórica acerca do tema, em especial nos tribunais superiores, capturavam perfeitamente as lições de Cappelletti e Garth. Contudo, os efeitos *backlash* expressados na Reforma Trabalhista provocaram um giro radical na compreensão da matéria e uma afronta grave à Constituição Federal, fazendo emergir uma versão piorada do texto celetista originário.

O texto clássico do artigo 789 da CLT previa o pagamento de custas antes da decisão das juntas de conciliação e pagamento ou até mesmo antes da distribuição da ação nas comarcas em que o juízo de Direito era investido da competência em matéria trabalhista. Em qualquer caso, a CLT não previa assistência judiciária aos jurisdicionados, não se falando em gratuidade de justiça, portanto.

Foi apenas em 1946 que as custas passaram a ser pagas após o trânsito em julgado da decisão e o artigo 789 e seus parágrafos da CLT foram alterados para que os tribunais, inclusive de ofício, passassem a ter a faculdade de conceder os benefícios da justiça gratuita àqueles que

[3] CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 8.

recebessem até dois salários mínimos ou para aqueles que provassem miserabilidade econômica, ainda que recebessem mais de dois salários mínimos.

Em 1950 foi publicada a Lei 1060 para regulamentar o instituto de assistência judiciária, que era aplicada à seara trabalhista em observância à cláusula de barreira (ou de abertura) trazida pelo binômio omissão e compatibilidade do artigo 769 da CLT.

O tratamento específico do tema na seara juslaboral veio em 1980, com a edição da Lei 5584, que regulamentou a assistência jurídica integral e gratuita. A referida lei determinou que a assistência jurídica deveria ser prestada pelo sindicato da respectiva categoria do trabalhador ou, na falta deste, pela Defensora Pública (que, diga-se de passagem, não tem atuação trabalhista). A Lei 5584/1980 fixava a isenção de custas e das despesas processuais.

Enfim, em 2002, a Lei 10.537 alterou novamente o artigo 789 da CLT, realizando uma ocupação normativa estratégica para o reconhecimento jurídico específico do acesso à justiça, e seus corolários de assistência judiciária gratuita e integral, ao prever que o pagamento das custas pelo vencido deveria ocorrer após o trânsito em julgado da decisão, com exceção dos casos de recurso, hipótese em que as custas deveriam ser pagas e comprovado o seu pagamento no prazo para aviar o recurso, a não ser para aqueles que estivessem amparados pelos benefícios da justiça gratuita.

Ademais, a Lei 10.537 também modificou artigo 790 da CLT, que passou a prever a faculdade de os juízes concederem, a requerimento ou mesmo de ofício, o benefício da gratuidade da justiça para aqueles que recebessem até dois salários mínimos ou que declarassem condição de miserabilidade.

O Tribunal Superior do Trabalho, a respeito, fixou entendimento de que a declaração de miserabilidade poderia ser feita pelo próprio advogado do litigante, na Orientação Jurisprudencial 331 da SDI-1, cancelada em 2016. Por fim, para se adequar às previsões trazidas pelo novo CPC, a redação da Súmula 463 do TST foi alterada para firmar o entendimento de que o advogado da parte deveria ter procuração com poderes específicos para declarar a hipossuficiência econômica de seu cliente.

A compreensão do tema até o advento da Reforma Trabalhista, portanto, não suscitava grandes polêmicas, tendo em vista sua perfeita adequação aos diversos comandos da Constituição Federal, tais quais: a) o do artigo 5º, LXXIV, segundo o qual "o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos"; b) o do artigo 1º, alínea C, que prevê o princípio da dignidade da pessoa humana; c) o do artigo 5º, ao prever o princípio da igualdade; d) o do artigo 5º, XXXV, que fixa o princípio da ubiquidade de acesso à justiça ou da inafastabilidade da jurisdição: "A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito".

Em julgados não trabalhistas, o STF vem mantendo uma direção de dar amplitude à garantia fundamental de "assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos", fixada no art. 5º, LXXIV da Constituição. Em 2019, a Corte Suprema concedeu gratuidade judiciária mesmo para a parte que possuir advogado particular[4]. Na primeira década deste milênio, um trecho de voto do ministro Celso de Mello, repetido em diversos julgados[5] e por variados

[4] É esta a ementa da ADI 3.658 de 2019: "A isenção do pagamento de custas não fica jungida à inviabilidade de atuação da Defensoria Pública, sendo cabível no tocante a cidadão que, sem o prejuízo da assistência própria ou da família, não tenha condições de recolhê-las. Alcance do disposto no artigo 5º, inciso LXXIV, da Carta Federal, presentes princípios constitucionais explícitos e implícitos voltados ao pleno exercício de direitos inerentes à cidadania." [ADI 3.658, relator ministro Marco Aurélio, j. 10-10-2019, P, DJE de 24-10-2019.]

[5] Tratam-se dos: RE 482.367 AgR-AgR, relatora ministra Cármen Lúcia, j. 15-12-2009, 1ª T, DJE de 5-2-2010, RE 184.841, rel. min. Sepúlveda Pertence, j. 21-3-1995, 1ª T, DJ de 8-9-1995.

ministros relatores, dizia: "Reafirmo, finalmente, a ressalva, quanto aos encargos resultantes da sucumbência, da hipótese de ser, a parte vencida, eventual beneficiária da gratuidade, caso em que lhe será aplicável a cláusula exoneração prevista na Lei 1.060/50 (art. 3º.)". Também é antiga a posição de que a gratuidade judiciária "[...] implica a isenção de despesas [...][6].

Na tradição da jurisprudência do STF~~,~~ a seguinte ementa indica adequadamente a ideia do texto constitucional ao instituir a "– assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos": garantir a plena isenção de despesas processuais para as partes que permaneçam pobres.

É conveniente enfatizar que, se adotada a concepção mitigada de gratuidade para se permitir a cobrança de honorários sucumbenciais patronais sobre créditos salariais do trabalhador, haveria uma quebra reflexa da noção de impenhorabilidade do salário. Isto porque os honorários do advogado patronal incidiriam sobre os salários da parte reclamante pobre, conforme exegese do ministro Barroso, do STF, e do ministro Ives Gandra, do TST.

Contudo, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), que julga litígios entre iguais e não entre partes assimétricas, como a Justiça do Trabalho, aprovou precedente no ano de 2020 no sentido de que "são impenhoráveis o salário e/ou remuneração do executado para pagamento de honorários advocatícios"[7]. Isto é, no âmbito do processo comum a tese esposada pela

[6] A ementa completa é "O benefício da assistência judiciária gratuita implica a isenção de despesas, não de ônus processuais de outra natureza, como o de indicar as peças a serem trasladadas e o de fiscalizar a correta formação do instrumento." e é repetida nos julgados AI 580.880 AgR, relator ministro Menezes Direito, j. 7-4-2009, 1ª T, DJE de 8-5-2009. AI 748.374 AgR, relator ministro Joaquim Barbosa, j. 16-3-2010, 2ª T, DJE de 7-5-2010 e AI 573.444 AgR, relator ministro Cezar Peluso, j. 8-9-2009, 2ª T, DJE de 9-10-2009.

[7] O trecho correspondente da longa ementa é: "As exceções destinadas à execução de prestação alimentícia, como a penhora dos bens descritos no art. 833, IV e X, do CPC/15, e do bem de família (art. 3º, III, da Lei 8.009/90), assim como a prisão civil, não se estendem aos honorários advocatícios, como não se estendem às demais verbas apenas com natureza alimentar, sob pena de eventualmente termos que cogitar sua aplicação a todos os honorários devidos a quaisquer profissionais liberais, como médicos, engenheiros, farmacêuticos, e a tantas outras categorias." (REsp

Reforma Trabalhista se contrapõe ao precedente da maior Corte da Justiça comum, o que confirma que a concepção é impor ao jurisdicionado trabalhista um tratamento processual muito pior do que aquele destinado aos comuns.

A Reforma Trabalhista de 2017, trazida pela já referida Lei 13467, alterou significativamente a compreensão acerca do instituto da assistência judiciária, notadamente no que diz respeito às custas e honorários sucumbenciais e periciais, com a introdução do artigo 791-A e seu parágrafo 4º, da CLT. A introdução explícita no ordenamento juslaboral da previsão do direito do advogado aos honorários sucumbenciais faz parte de uma estratégia ardilosa engendrada pela Reforma Trabalhista que visa promover uma ruptura relevante no acesso à justiça do trabalhador brasileiro, acirrando sua subalternidade econômica e jurídica.

A estratégia é cínica porque o reconhecimento de honorários advocatícios na Justiça do Trabalho é uma pauta antiga da classe de advogados, sendo objeto de inúmeros coletivos e movimentos sociais, congressos, artigos jurídicos, assim como era pauta o fim da obrigatoriedade da contribuição sindical. No entanto, o legislador reformista, ao atender esses pleitos, o faz em conjunto com medidas desestruturantes e ardilosamente engendradas para o esfacelamento da Justiça do Trabalho.

O reconhecimento dos honorários advocatícios sucumbenciais, por seu turno, veio acompanhado do parágrafo 4º do artigo 791-A da CLT, que fixa ao trabalhador vencido, ainda que beneficiário da justiça gratuita, a

1.815.055). Disponível em https://www.conjur.com.br/dl/corte-especial-salario-penhoravel-pagar.pdf. Acesso em 12 nov. 2020.

obrigação de pagar honorários se tiver logrado em juízo, mesmo que em outro processo, valores suficientes para arcar com esse pagamento.

A um só tempo, o legislador trabalhista faz parecer que os teóricos do Direito e do Processo do Trabalho sofrem de alguma inconsistência teórica e argumentativa, posto que, atendida parte de sua pauta reivindicatória, passam a questionar a constitucionalidade de tal norma editada; além de fazer com que a comunidade leiga se volte contra os combatentes da esfera laboral, posicionando os próprios destinatários da norma, que serão prejudicados, contra aqueles que lutam por seus direitos, em verdadeiro efeito *backlash*.

3. O debate na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 5766

Proposta em 25 de agosto de 2018, a ação[8] da Procuradoria Geral da República (PGR) teve como objeto específico a declaração de inconstitucionalidade da cobrança de honorários periciais (arts. 790-B, caput e § 4º), de honorários sucumbenciais (791-A, § 4º) e de custas por arquivamento injustificado (art. 844, § 2º), todos contra a parte beneficiária da gratuidade judiciária. Impostos pela Reforma Trabalhista feita pela Lei 13.467/2017, esses dispositivos foram considerados pela PGR como inconstitucionais por imporem restrições ao acesso à Justiça. O cerne da discussão é, assim, o alcance da gratuidade da justiça no âmbito trabalhista.

Os fundamentos apresentados pela PGR para a inconstitucionalidade são ofensas aos valores, objetivos, preceitos e garantias constitucionais de dignidade da pessoa humana (art. 1º, III); valor social do trabalho (art. 1º, IV); construção de sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I); erradicação da pobreza e da marginalização e redução das desigualdades sociais e

[8] BRASIL, 2017a.

regionais (art. 3º, III); a garantia à jurisdição estatal por lesão ou ameaça a direito (art. 5º, XXXV); e prestação, por parte do Estado, de assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos (art. 5º, LXXIV). Além desses, foram invocados tratados de direitos humanos que, como se sabe, têm a mesma natureza de normas constitucionais, como a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948 (DUDH)[9]; o Pacto Internacional Sobre Direitos Civis e Políticos (PISDCP)[10], de 1966; e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 1969[11], os quais estabelecem o direito de demandar o Judiciário, de modo que a imposição de punições econômicas à parte pobre que ajuíza ações significa restrição notória do acesso à justiça.

Na fundamentação apresentada na petição inicial da ADI, afirma-se que o regramento da gratuidade da justiça estabelecido pela Reforma Trabalhista é discriminatório e incoerente, porque representa uma disciplina dirigida à parte mais vulnerável que é pior do que a da regra para sujeitos "comuns" (inclusive os não vulneráveis) do processo civil, violando-se o princípio da isonomia do tratamento do tema de gratuidade entre Justiça do Trabalho e Juizados Especiais Cíveis. Também sustenta que cobrar despesas processuais de pessoas pobres constituiria violação ao

[9] No DUDH, há direito de acesso à justiça: "Artigo 8. Todo homem tem direito a receber, dos tribunais nacionais competentes, remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei. [...] Artigo 10. Todo o homem tem direito, em plena igualdade, a uma justa e pública audiência por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir de seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra si."

[10] O art. 14 do PISDCP estabelece: "Artigo 14. 1. Todas as pessoas são iguais perante os tribunais e as cortes de justiça. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida publicamente e com devidas garantias por um tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido por lei, na apuração de qualquer acusação de caráter penal formulada contra ela ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil. [...]". Promulgado pelo Decreto 592, de 6 de julho de 1992.

[11] "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." Promulgado pelo Decreto 678, de 6 de novembro de 1992.

conceito de "mínimo existencial": "Créditos trabalhistas auferidos em demandas trabalhistas propostas por trabalhadores pobres assumem, pois, inegável caráter de mínimo existencial, como núcleo irredutível do princípio da dignidade humana (CR, art. 1º, III)"[12].

Prossegue-se afirmando que a restrição de acesso à justiça por parte dos trabalhadores significaria, por consequência, a própria restrição da concretização dos direitos sociais, seguindo, assim, a mesma jurisprudência do STF no sentido de "reconhecer inconstitucionalidade por omissão de comportamento estatal que frustre a concretização de direitos fundamentais de segunda geração"[13].

O voto do ministro relator não foi divulgado, o que prejudica o exame acurado sobre os fundamentos e argumentos utilizados. Todavia, o Supremo Tribunal Federal publicou a seguinte síntese da proposta, que acolhe parcialmente o pedido e declara constitucional a Reforma Trabalhista no que diz respeito à gratuidade, com as seguintes teses:

> 1) O direito à gratuidade de justiça pode ser regulado de forma a desincentivar a litigância abusiva, inclusive por meio da cobrança de custas e de honorários a seus beneficiários; 2) a cobrança de honorários sucumbenciais do hipossuficiente poderá incidir: (i) sobre verbas não alimentares, a exemplo de indenizações por danos morais, em sua integralidade; e (ii) sobre o percentual de até 30% do valor que exceder ao teto do Regime Geral de Previdência Social, mesmo quando pertinente a verbas remuneratórias; 3) é legítima a cobrança de custas judiciais, em razão da ausência do reclamante à audiência, mediante prévia intimação pessoal para que tenha a oportunidade de justificar o não comparecimento[14].

[12] BRASIL, 2017a, p. 27.

[13] BRASIL, 2017a, p. 28.

[14] BRASL. Supremo Tribunal Federal. *Boletim informativo do STF n. 901*. Disponível em http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo901.htm. Acesso em 12 out 2020.

O ponto de partida da argumentação do ministro Barroso é a compreensão de que há congestionamento no judiciário trabalhista e que, assim, as alterações processuais da Reforma Trabalhista na CLT devem desincentivar a litigância abusiva. Como se percebe, trata-se de um argumento consequencialista, sem base na ordem constitucional, e que silencia sobre como o "congestionamento" se configura e é enfrentado em outros ramos do Judiciário.

A problematização desse argumento inicial – congestionamento do Judiciário trabalhista – indica ser seletiva, no sentido de tratamento diferenciado e não isonômico, a alegação de que é preciso desincentivar o acesso à justiça trabalhista, diante da totalidade das ações em curso em todo o Poder Judiciário brasileiro. Segundo a edição de 2018 do relatório "Justiça em Números"[15] do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), havia 80,1 milhões de processos pendentes de julgamento, dos quais 79% (63.482 milhões) são da Justiça Estadual, 12,9% da Justiça Federal e 6,9% da Justiça Trabalhista. O relatório mostra ainda que a área trabalhista tem a maior velocidade no julgamento dos processos, conforme o índice "taxa de congestionamento".

No particular desse exame de quantidades, a PGR fez uma comparação apropriada em termos de modelo processual e perfil econômico dos litigantes entre os juizados especiais e a justiça trabalhista, concluindo pela ausência de "equilíbrio constitucional de tratamento entre diferentes meios jurisdicionais de tutela de direitos fundamentais com idêntica natureza social"[16]:

[15] BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Justiça em Números 2018: ano-base 2017. Brasília: 2018. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/08/44b7368ec6f888b383f6c3de40c32167.pdf. Acesso em: 12 out. 2020.

[16] BRASIL, 2017a, p. 50.

> [...] Os juizados especiais recebem quase o dobro de novas demandas anualmente, com direito a gratuidade judiciária em primeiro grau [...] Observe-se o abismo que as normas impugnadas impõem ao tratamento da gratuidade judiciária entre órgãos do Judiciário com estreita identidade institucional, criando discrímen de acesso que não encontra justificativa constitucional, sob o ponto de vista da natureza dos direitos passíveis de tutela. Impõe-se obstáculo econômico muito superior à tutela de direitos sociais trabalhistas, comparativamente à de direitos sociais na Justiça Comum, especialmente nos JECs, a exemplo dos benefícios previdenciários e assistenciais[17].

Desses números, percebe-se que há efetivamente um congestionamento de ações no Brasil; todavia, essa aglomeração não se localiza na Justiça do Trabalho ou na Federal. Os dados indicam que não há litigância abusiva no âmbito trabalhista, expressamente quando comparado com os números da Justiça Estadual. Se a preocupação da Corte Constitucional é efetivamente o congestionamento dos processos, mais adequado seria discutir as razões do grande quantitativo dos outros segmentos do Poder Judiciário e por que o índice de congestionamento da Justiça do Trabalho – indicador de velocidade do julgamento dos processos – é justamente o melhor dos três maiores segmentos citados.

Os dados analisados acima também podem ser interpretados, numa perspectiva igualmente consequencialista, quando cruzados com os tipos de pedidos/matérias judicializadas, o que demonstra que a legislação brasileira, trabalhista ou cível, não é espontaneamente cumprida pelos agentes econômicos. O descumprimento deliberado – por opção analítica e econômica do custo-benefício diante de demora na solução de casos judicializados – explicaria, com mais substrato, o porquê da existência de 80 milhões de processos em curso. Tomando então por referência as

[17] BRASIL, 2017a, p. 49-50.

consequências, melhor seria a adoção de medidas condenatórias e punitivas mais consistentes contra os chamados litigantes habituais, e não criar mecanismos para dificultar o acesso à justiça por parte dos pobres.

A segunda premissa do argumento do voto do relator é o objetivo de evitar o abuso no exercício do direito de ação. Nos direitos e garantias processuais fundamentais, o texto constitucional não se referiu a essa preocupação, estabelecendo um amplo acesso à justiça e o dever de gratuidade. Sem prejuízo, a legislação infraconstitucional autoriza a punição por abuso no plano processual (art. 79 a 81 do CPC e artigo 793-B, da CLT), conforme o caso concreto. Isto é, a ordem jurídica já contém as ferramentas incidentes na área trabalhista para a punição de abuso concretamente identificado.

Como que antevendo a possibilidade dessa diretriz, a PGR, já na petição inicial, cita um estudo inglês (*Labour disputes in the UK: 2015 – Analysis of UK labour disputes in 2015*) sobre litigância trabalhista e alteração legislativa com imposição de custas que demonstrou exatamente a consequência contrária àquela prevista pelo ministro Barroso:

constatou que as ações trabalhistas ajuizadas após cobrança das taxas judiciárias tiveram incidência ainda maior de insucesso, quando comparadas com as do período anterior. Disso extraiu que a taxação do serviço judiciário não foi eficaz para desestimular demandas infundadas, mas apenas reduziu o acesso dos cidadãos à jurisdição trabalhista, por temor de perda econômica. Concluiu que a mera taxação violou de forma intensa o acesso à justiça das pessoas com menores rendimentos, para as quais o pagamento das taxas implica sacrificar as despesas normais e necessárias para manter padrão de vida aceitável[18].

[18] BRASIL, 2017a, p. 67.

No entanto, a argumentação utilizada pelo relator torna o abuso uma presunção *a priori*, ou seja, é necessário de antemão, independentemente do caso concreto, onerar a demanda judicial para se evitar futuros abusos, desconsiderando que, em muitos casos, a definição do abuso envolve enfrentamento do próprio mérito do processo. Tal raciocínio é justamente a presunção da má fé, algo contrário às premissas do Direito e até discriminatório, pela presunção de que uma das partes processuais é abusadora. Desse modo, o debate sobre o abuso ou não do direito de ação já tem sua solução jurídica pela legislação infraconstitucional e não pode ser feito *a priori*, sob pena de severa e discriminatória restrição do acesso à justiça.

Superadas as (falsas) premissas de congestionamento e abuso por parte dos reclamantes, o ministro Barroso estabelece uma série de critérios que tentam equacionar o direito de ação com a imposição de cobranças de honorários e custas processuais mesmo daqueles beneficiários da gratuidade da Justiça. Esses critérios, criados a partir de uma ampla discricionariedade, teriam muito mais legitimidade se fossem feitos por lei, pois constituem verdadeiras criações de regras jurídicas abstratas, quando para o tema da gratuidade da Justiça já existem dispositivos legais do CPC (arts. 98 e 99) que, conforme seu artigo 15º, aplicam-se ao processo do trabalho. A discricionariedade e a criatividade do voto significam também um afastamento de critérios previstos em lei que são dogmaticamente incidentes na Justiça do Trabalho.

De modo totalmente antagônico à manifestação do ministro Barroso, o voto do ministro Fachin[19] ancora seus argumentos nos direitos fundamentais do art. 5º, XXXV e LXXIV, que preveem, respectivamente: "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a

[19] BRASIL, 2018.

direito" e "o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos". Diante dessa literalidade, o ministro entende que há uma "proteção constitucional ao acesso à Justiça e à gratuidade do serviços judiciários"[20], inclusive confirmada em diversas decisões da 2ª Turma do STF, a exemplo dos casos RE 763.667/CE com relator ministro Celso de Mello, Segunda Turma, DJe 13.12.2013, e AI 598.212/PR, relator ministro Celso de Mello, Segunda Turma, DJe 24.04.2014.

Argumenta o voto divergente que tais restrições ao acesso à justiça significam o próprio esvaziamento da Justiça do Trabalho e o enfraquecimento dos direitos sociais:

> [...] a consequência de esvaziamento do interesse dos trabalhadores, que na condição de hipossuficientes econômicos, não terão como demandar na Justiça Trabalhista, em virtude do receio de que suas demandas, ainda que vencedoras, retornem-lhes muito pouco do valor econômico efetivamente perseguido e, eventualmente, devido. É preciso restabelecer a integralidade do direito fundamental de acesso gratuito à Justiça Trabalhista, especialmente pelo fato de que, sem a possibilidade do seu pleno exercício por parte dos trabalhadores, é muito provável que estes cidadãos não reúnam as condições mínimas necessárias para reivindicar seus direitos perante esta Justiça Especializada[21].

Salienta o ministro Fachin que a gratuidade da Justiça, em qualquer ramo processual, não é uma imunidade absoluta contra as despesas processuais devidas pela parte sucumbente, mas uma proteção vinculada ao estado de pobreza, que perdura enquanto esse estado persistir.

[20] BRASIL, 2018, p. 3.

[21] BRASIL, 2018, p. 9.

3. Efeito *backlash* das decisões do STF e as consequências na vida do trabalhador jurisdicionado

Como visto, a Reforma Trabalhista provoca uma profunda fissura no conceito de acesso à justiça e colide com diversos preceitos constitucionais, além de mudar bruscamente a trajetória dos entendimentos consolidados dos tribunais superiores no Brasil, o que parece consubstanciar-se, em vários nuances, no efeito *backlash*.

O significado de *backlash* pode variar, a depender do horizonte de análise. Do ponto de vista semântico, quer dizer uma mudança súbita, ou uma forte reação, um giro brusco na trajetória. Uma reação abrupta de uma roda ou conjunto de rodas conectadas em um mecanismo em razão de movimento não uniforme ou pressão súbita nela aplicada.[22]

Nas leis da física, especificamente na lei da ação e reação de Isaac Newton, o *backlash* diz respeito à máxima de que "a toda ação corresponde uma reação igual e em sentido contrário". Do ponto de vista sociológico, *backlash* significa um forte sentimento de um grupo de pessoas em reação a eventos sociais ou políticos que podem levar a um retrocesso social.

Nesse sentido, poder-se-ia usar o senso comum de que juízes do Trabalho ou desembargadores do Tribunal Regional do Trabalho são "pró-empregados" ou "pró-empregadores" como um exemplo eloquente da capacidade pujante de se usar a linguagem contra o Direito do Trabalho. Esse entendimento fez surgir, notadamente dentro das esferas empresarial e política dominantes, a figura estigmatizada de uma Justiça do Trabalho benevolente com os empregados, "colocando em dúvida inclusive sua própria imparcialidade diante dos casos julgados"[23].

O efeito *backlash*, desde essa perspectiva sociológica, aparece então no contexto de acirramento de uma reação dos próprios destinatários

[22] SANTOS, 2019.

[23] FROTA, 2018, p. 64.

prejudicados pela norma ao que se estigmatizou chamar de protecionismo juslaboral. Tal reação acaba desaguando em fortalecimento de um *backlash* político, "mediante o crescimento do número de propostas legislativas voltadas a diminuir a proteção social do trabalho, a retirar a imperatividade normativa das relações laborais e a enfraquecer o Judiciário trabalhista"[24], tal qual promovido pela Reforma Trabalhista.

Em se tratando do contexto político, o termo começou a ser usado para descrever reações desencadeadas por mudanças bruscas do *status quo*, como, por exemplo, as reações aos movimentos feministas em busca de direitos[25]. Ou seja, na perspectiva política, denomina-se de "efeito *backlash*" a reação conservadora do sistema político, das elites econômicas e dos próprios destinatários atingidos pelas mudanças às posturas protetivas e garantistas do Poder Judiciário, carregadas do estigma de "ativistas" por parte do senso comum, em temas relativos a direitos fundamentais e sociais suprimidos no momento de elaboração da norma, sobretudo nas matérias que prescindiriam de intenso debate social[26].

Desde a perspectiva jurídica, o efeito *backlash é* fenômeno importado do Direito norte-americano pela doutrina brasileira, e se traduz nos efeitos colaterais das decisões judiciais sobre questões polêmicas, causando um movimento brusco do poder político contra a pretensão controladora do Poder Judiciário. Também expressa o jogo de forças entre os poderes, em que há tentativa de retomada de protagonismo de um poder em relação a outro.

George Marmelstein, avaliando o *leading case Furman v. Georgia*, sobre a adoção da pena de morte, narra o processo segundo o qual se desencadeia o efeito *backlash*:

---

[24] SOUZA, 2017

[25] SANTOS, 2019.

[26] SOUZA, 2017.

> (1) Em uma matéria que divide a opinião pública, o Judiciário profere uma decisão liberal, assumindo uma posição de vanguarda na defesa dos direitos fundamentais. (2) Como a consciência social ainda não está bem consolidada, a decisão judicial é bombardeada com discursos conservadores inflamados, recheados de falácias com forte apelo emocional. (3) A crítica massiva e politicamente orquestrada à decisão judicial acarreta uma mudança na opinião pública, capaz de influenciar as escolhas eleitorais de grande parcela da população. (4) Com isso, os candidatos que aderem ao discurso conservador costumam conquistar maior espaço político, sendo, muitas vezes, campeões de votos. (5) Ao vencer as eleições e assumir o controle do poder político, o grupo conservador consegue aprovar leis e outras medidas que correspondam à sua visão de mundo. (6) Como o poder político também influencia a composição do Judiciário, já que os membros dos órgãos de cúpula são indicados politicamente, abre-se um espaço para mudança de entendimento dentro do próprio poder judicial. (7) Ao fim e ao cabo, pode haver um retrocesso jurídico capaz de criar uma situação normativa ainda pior do que a que havia antes da decisão judicial, prejudicando os grupos que, supostamente, seriam beneficiados com aquela decisão.

Nesse sentido, Michael Klarman[27] chega a sugerir que a jurisdição constitucional não é uma instância eficiente para a concretização de direitos, podendo gerar um efeito contrário, qual seja, um ambiente resistente ou vacilante à implementação de direitos, de forma que, "diante de um cenário de incerteza, em que não se sabe qual será o desdobramento político de um debate polêmico", seria aconselhável "deixar o problema sem resposta jurisdicional, até que o tema esteja bem amadurecido na consciência social"[28].

O efeito *backlash* na Reforma Trabalhista, e especificamente quanto ao tema da assistência judiciária, se relaciona com o art. 791-A da CLT,

[27] KLARMAN, 2011 *apud* MARMELSTEIN, 2015, p. 8.

[28] *KLARMAN, 2011 apud MARMELSTEIN, 2015, p. 8.*

que, ao instituir os honorários advocatícios oriundos da mera sucumbência, provoca uma forte e brusca mudança, desconsiderando entendimento consolidado na Súmula 219 do TST. Esse artigo, como visto, além de instituir os honorários, estabelece no §4º que seu pagamento caberá ao sucumbente, ainda que beneficiário da Justiça gratuita, tendo, no entanto, sua exigibilidade suspensa pelo prazo de dois anos, contados da data do trânsito em julgado, na hipótese de não haver créditos a seu favor no processo em questão ou em qualquer outro. O §5º é expresso quanto à possibilidade de condenação em honorários advocatícios sucumbenciais na hipótese de reconvenção.

É nesse sentido que se estabelece a ampla discussão acerca da inconstitucionalidade do art. 791-A da CLT, conforme ADI 5766 que tramita no Supremo Tribunal Federal, sob o fundamento de ser inconstitucional a fixação de despesas processuais (honorários advocatícios e honorários periciais) a quem não tem condições para o sustento próprio e de sua família.

Vale repetir que tais dispositivos colidiriam com os direitos constitucionalmente assegurados de acesso ao Poder Judiciário (Art.5º, inciso LXXIV, CRFB/88) e proteção ao salário (Art.7º, inciso X, CRFB/88). Violariam igualmente os fundamentos da República esculpidos logo no Art.1º, inciso II (cidadania), inciso III (dignidade da pessoa humana) e inciso IV (valor social do trabalho), fundamentos intransponíveis, denominados "cláusulas pétreas", imutáveis até mesmo via emenda constitucional, conforme § 4º do Art.60 da CRFB/88.

No Brasil, é perceptível um efeito *backlash* como resposta ao crescimento do protagonismo judiciário dos últimos tempos. É notório que a Reforma Trabalhista significou uma tentativa de retomada de poder pelo Legislativo frente ao protagonismo do TST; também é notório "o aumento

de grupos conservadores na política, ocorrendo, de fato, um possível risco de regresso em casos envolvendo direitos fundamentais de minorias"[29].

Sustein alerta para esse efeito perigoso: "A decisão da Corte pode ativar forças opostas e desmobilizar os atores políticos que ela favorece. Ela pode produzir um intenso refluxo social, em um processo de deslegitimação de si própria assim como o objetivo que ela procura promover"[30].

Aldacy Rachid Coutinho alerta para o fato de que, do ponto de vista social, o efeito *backlash* da Reforma Trabalhista será o acirramento da exclusão social. Com a diminuição do poder aquisitivo dos trabalhadores, gerando a piora das condições do capitalismo produtivo, haverá redução de padrões de demanda e, por consequência, de produção/oferta. O enfraquecimento dos movimentos de resistência e de luta, até pelo desalento, além da descrença na democracia e a percepção da inexistência de uma república, se traduzem em maior dificuldade de reverter efeitos negativos no futuro. A classe trabalhadora encontra-se fragmentada e precarizada[31].

Em última análise, o efeito *backlash* traz à tona algo de bom, uma vez que reforça a necessidade do diálogo entre os poderes e entre o poder e os jurisdicionados, notadamente em se tratando de direitos fundamentais e sociais, o que permitirá maior fortalecimento da democracia[32]. No caso da Reforma Trabalhista, observa-se que o destinatário da norma, a classe trabalhadora, vem reagindo às mudanças, mostrando-se refratário às normas que afetaram direta e negativamente o seu cotidiano de vida no trabalho.

---

[29] SALES; MARTINS; ACÁCIO, 2018, p. 185-186.

[30] SUSTEIN, 1999, p. 59 *apud* SALES; MARTINS; ACÁCIO, 2018, p. 186.

[31] COUTINHO, 2018, p. 39.

[32] MACIEL, 2018, p. 52.

Assim, a mudança brusca de trajetória nos entendimentos dos tribunais superiores parece apontar para uma ruptura democrática e de uma tradição historicamente construída, em franco efeito *backlash*, na medida em que explicita o jogo de disputa de forças entre os poderes.

4. O estado da arte jurisprudencial trabalhista sobre a gratuidade

Justamente em virtude da falta de desfecho no STF, o debate sobre a inconstitucionalidade das novas regras que mitigam a gratuidade da justiça prossegue no Tribunal Superior do Trabalho (TST).

O ministro Ives Grandra argumenta, com uma axiologia punitiva e restritiva do acesso à Justiça, que as modificações são constitucionais, porque apenas visam coibir "aventuras judiciais" diante da ampla gratuidade. É esta a ementa dos julgados aprovados no âmbito da 4ª Turma do TST:

> A) RECURSO DE REVISTA DO AUTOR - CONDENAÇÃO DO BENEFICIÁRIO DA JUSTIÇA GRATUITA AO PAGAMENTO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS SUCUMBENCIAIS - COMPATIBILIDADE DO ART. 791-A, § 4º, DA CLT COM O ART. 5º, CAPUT, XXXV E LXXIV, DA CF - TRANSCENDÊNCIA JURÍDICA RECONHECIDA - RECURSO NÃO CONHECIDO. 1. Nos termos do art. 896-A, § 1º, IV, da CLT, constitui transcendência jurídica da causa a existência de questão nova em torno da interpretação da legislação trabalhista. 2. O debate jurídico que emerge do presente processo diz respeito à compatibilidade do § 4º do art. 791-A da CLT, introduzido pela Lei 13.467/17, que determina o pagamento de honorários advocatícios pelo beneficiário da justiça gratuita, quando sucumbente e tenha obtido em juízo, neste ou em outro processo, créditos capazes de suportar a despesa, frente aos princípios da isonomia, do livre acesso ao Judiciário e da assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem a insuficiência de recursos, esculpidos no caput e nos incisos XXXV e LXXIV do art. 5º da Constituição Federal, questão que, inclusive, encontra-se pendente de análise pela Suprema Corte em sede de controle concentrado de constitucionalidade (ADI 5.766-DF, Rel. Min. Roberto

> Barroso). 3. Como é cediço, a Reforma Trabalhista, promovida pela Lei 13.467/17, ensejou diversas alterações no campo do Direito Processual do Trabalho, a fim de tornar o processo laboral mais racional, simplificado, célere e, principalmente, responsável, sendo essa última característica marcante, visando coibir as denominadas "aventuras judiciais", calcadas na facilidade de se acionar a Justiça, sem nenhum ônus ou responsabilização por postulações carentes de embasamento fático. 4. Nesse contexto foram inseridos os §§ 3º e 4º no art. 791-A da CLT pela Lei 13.467/17, responsabilizando-se a parte sucumbente, seja a autora ou a demandada, pelo pagamento dos honorários advocatícios, ainda que beneficiária da justiça gratuita, o que reflete a intenção do legislador de desestimular lides temerárias, conferindo tratamento isonômico aos litigantes. Tanto é que o § 5º do art. 791-A da CLT expressamente dispôs acerca do pagamento da verba honorária na reconvenção. Isso porque, apenas se tiver créditos judiciais a receber é que o empregado reclamante terá de arcar com os honorários se fizer jus à gratuidade da justiça, pois nesse caso já não poderá escudar-se em pretensa insuficiência econômica. 5. Percebe-se, portanto, que o art. 791-A, § 4º, da CLT não colide com o art. 5º, caput , XXXV e LXXIV, da CF, ao revés, busca preservar a jurisdição em sua essência, como instrumento responsável e consciente de tutela de direitos elementares do ser humano trabalhador, indispensáveis à sua sobrevivência e à da família. 6. Assim, não demonstrada a inconstitucionalidade do art. 791-A, § 4º, da CLT, não merece ser conhecido o recurso de revista obreiro, no qual o Reclamante buscava eximir-se da condenação em honorários advocatícios sucumbenciais. Recurso de revista não conhecido. [...] " (RRAg-1000972-51.2019.5.02.0051, 4ª Turma, Relator Ministro Ives Gandra Martins Filho, DEJT 06/11/2020).[33]

No sentido oposto, a 7ª Turma do TST vem interpretando o próprio texto da CLT reformado no sentido da concretização da gratuidade e sua consequente isenção de despesas. Nessa direção, a cobrança das despesas processuais pressupõe, no exame do caso concreto, a alteração da condição de pobreza, isto é, enquanto perdurar a insuficiência de recursos, não se

[33] BRASIL, 2020a.

pode cobrar da parte pobre as despesas processuais, como se constata no seguinte trecho da ementa da lavra do ministro Cláudio Brandão:

> COMPROVAÇÃO DE INSUFICIÊNCIA DE RECURSOS POR SIMPLES DECLARAÇÃO. CUSTAS PROCESSUAIS E HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS SUCUMBENCIAIS. TRANSCENDÊNCIA JURÍDICA RECONHECIDA. [...] Ainda que o § 2º do preceito disponha que a concessão da gratuidade não afasta a responsabilidade do beneficiário pelos honorários advocatícios decorrentes de sua sucumbência, o § 3º determinar que tal obrigação fique sob condição suspensiva, pelo prazo de 5 anos, e somente poderá ser exigida se o credor demonstrado que atenuado a situação de insuficiência de recursos justificadora da concessão da gratuidade de justiça, extinguindo-se, após o decurso do prazo comercial. Essa regra foi incorporada na sua quase totalidade à CLT por meio da introdução do artigo 791-A, especificamente no seu § 4º, muito embora o prazo da condição suspensiva seja fixado em dois anos e contenha esdrúxula previsão de possibilidade de cobrança, se o devedor obtiver créditos em outro processo aptos a despesas como despesas. Diz-se esdrúxula pelo conteúdo genérico da autorização e por não especificar a natureza do crédito, que, em regra, no processo do trabalho, resulta do descumprimento de obrigações comezinhas do contrato de trabalho, primordialmente de natureza alimentar, circunstância que o torna impenhorável , na forma prevista no artigo 833, IV, do CPC, com a ressalva contida no seu § 2º. **Nesse contexto, o beneficiário da justiça gratuita somente suportará como despesas decorrentes dos honorários advocatícios caso o credor demonstre a existência de créditos cujo montante promova indiscutível e substancial alteração de sua condição socioeconômica e, para tanto, não se pode considerar de modo genérico o percebimento de quaisquer créditos em outros processos, pois, neste caso, em última análise se autorizaria a constrição de verba de natureza alimentar**. [...]. Recurso de revista conhecido e provido.[34]

[34] BRASIL, 2020b.

Registre-se que diante dos impasses nas argumentações e da flagrante dúvida sobre a constitucionalidade dessas alterações na CLT, foi instaurado o incidente de arguição de inconstitucionalidade do art. 791, § 4º, da CLT, tombado sob o número RR-AIRR-10378-28.2018.5.03.0114 e suscitado pelo ministro Augusto César Leite de Carvalho, que foi o redator designado. O referido ministro indicou os seguintes fundamentos para a inconstitucionalidade:

> RECURSO DE REVISTA. LEI 13.467/2017. RITO SUMARÍSSIMO. BENEFICIÁRIO DA JUSTIÇA GRATUITA. HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA. ARTIGO 791-A, §4º DA CLT. [...] O benefício da justiça gratuita, nos casos em que a parte padece de insuficiência de recursos para o pagamento das custas do processo (art. 790, §4º, da CLT), tem como objetivo trazer efetividade e contorno normativo à garantia constitucional de acesso à justiça, na concepção de acesso a uma ordem jurídica justa, pois assim como o princípio da igualdade não se realiza apenas pela igualdade que se opera no plano formal, o princípio da inafastabilidade da jurisdição também não se confunde apenas com o direito de petição ao Poder Judiciário. Há de se interpretar tal princípio de forma a se garantir a igualdade efetiva, tratando-se com desigualdade aqueles que se encontram em posições desiguais. A norma infraconstitucional que disciplina a gratuidade deve veicular padrão normativo de acesso à justiça que proporcione a maior efetividade possível ao direito social em questão, tendo-se presente que o direito social reveste-se do atributo de direito humano e fundamental. Em rigor, o ordenamento jurídico, visto sob os prismas de unidade e coerência sistêmicas, associa o instituto da gratuidade, nas relações assimétricas de natureza processual (como na hipótese de processos trabalhistas), à premissa factual da vulnerabilidade de uma das partes para produzir prova, que é uma evidente consequência da debilidade da mesma parte na relação jurídica de direito material. A hipossuficiência econômica é apenas um dos claros indicativos, decerto o mais forte deles, da vulnerabilidade que se apresenta durante a relação laboral, vale dizer: da vulnerabilidade que inviabiliza, ou dificulta significativamente, o encargo de provar as ações ilícitas acaso suportadas. No Brasil, o resultado prático da

atribuição de ônus financeiro, ainda que condicionado à obtenção de crédito (porventura salarial e alimentar) a quem está em condição de vulnerabilidade, não pode ser aquilatado somente com base na redução exponencial da quantidade de ações trabalhistas a partir da Lei n. 13.467/2017, o que pode expressar apenas a existência de demanda reprimida. O sítio virtual da Corregedoria Geral da Justiça do Trabalho revela, com números inquestionáveis, que a incerteza do trabalhador quanto à sua capacidade de produzir a prova do direito que entende violado, subsistindo após ganhar eficácia a Lei n. 13.467/2017, expressa-se no aumento dos tipos processuais que não geram honorários advocatícios, inclusive ações coletivas. Podemos verificar pelas estatísticas públicas constantes do site da Corregedoria Geral o incremento muito expressivo, por exemplo, do procedimento intitulado "Produção Antecipada de Prova", em que não há ônus sucumbencial. A gratuidade para a parte juridicamente vulnerável, está demonstrado, guarda íntima relação de compatibilidade com a potencial incapacidade de essa parte provar os atos ilícitos que entende haver sofrido. A partir da gratuidade judiciária e da distribuição equânime do ônus da prova, revela-se afinidade entre a sociedade igualitária e a justiça social, entre a desigualdade socioeconômica e a igualdade jurídico-formal, tudo a evidenciar que tais direitos ou garantias habitam os escaninhos dos direitos humanos e fundamentais. Por tal razão, a única interpretação possível para os dispositivos de lei sobre gratuidade judiciária é a interpretação sistêmica, aquela que confira maior efetividade ao direito constitucional de acesso à justiça como direito de acesso ao direito, sem ônus, atual ou futuro, em razão da inaptidão da parte vulnerável para provar fatos pretéritos. Qualquer exegese dissonante contrasta, data venia, com a garantia de tutela judicial e se contamina de invalidade, portanto. A Corte Interamericana de Direitos Humanos, com jurisdição que se impõe no Brasil desde 1998 (vide Decreto n. 4463/2002) e com precedentes que exercem por isso influência na formação da jurisprudência interna, atrelou a garantia de tutela judicial ao comedimento ou isenção das despesas processuais, conforme se constata no julgamento do caso Cantos vs Argentina. Ao decidir assim, a CIDH teve em vista os artigos 8 e 25 da Carta Americana de Direitos Humanos, os quais correspondem, em essência, à garantia de tutela judicial assegurada pelo art. 5º, XXXV da Constituição brasileira. A CIDH assinalou que a garantia estabelecida no art.

> 25 da Convenção Americana de Direitos Humanos aplica-se "não somente no que toca aos direitos contidos na Convenção, senão também daqueles direitos reconhecidos pela Constituição ou pelas leis". A orientação jurisprudencial que emana das cortes judiciais, sejam nacionais ou internacionais, não se transmuda sempre em norma jurídica, com envergadura de stare decisis, mas é certo que seus julgados se apresentam como precedentes sobremodo persuasivos. Outro aspecto que claramente tangencia a possível influência da jurisprudência internacional é aquele relacionado ao fato incontroverso de o sistema jurídico brasileiro de tutela dos direitos sociais ter alcançado, antes da Lei n. 13.467/2017, estágio mais avançado de proteção jurídica ao garantir a gratuidade plena de todos quantos pretendessem provocar a jurisdição trabalhista em busca de direitos humanos de índole laboral. O retrocesso virtualmente promovido pela citada Lei n. 13.467/2017 infringe o art. 2º.1 do Pacto Internacional Sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ratificado pelo Brasil. Recurso de revista conhecido e provido, para suscitar ao Pleno do TST a inconstitucionalidade do art. 791-A, §4º da CLT (TST-RR-10378-28.2018.5.03.0114).[35]

A ementa do julgado gaúcho abaixo transcrito é sintomática da ofensa concreta à vulnerabilidade do trabalhador que, mesmo sendo pobre, com remuneração aproximada de um salário mínimo, sofreu bloqueio em sua conta bancária, via Bacen Jud, a fim de que fosse expropriado o valor das custas por um arquivamento em reclamação trabalhista. Com arrimo na fundamentação das normas internacionais já citadas neste texto e na ordem constitucional vigente, o acórdão, da lavra do desembargador Marcelo D'Ambroso, aprovado por unanimidade pelos seus pares de turma recursal, cassou tal ordem de bloqueio, restabeleceu a gratuidade plena e ainda apresentou desculpas públicas à reclamante, como se vê:

> NULIDADE DA SENTENÇA. ARQUIVAMENTO DO FEITO. IMPOSIÇÃO INDEVIDA DE CUSTAS RELACIONADAS A PROCESSO ANTERIOR COMO

[35] BRASIL, 2019.

CONDIÇÃO DE PROCEDIBILIDADE, COM BASE EM NORMA REPUTADA INCONSTITUCIONAL E INCONVENCIONAL. VIOLAÇÃO DO DIREITO HUMANO DE ACESSO À JUSTIÇA. POSTERIOR BLOQUEIO INDEVIDO DE VALORES EM CONTA DA TRABALHADORA. INFRAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DIRETORES SOBRE EMPRESAS E DIREITOS HUMANOS PELO ESTADO BRASILEIRO (JUSTIÇA DO TRABALHO) E DECRETO 9571/18. DESCULPASPÚBLICAS DEVIDAS PELO PODER JUDICIÁRIO. 1. O comando que atribui à parte autora o ônus de pagamento das custas como condição de procedibilidade em ajuizamento de nova demanda, mesmo quando beneficiária da justiça gratuita, viola o direito humano de acesso à justiça, previsto no art. 14 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (Decreto nº 592/92) e no art. 25.1, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica - Decreto nº 678/92), que foram fundamentalizados na Constituição da República de 1988 nos princípios da assistência judiciária integral e gratuita e do acesso ao judiciário (art. 5º, XXXV e LXXIV). 2. Cassação liminar do bloqueio de valores efetivado na conta da trabalhadora com determinação de devolução imediata da quantia à demandante. Grave violação de Direito Humano perpetrada pelo próprio Estado via Poder Judiciário, na forma do PIDCP (art.14), CADH (art. 25.1) e Decreto n.º 9.571/18 (art. 3º, inciso I, alíneas "a" e "b", inciso II, inciso IV, alínea "b" e inciso IX). 3. Decreto n.º 9.571/2018, que estabelece a responsabilidade social do Estado no que concerne à adoção de medidas de reparação à violação de direitos humanos, sendo devidas desculpas públicas à trabalhadora, com base nos arts. 13, VII, b , e 15, I, do Decreto em epígrafe, ante o constrangimento decorrente da violação do direito humano de acesso à justiça e bloqueio indevido de valores realizado por esta Justiça do Trabalho. 5. O Direito do Trabalho deve ser aplicado como instrumento de garantia de promoção da dignidade humana e não ao revés, sendo que a ação que o acompanha deve estar acessível de forma gratuita a todas as pessoas, não podendo obstáculos opostos por lei manifestamente inconstitucional e inconvencional ser transformados em barreiras que, mais além de impedirem o acesso à justiça, o inibem, inviabilizando por completo a efetividade dos direitos econômicos, sociais e culturais e a possibilidade de realização de uma vida digna por parte das pessoas que integram a classe despossuída, a classe

> trabalhadora. Recurso provido para decretar a nulidade da sentença e o regular processamento do feito.[36]

Em decisão interessante sobre a suspensão da exigibilidade da cobrança dos honorários advocatícios sucumbenciais devidos ao advogado da ré, a relatora, desembargadora Maria Cecília Alves Pinto, da 3ª Turma do TRT da 3ª Região, sustentou que estes não poderão ser descontados dos créditos apurados naquela ou em outra demanda enquanto não ilidida a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão de gratuidade de justiça ao autor. Sobre o tema, a 3ª Turma do STF já firmou entendimento no sentido de que a parte beneficiária da justiça gratuita somente deve suportar a despesa com honorários advocatícios caso os créditos recebidos nos autos alterem a sua condição de miserabilidade, conforme se observa:

> DIREITO CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. FGTS. ATUALIZAÇÃO: CORREÇÃO MONETÁRIA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AGRAVO: SUCUMBÊNCIA. [...] 5. Sendo assim, na liquidação se verificará o "quantum" da sucumbência de cada uma das partes e, nessa proporção, se repartirá a responsabilidade por custas e honorários, sempre ressalvada, quando for o caso, a situação dos beneficiários da assistência judiciária gratuita, que só responderão por tais verbas, quando tiverem condições para isso, nos termos do art. 12 da Lei nº 1.060, de 05.02.1950. 6. Enfim, não está demonstrada a sucumbência mínima dos agravantes. 7. Agravo improvido. (RE 341510 AgR/DF - DISTRITO FEDERAL AG. REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Relator(a): Min. SYDNEY SANCHES Julgamento: 29/10/2002)." Releva ressaltar, ainda, o entendimento recente da d. SBDI-1 do C. TST, segundo o qual o recebimento de vultosa quantia pelo Reclamante não é suficiente para elidir a sua miserabilidade jurídica: "JUSTIÇA GRATUITA. DECLARAÇÃO DE POBREZA. PRESUNÇÃO RELATIVA DE VERACIDADE NÃO ELIDIDA PELO FATO DE O RECLAMANTE TER RECEBIDO VERBAS RESCISÓRIAS E DE

[36] BRASIL, 2020c.

> INDENIZAÇÃO EM DECORRÊNCIA DE ADESÃO A PLANO DE DEMISSÃO VOLUNTÁRIA. O fato de o reclamante ter recebido quantia vultosa (R$1.358.507,65) decorrente de verbas rescisórias e de indenização oriunda de adesão a plano de demissão voluntária não é suficiente para elidir a presunção de veracidade da declaração de pobreza por ele firmada. Sob esse fundamento, a SBDI-I, maioria, conheceu dos embargos por contrariedade à Orientação Jurisprudencial nº 304 da SBDI-I, e, no mérito, deu-lhes provimento para restabelecer a sentença que deferira os benefícios da justiça gratuita. Vencidos os Ministros João Oreste Dalazen, Renato de Lacerda Paiva e Alexandre Agra Belmonte. (TST-ERR-11237-87.2014.5.18.0010, SBDI-I, rel. Min. Hugo Carlos Scheuermann, 2.2.2017).[37]

A exegese da referida decisão parece criar verdadeira trincheira hermenêutica na salvaguarda do instituto da gratuidade judiciária no processo do trabalho, evitando sua morte súbita, uma vez que consegue harmonizar a nova redação da CLT reformada com a finalidade e a permanência da justiça gratuita. Assim, a cobrança dos honorários advocatícios sucumbenciais não seria automática, em caso de recebimento de crédito pelo devedor, devendo esse montante ser suficiente para retirar do empregado a condição de miserabilidade para que então seja encerrada a suspensão de exigibilidade mencionada.

Conclusões

A partir da análise realizada, conclui-se que os argumentos do ministro Barroso desconsideram a premissa do amplo direito de ação e da gratuidade; cogita-se um congestionamento do Judiciário e um abuso do direito de ação somente para reclamantes trabalhadores. Além disso, não se cumpre a aplicação subsidiária e supletiva das regras processuais comuns que a lei impõe e se cria, conforme ampla discricionariedade,

[37] BRASIL, 2017b.

novos critérios que não oneram a gratuidade, numa usurpação da competência legiferante. Trata-se, portanto, de um ativismo judicial com efeito *backlash*, com clara axiologia liberal que considera razoável cobrar despesas processuais dos pobres para desincentivá-los a usar o Judiciário, e que é também, por outro lado, uma omissão cúmplice do abuso das empresas que são litigantes habituais justamente por decidirem descumprir a legislação.

Percebe-se, destarte, que a gratuidade da justiça em todo o campo processual e o mecanismo que elimina o obstáculo econômico para os pobres possam demandar judicialmente. Quando restrições e ameaças com punições econômicas são viabilizados por novas regras jurídicas, configura-se, além da colisão com o projeto constitucional do acesso à justiça e à gratuidade integral, uma clara mensagem de desestímulo ao recurso ao judiciário em busca de direitos sociais, endereçada justamente aos mais pobres.

Referências

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em Números 2018*: ano-base 2017. Brasília: 2018. Disponível em http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/08/44b7368ec6f888b383f6c3de40c32167.pdf acesso em 12 out 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1.815.055*. Disponível em https://www.conjur.com.br/dl/corte-especial-salario-penhoravel-pagar.pdf Acesso em 12 nov 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 3.658*. Rel. Min. Marco Aurélio. Julgamento em 10-10-2019, DJE de 24-10-2019, (2019) Acórdão.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 5766. Petição inicial do Procurador-Geral da República na Brasília (DF), 24 de agosto de 2017. (2017) Disponível em

http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/ADI5766reformatrabalhista.pdf/view . Acesso em 7 out 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 5766. Voto do Ministro Edson Fachin. (2018). Disponível em https://www.conjur.com.br/dl/voto-fachin-reforma-trabalhista.pdf . Acesso em 13 out 2020. Acesso em 7 out 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *AI 573.444* AgR. , Rel. Min. Cezar Peluso, 2ª Turma. J. 8-9-2009, DJE de 9-10-2009. Acórdão.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *AI 580.880* AgR, Rel. Min. Menezes Direito, 1ª Turma. J. 7-4-2009, DJE de 8-5-2009. Acórdão.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *AI 748.374* AgR, Rel. Min. Joaquim Barbosa, 2ª Turma. J. 16-3-2010, DJE de 7-5-2010. Acórdão.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 184.841*. Rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1ª Turma. Julgamento em 21-3-1995, DJ de 8-9-1995. Acórdão.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 482.367* AgR-AgR. Rel. Min. Cármen Lúcia, 1ª Turma. Julgamento em 15-12-2009, DJE de 5-2-2010. Acórdão.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, 8ª Turma, *ROT-0021277-54.2019.5.04.0007*, em 04/11/2020, Rel. Des. Marcelo Jose Ferlin D'Ambroso.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *RR-10520-91.2018.5.03.0062,* 7ª Turma, Relator Ministro Cláudio Mascarenhas Brandão, DEJT 30/6/2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *RRAg-1000972-51.2019.5.02.0051,* 4ª Turma, Relator Ministro Ives Gandra Martins Filho, DEJT 06/11/2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *TST-E-RR-11237-87.2014.5.18.0010*, SBDI-I, rel. Min. Hugo Carlos Scheuermann, 2.2.2017.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *TST-RR-10378-28.2018.5.03.0114*. 6ª Turma. Rel. Min. Augusto César Leite de Carvalho. Julgamento em 18/9/2019.

BRASL. Supremo Tribunal Federal. *Boletim informativo do STF n. 901*. Disponível em http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo901.htm. Acesso em 12 out 2020.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988.

COUTINHO, Aldacy Rachid. Reforma Trabalhista brasileira e o Supremo Tribunal Federal: as escolhas trágicas? *Revista da Faculdade Mineira de Direito*. Vol. 21, número.41.

FROTA, João Otávio Fidanza. Discricinariedade legislativa e reforma trabalhista: a proibição do excesso e a vedação da proteção insuficiente como parâmetros de contenção do abuso de poder legislativo. *Rev. do Trib. Reg. Trab. 10ª Região*, Brasília, v. 22, n. 1, 2018.

GASPAR, Danilo; VEIGA, Fabiano. *Manual da Justiça Gratuita e dos Honorários (Pericias e Advocatícios) na Justiça do Trabalho*. Salvador: Juspodium, 2020.

KLARMAN, Michael. Courts, *Social Change, and Political Backlash Hart Lecture at Georgetown Law Center*, March 31, 2011. Disponível em: http://scholarship.law.georgetown.edu/hartlecture/2 Acesso em 15 dez. 2020.

MACIEL, Monique Gomes. *Dispensa coletiva: uma análise da desconstrução da jurisprudência consolidada do Tribunal Superior do Trabalho pela reforma trabalhista*. Monografia apresentada à Coordenação do Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para a obtenção de grau de Bacharel em Direito. Área de concentração: Direito do Trabalho. Orientadora: Prof. Brena Késsia Simplício do Bomfim, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2018.

MARMELSTEIN, George. *Efeito Backlash da Jurisdição Constitucional*: reações políticas à atuação judicial. Disponível em: < https://direitosfundamentais.net/

2015/09/05/efeito-backlash-da-jurisdicao-constitucional-reacoes-politicas-a-atuacao-judicial/> Acesso em 15 dez. 2020.

SALES, Tainah Simões; MARTINS, Luana Adélia Araújo; ACÁCIO, Ingrid Thainá de Freitas. As mutações constitucionais inconstitucionais e o "efeito backlash" | Unconstitutional mutations and the backlash effect. *Revista Publicum*. Rio de Janeiro, v.4, n.1, 2018, p. 178-192. Disponível em: <https://doi.org/10.12957/publicum.2018.30854). Acesso em 12 nov. 2020.

SANTOS, Verônica Fleury Pavan Roriz dos. *A proteção do mercado de trabalho da mulher e a reforma trabalhista: realidade e perspectivas*. 2019. 202 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2019.

SOUZA, Roberta de Oliveira. Ativismo Judicial e Efeito Backlash: Entenda o que está se passando com a Reforma Trabalhista em nosso país. *Os Trabalhistas*. 2017.Disponível em:< http://ostrabalhistas.com.br/ativismo--judicial-e-efeito-backlash-entenda-o-que-es-ta-se-passando-com-reforma-trabalhista-em--nosso-pais/>. Acesso em 08 dez. 2020.

SUSTEIN, Cass R. *One case at a time*: judicial minimalism on the supreme court. Harvard: Harvard University Press, 1999.

Capítulo 18

O Supremo Tribunal Federal e a lista suja: os julgamentos da ADI 5209 e da ADPF 509

Raissa Rousseng Alves [1]

1. O combate ao trabalho em condições análogas às de escravo no brasil e a criação da lista suja

Em 2003, o Brasil firmou perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos acordo de solução amistosa relativo ao Caso José Pereira[2]. Em 1989, ao tentar escapar da fazenda em que era mantido como escravo, José Pereira, então com 17 anos, foi gravemente ferido e seu companheiro de fuga, assassinado por empregados da propriedade. Fingindo-se de morto, foi abandonado junto com o corpo de seu colega de trabalho em uma rodovia, conseguindo pedir ajuda na fazenda mais próxima. Durante o tratamento das lesões permanentes que sofreu, José Pereira denunciou à Polícia Federal as condições de trabalho a que havia sido submetido, possibilitando o resgate dos 60 trabalhadores que tinham permanecido na propriedade[3].

Considerado um caso exemplar da omissão do Estado brasileiro em oferecer respostas efetivas para as denúncias de práticas escravistas que ocorrem em território nacional, o Caso Zé Pereira, como ficou conhecido, foi o catalisador de um processo de articulação dos diversos grupos que atuavam no combate ao trabalho escravo, pois foi "a partir da sua denúncia que diferentes países e segmentos da sociedade brasileira

[1] Mestra em Direito pela Universidade de Brasília. Atua como pesquisadora.

[2] Para mais informações, consultar: COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2003.

[3] ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 2010, p. 27-28.

reconheceram a existência, a gravidade e as particularidades do trabalho forçado no país"[4]. Entre as consequências mais relevantes dessa solução amistosa estão a criação da Comissão Nacional para a Erradicação do Trabalho Escravo (CONATRAE, atualmente regulamentada pelo Decreto nº 9.887, de 27 de junho de 2019)[5] e da "Lista Suja", e a alteração do artigo 149 do Código Penal[6], que define o crime de redução à condição análoga à de escravo. Nesse sentido,

> Vale lembrar que, no Brasil, a categoria "trabalho escravo" não é apenas resultado de uma discussão baseada em parâmetros históricos, filosóficos e jurídicos. Ela derivou de motivações sociais e políticas que emergiram a partir de pressões de grupos de defesa aos direitos humanos, como a Comissão Pastoral da Terra, e de sindicatos, como a Confederação Nacional dos Trabalhadores Rurais (CONTAG). O "caso Zé Pereira" foi o propulsor da discussão entre os grupos que lidavam com um problema sobre o qual não havia um consenso acerca da sua definição, dificultando o enquadramento legal de situações que violavam diferentes aspectos dos direitos humanos. A "escravidão" tornou-se, portanto, uma categoria política, parte de um campo de luta, utilizada para designar todo tipo de trabalho não-livre, de exploração exacerbada e de desigualdade entre os homens (Figueira, 2004: 42-44). É a partir da categoria "trabalho escravo" que o trabalho forçado é tornado crime na legislação brasileira e combatido, tanto por grupos organizados da sociedade civil, quanto por empresas brasileiras. A ampliação gradual da sua definição jurídica ocorreu de forma paralela às ações de grupos de defesas dos direitos humanos.[7]

[4] ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 2010, p. 30.

[5] BRASIL, 2003a.

[6] BRASIL, 1940.

[7] ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 2010, p. 34-35.

A Convenção nº 29 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), internalizada pelo Brasil em 1957[8], define como trabalho forçado ou obrigatório "todo trabalho ou serviço exigido de um indivíduo sob ameaça de qualquer penalidade e para o qual ele não se ofereceu de espontânea vontade" (art. 2 – 1). Comprometendo-se a abolir o trabalho forçado em todas as suas formas no mais curto tempo possível (art. 1 – 1), os Estados-partes devem adequar suas legislações internas às práticas existentes em seus territórios, levando em consideração as particularidades econômicas, sociais e culturais do contexto em que estão inseridas[9].

No Brasil, a redação original do artigo 149 do Código Penal, de 1940, definia o tipo apenas como "reduzir alguém à condição análoga à de escravo". O texto genérico dificultava a identificação das condições que caracterizam o trabalho escravo contemporâneo, de modo que a "imprecisão conceitual impedia a desconstrução daquele estereótipo histórico de trabalho escravo, dificultando o enfrentamento da questão de forma objetiva"[10]. Assim, instituições e grupos de direitos humanos que se dedicavam ao tema se articularam para propor e conseguir a aprovação um projeto de lei que modificasse a redação do artigo 149, de modo que ele pudesse ser mais bem operacionalizado.

[8] Decreto nº 41.721, de 25 de junho de 1957. O Brasil também ratificou a Convenção nº 105, sobre abolição do trabalho forçado, complementar à Convenção nº 29 (Decreto nº 58.822, de 14 de julho de 1966). Adotada pela OIT no contexto pós-Segunda Guerra Mundial, a Convenção nº 105 prevê a proibição do trabalho forçado em cinco hipóteses específicas, relacionadas às situações econômicas e políticas vigentes à época. São elas: "Art. 1 — Qualquer Membro da Organização Internacional do Trabalho que ratifique a presente convenção se compromete a suprimir o trabalho forçado ou obrigatório, e a não recorrer ao mesmo sob forma alguma: a) como medida de coerção, ou de educação política ou como sanção dirigida a pessoas que tenham ou exprimam certas opiniões políticas, ou manifestem sua oposição ideológica à ordem política, social ou econômica estabelecida; b) como método de mobilização e de utilização da mão-de-obra para fins de desenvolvimento econômico; c) como medida de disciplina de trabalho; d) como punição por participação em greves; e) como medida de discriminação racial, social, nacional ou religiosa". (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 2010, p. 38).

[9] ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 2010, p. 38.

[10] ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 2010, p. 44.

A Lei nº 10.803, de 11 de dezembro de 2003[11], conferiu uma redação mais detalhada ao artigo 149, indo além da submissão a trabalhos forçados prevista na Convenção nº 29 da OIT. O tipo passou a abranger, então, as seguintes hipóteses: jornada exaustiva; condições degradantes de trabalho; restrição da locomoção em razão de dívida; cerceamento do uso de transporte com fim de retenção no local de trabalho; vigilância ostensiva e retenção de documentos ou objetos pessoais. A pena será aumentada da metade nas hipóteses de o crime ser cometido contra criança ou adolescente, ou motivado por preconceito de raça, cor, etnia, religião ou origem[12].

Outra inovação importante ocorrida nesse período foi a criação do "Cadastro de Empregadores que tenham submetido trabalhadores a condições análogas às de escravo", conhecido como "Lista Suja". O constante questionamento do funcionamento e das consequências da inclusão no rol de infratores levou à publicação de diversas portarias de regulamentação do Cadastro desde a sua criação, com o intuito de sanar os vícios alegados e resguardar a ação dos auditores fiscais do trabalho e do próprio Ministério do Trabalho e Emprego (MTE), de modo a evitar o

[11] BRASIL, 2003c.

[12] Art. 149. Reduzir alguém a condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto:

Pena - reclusão, de dois a oito anos, e multa, além da pena correspondente à violência.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem:

I – cerceia o uso de qualquer meio de transporte por parte do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho;

II – mantém vigilância ostensiva no local de trabalho ou se apodera de documentos ou objetos pessoais do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho.

§ 2º A pena é aumentada de metade, se o crime é cometido:

I – contra criança ou adolescente;

II – por motivo de preconceito de raça, cor, etnia, religião ou origem.

desmonte da política pública[13] em razão da pressão dos grandes empregadores.

Inicialmente, a Portaria MTE nº 1.234/2003[14] estabelecia os procedimentos para encaminhamento de informações sobre inspeções do trabalho a outros órgãos. O MTE deveria encaminhar semestralmente a relação de empregadores que submetessem trabalhadores a formas degradantes de trabalho ou os mantivessem em condições análogas às de escravo à Secretaria Especial de Direitos Humanos, ao Ministério do Meio Ambiente, ao Ministério do Desenvolvimento Agrário, ao Ministério da Integração Nacional e ao Ministério da Fazenda.

A Portaria MTE nº 540, de 15 de outubro de 2004[15], criou oficialmente o Cadastro, prevendo a inclusão dos nomes dos infratores após decisão administrativa final relativa ao auto de infração lavrado em decorrência de ação fiscal em que tivesse havido a identificação de trabalhadores submetidos a condições análogas às de escravo. Este deveria ser atualizado semestralmente e encaminhado ao Ministério do Meio Ambiente, ao Ministério do Desenvolvimento Agrário, ao Ministério da Integração Nacional, ao Ministério da Fazenda, ao Ministério Público do Trabalho, ao Ministério Público Federal, à Secretaria Especial de Direitos Humanos e ao Banco Central do Brasil. A portaria previa o monitoramento dos infratores por dois anos após a inclusão na lista e, não havendo reincidência, sua exclusão após esse período, desde que quitados os débitos trabalhistas e as multas resultantes da ação fiscal.

[13] Vale ressaltar que as ações de combate ao trabalho escravo contemporâneo vêm sendo enfraquecidas no bojo das mudanças políticas que vêm ocorrendo no Brasil desde o início do processo de impeachment da presidenta Dilma Rousseff, em 2015.

[14] BRASIL, 2003b.

[15] BRASIL, 2004.

Em 2011, foi publicada a Portaria Interministerial MTE/SDH nº 02[16], que ampliava o rol de órgãos que deveriam ser notificados sobre as atualizações no Cadastro, incluindo o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES), o Banco do Brasil S/A, a Caixa Econômica Federal, o Banco da Amazônia S/A e o Banco do Nordeste S/A. A Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, por intermédio da CONATRAE, passou a acompanhar os procedimentos para inclusão e exclusão dos nomes dos infratores no Cadastro, bem como fornecer informações à Advocacia-Geral da União nas ações referentes à Lista Suja.

A Portaria Interministerial MTE/SEDH nº 02/2015[17] estabeleceu a divulgação do Cadastro no site do MTE, sem periodicidade certa, a cargo da Divisão de Fiscalização para Erradicação do Trabalho Escravo (DETRAE) da Secretaria de Inspeção do Trabalho (SIT), ampliando sua publicidade. Além disso, explicitou a presença do contraditório e da ampla defesa em todas as fases do procedimento administrativo e a inclusão na lista após decisão definitiva e irrecorrível.

Um ano depois, foi publicada a Portaria Interministerial MTPS/MMIRDH nº 4/2016[18], prevendo a possibilidade de celebração de Termo de Ajustamento de Conduta (TAC). O TAC poderia ser firmado entre o momento da constatação, pela Inspeção do Trabalho, da submissão de trabalhadores a condições análogas às de escravo e a prolação da decisão administrativa irrecorrível. Os empregadores que celebrassem TAC não seriam inscritos na Lista Suja, mas em uma segunda relação a ser incluída abaixo da primeira. Entretanto, todos os dispositivos autorizando

[16] BRASIL, 2011.

[17] BRASIL, 2015a.

[18] BRASIL. 2016a.

e estabelecendo as condições para a celebração de TAC foram revogados pela Portaria MTB nº 1.129/2017[19].

A Lista Suja, portanto, é um instrumento de publicidade das ações de fiscalização e combate ao trabalho escravo contemporâneo realizadas pelo Estado brasileiro, não gerando, diretamente, nenhuma consequência aos infratores. Estas advêm da violação dos direitos e das garantias previstos na Constituição Federal, em tratados internacionais de direitos humanos internalizados pelo Brasil, no Código Penal e na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) por aqueles que submetem trabalhadores à escravidão contemporânea. Entretanto, o Cadastro tem se mostrado especialmente eficaz no combate ao trabalho escravo, pois, além de comprometer a imagem pública das empresas e dos empregadores, dificulta o acesso a crédito pelos escravagistas. Como consequência, tem sido alvo de diversas ações judiciais perante o Supremo Tribunal Federal (STF) com o intuito de barrar seu funcionamento.

2. A lista suja no Supremo Tribunal Federal: os julgamentos da ADI 5209 e da ADPF 509

Em 22 de dezembro de 2014, a Associação Brasileira de Incorporadoras Imobiliárias (ABRAINC) protocolou a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5209[20] perante o STF, arguindo a inconstitucionalidade da Portaria Interministerial MTE/SDH nº 2/ 2011, bem como da Portaria MTE nº 540/2004, relativas à Lista Suja, com base nos seguintes fundamentos: a) violação do art. 87, parágrafo único, inciso II, da Constituição Federal[21] (CF/88); b) ofensa ao princípio da separação

[19] BRASIL, 2017b.

[20] BRASIL, 2016b.

[21] Art. 87. Os Ministros de Estado serão escolhidos dentre brasileiros maiores de vinte e um anos e no exercício dos direitos políticos.

Parágrafo único. Compete ao Ministro de Estado, além de outras atribuições estabelecidas nesta Constituição e na lei:

dos poderes; c) extrapolação do alcance do art. 186 da CF/88[22], que estaria restrito ao âmbito rural; d) ofensa ao princípio da reserva legal; e) ofensa ao devido processo legal; e f) ofensa ao princípio da presunção de inocência (art. 5º, LVII, da CF/88)[23].

Em 23 de dezembro de 2014, o ministro Ricardo Lewandowski deferiu o pedido de medida liminar formulado na petição inicial, suspendendo a eficácia das portarias supramencionadas até decisão final na ação, sob o argumento da inexistência de lei formal que respaldasse a edição da Portaria Interministerial MTE/SDH nº 2/2011, bem como da não observância do devido processo legal. Em 16 de maio de 2016, a ADI 5209 foi considerada prejudicada pela perda superveniente do objeto em razão da publicação da Portaria Interministerial MTE/SEDH nº 02/2015, sendo cassada a medida cautelar deferida anteriormente.

Em 26 de janeiro de 2018, a ABRAINC protocolou nova ação perante o STF, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 509[24] contra a Portaria Interministerial MTPS/MMIRDH nº 4/2016, bem como as portarias anteriores, em razão do efeito repristinatório, sob os seguintes fundamentos: a) ofensa ao princípio da reserva legal; b) violação dos limites impostos pelo art. 87, II, parágrafo único, da CF/88; c) ofensa ao princípio da separação de poderes; d) violação dos princípios do devido

---

II - expedir instruções para a execução das leis, decretos e regulamentos;

[22] Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos:

I - aproveitamento racional e adequado;

II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;

III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho;

IV - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

[23] 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:

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

[24] BRASIL, 2020c.

processo legal e da presunção de inocência; e) o combate ao trabalho escravo, baseado na aplicação em absoluto do princípio da dignidade humana, estaria em direção oposta ao que determinam os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa estabelecidos nos artigos 1º e 3º da CF/88. Quanto a este último argumento, vale transcrever o trecho específico da petição inicial para uma melhor compreensão:

> Portanto, neste contexto desenhado pela Suprema Corte, a existência de pleno emprego é condicionante para uma vida digna. Noutras palavras: ter trabalho é um direito do cidadão que assegura a observância ao princípio da dignidade da pessoa humana. (...)
>
> Diante deste contexto, é desafiador, para dizer o mínimo, empreender no Brasil. Ou seja, o setor empresarial tem sido instado, a todo momento, a investir, a gerar emprego, a contribuir com o desenvolvimento do país sem ter a segurança jurídica necessária.
>
> A título meramente exemplificativo, a **recém publicada Instrução Normativa 139, de 22.1.2018**, traz como indicador de submissão de trabalhador a trabalhos forçados a "exigência do cumprimento de metas de produção que induzam o trabalhador a realizar jornada extraordinária acima do limite legal ou incompatível com sua capacidade psicofisiológica" (sic.) (art. 33, I, 1.11). Ou ainda, traz como indicador de restrição de locomoção em razão de dívida contraída com empregador ou preposto o "adiantamento em numerário ou em gêneros concedidos quando da contratação" (art. 33, IV, 4.6).
>
> Tais condutas, pasme Excelência, ensejam o reconhecimento da prática de trabalho escravo pelos empregadores brasileiros!
>
> Seria cômico, se não fosse trágico!
>
> Recentes exemplos demonstram o receio de se investir no desenvolvimento nacional, como é o caso do Fazendeiro capixaba que demitiu 600 (seiscentos) funcionários, interrompendo uma história de 200 anos na família. Ao justificar sua atitude, afirmou que a "legislação trabalhista no Brasil é um resumo sórdido do que nosso país se tornou, o lugar que enxerga empregadores como exploradores e condena a classe operária ao desemprego sem fim e à

> subserviência". Tal notícia foi publicada no caderno Negócios, do Correio Braziliense, na recente edição de 16.1.2018 (doc. 11).
> O suposto combate ao trabalho escravo baseado no princípio da dignidade humana deve ser visto com muita cautela e prudência, já que nenhum direito em nosso ordenamento jurídico é absoluto. (grifo do original)[25]

Ao contrário do que ocorreu na ADI 5209, o pedido de medida cautelar foi negado pela ministra Cármen Lúcia. Em sessão virtual realizada nos dias 4 a 14 de setembro de 2020, os ministros do Supremo Tribunal Federal declararam o prejuízo da ação no tocante aos artigos 5º a 12º da Portaria Interministerial MTE/MMIRDH nº 4/2016, revogados pela Portaria MTB nº 1.129/2017, e julgaram improcedentes os demais pedidos, nos termos do voto do relator, ministro Marco Aurélio.

Em seu voto, referido ministro manifestou entendimento no sentido de que o Cadastro apenas confere publicidade a decisões definitivas formalizadas em processos administrativos referentes a autos de infração. Ou seja, viabiliza a transparência dessas decisões, em respeito ao que prevê a Lei de Acesso à Informação, não possuindo natureza sancionatória:

> Propuseram-se os Ministros de Estado, editando a Portaria Interministerial MTE/MMIRDH nº 4/2016, no exercício da atribuição conferida pelo artigo 87, parágrafo único, inciso II, da Constituição Federal, a dar concretude ao preceituado nos artigos 3º, incisos I e II, e 7º, incisos VII, alínea "b", da Lei de Acesso à Informação.
> Com o intuito de garantir efetividade ao direito fundamental à informação – artigos 5º, inciso XXXIII, 37, inciso II, § 3º, e 216, § 2º, da Constituição Federal –, a referida Lei é aplicável a toda a Administração Pública, tendo por diretrizes, entre outras, a publicidade como regra e o sigilo como exceção.

[25] BRASIL, 2020c. Argumentos similares podem ser encontrados nas manifestações dos parlamentares durante a CPI do Trabalho Escravo realizada pela Câmara dos Deputados em 2012. Uma análise aprofundada desses discursos foi realizada em trabalho anterior. Ver: ALVES, 2019.

> O diploma tem por princípio a chamada "transparência ativa", incumbindo aos órgãos e entidades o dever de promover a divulgação de informações de interesse público, independentemente de solicitação. Não é suficiente atender a pedidos de acesso, fazendo-se imperativo que a Administração, por iniciativa própria, avalie e disponibilize, sem embaraço, documentos e dados de interesse coletivo, por si produzidos ou custodiados – artigos 3º, inciso II, e 8º.
>
> A Lei esclarece, no artigo 7º, inciso VII, alíneas "a" e "b", o alcance do direito fundamental de acesso à informação, de obtenção de informação relativa "à implementação, acompanhamento e resultados dos programas, projetos e ações dos órgãos e entidades públicas, bem como de metas e indicadores propostos" e "ao resultado de inspeções, auditorias, prestações e tomadas de contas realizadas pelos órgãos de controle interno e externo".

Argumentou, ainda, que a portaria observa as garantias do contraditório e da ampla defesa, pois a inclusão do empregador no Cadastro ocorre após decisão administrativa irrecorrível, observados os artigos 629 a 638 da CLT e a Portaria MTE nº 854, de 25 de junho de 2015[26]. Por fim, destacou que com "a divulgação dos nomes, potencializa-se a proteção do trabalhador, no que amplificada a reprovabilidade social da conduta dos empregadores". Nesse sentido, afirma:

> A quadra vivida reclama utilização irrestrita das formas de combate a práticas análogas à escravidão. No ápice da pirâmide das normas jurídicas, está a Constituição Federal, submetendo a todos indistintamente, ou seja, pessoas naturais e jurídicas, de direito privado e público, o Executivo, o Legislativo e o Judiciário. Dela extrai-se, como fundamentos da República Federativa do Brasil, o teor do artigo 1º, a dignidade da pessoa humana, cujo núcleo é composto pela proibição de instrumentalização do indivíduo, e valores sociais do trabalho.

[26] BRASIL, 2015b.

> A observação justifica-se ante a necessidade de ter-se avanço, e não retrocesso, civilizacional. A implementação do ato atacado volta-se a realizar direitos inseridos no principal rol das garantias constitucionais.

Há que se destacar, ainda, o voto vogal do ministro Edson Fachin, cuja fundamentação avançou em relação aos termos do voto do relator, abordando aspectos importantes para a questão do combate ao trabalho escravo contemporâneo no Brasil. Em primeiro lugar, destacou tanto a impossibilidade da coexistência entre escravidão e democracia como a utilização contínua de mão de obra escrava no Brasil desde a colonização até os dias atuais.

> De fato, a manutenção de *formas modernas de escravidão* é diametralmente oposta a quaisquer objetivos de uma sociedade que se pretende democrática, já que nega a parcela dos cidadãos condições para o exercício pleno de seus direitos, em especial o direito a um labor digno e a condições de saúde, integridade física e mental, locomoção, acesso a salário justo e outros benefícios decorrentes de uma correta relação de trabalho, nos termos do artigo 7º da Constituição da República.
>
> A opção de maximização de lucros em detrimento da saúde e da integridade do trabalhador não foi a escolha constitucional, e o combate a essa forma cruel de subjugação do ser humano é dever inerente à configuração do Estado Brasileiro como organização política calcada no respeito aos direitos fundamentais e sociais, igualmente assegurados a todos.
>
> No Brasil, utilizou-se de mão-de-obra escrava, primeiro a indígena, depois a de africanos e seus descendentes, tendo sido, vergonhosamente, a última Nação a abolir a escravidão como forma de labor. As práticas escravagistas jamais desapareceram da realidade cotidiana, restando por abolir essas formas atuais de escravidão que reduzem as pessoas a mera engrenagem de trabalho que desrespeita frontalmente as normas protetivas do ordenamento jurídico-constitucional.

Além disso, em seu voto, o ministro Fachin ressalta que, independentemente da Lei de Acesso à Informação, cuja criação é recente, existe todo um arcabouço normativo que resguarda a edição das portarias de regulamentação do Cadastro, argumento que vem sendo ressaltado repetidamente por aqueles que atuam no combate ao trabalho escravo contemporâneo. Assim,

> (...) há todo um bloco de normativas internacionais as quais o Brasil aderiu formalmente, e que ingressam em nosso ordenamento jurídico com potencialidade suficiente a formar verdadeiro arcabouço jurídico de tutela do direito ao trabalho digno e, consequentemente, autorizando o combate ao trabalho escravo em todas as suas dimensões (...).

É desse arcabouço jurídico de origem nacional e internacional que decorrem as sanções provenientes do uso de mão de obra escrava, e não da portaria em si, não se tratando, portanto, de extrapolação de competência do Poder Executivo:

> E se essa divulgação acarretará a incidência de sanções de ordem social, a configurar dificuldade majorada em contratar com empresas que se recusem a ter em sua cadeia de contatos aqueles que se utilizam de trabalho em condição análoga à escravidão, isso nada mais significa que assentar também a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, de modo a assegurar o respeito aos ditames constitucionais. Contudo, não se trata da imposição inédita de sanções pelo Poder Público, a necessitar de mediação legislativa específica.

Como pode ser observado, o referido ministro enfrenta, ainda que de maneira tímida, argumentos relevantes para o reconhecimento da constitucionalidade tanto do conceito de trabalho escravo como do combate a essa prática no Brasil.

3. O reconhecimento da constitucionalidade da lista suja no contexto da reforma trabalhista

Embora já tenham sido protocoladas algumas ações perante o STF questionando a constitucionalidade da Lista Suja[27], apenas na ADPF 509 houve apreciação do mérito, uma vez que as ações anteriores perderam o objeto mediante a revogação das portarias vigentes, gerando a cadeia normativa exposta na seção anterior. Essas alterações normativas foram motivadas, justamente, pelo temor de que a atualização do Cadastro de Empregadores fosse prejudicada em razão de uma decisão negativa do STF, o que acabou ocorrendo na ADI 5209 em sede de medida cautelar.

Além de todas as dificuldades que o combate ao trabalho escravo enfrenta no âmbito dos três poderes, com constantes tentativas de esvaziamento do seu conceito, esse temor se justifica pelo contexto específico de precarização trabalhista vivenciado pelo Brasil, com maior ênfase desde 2015, e que culminou na Lei nº 13.467/2017[28], marco da Reforma Trabalhista. Nesse sentido, o reconhecimento da constitucionalidade da Portaria Interministerial MTE/MMIRDH nº 4/2016 pelo STF é um marco importante, que não deve ser menosprezado. Entretanto, é preciso ter cautela para comemorar essa vitória.

O STF, atendendo à pressão dos interesses empresariais, vem proferindo uma série de decisões que chancelam o esvaziamento protetivo dos direitos sociais dos trabalhadores, exercendo o que Paixão e Lourenço Filho denominam de "ativismo judicial de destruição"[29]. Os autores destacam três conjuntos de decisões que exemplificam esse fenômeno. O primeiro deles diz respeito ao direito de greve dos servidores públicos. Em duas ações julgadas em 2016 (Reclamação nº 24.597/SP e RE 693.456-RJ),

[27] ADI 3347, ADI 5115, ADPF 489, ADPF 491 e ADI 5802.

[28] BRASIL, 2017a.

[29] PAIXÃO; LOURENÇO FILHO, 2020.

o tribunal subverteu o sentido do artigo 9º da CF//88[30] sobre o direito de greve, privando determinadas categorias de servidores desse direito e impondo o corte, pelo administrador público, dos salários dos servidores em paralisação.

O segundo bloco se refere às decisões do STF sobre a terceirização, forma de locação de mão de obra com grande emprego de trabalhadores escravizados. Antes mesmo da Reforma Trabalhista, o Supremo já havia decidido pela liberação completa da terceirização, eliminando a diferença entre atividade-fim e atividade-meio (ADPF 324 e RE 958.252-MG). Posteriormente, o STF chancelou novamente essa mesma possibilidade, agora no bojo das normas advindas no contexto da Reforma Trabalhista (ADI 5695 e ADI 5685).

No terceiro conjunto estão as decisões prolatadas em decorrência da pandemia de Covid-19, como o reconhecimento da validade da Medida Provisória nº 927/2020[31] e da Medida Provisória nº 936/2020[32] que estabeleceu a possibilidade de redução de jornada e salário por meio de acordo individual. Suspendeu, ainda, todos os processos em curso na Justiça do Trabalho sobre atualização monetária de direitos trabalhistas. Como salientam Paixão e Lourenço Filho, "o STF, no campo do direito do trabalho, vem praticando um ativismo judicial da destruição, que ataca diretamente um dos núcleos da Constituição – os direitos sociais. Com decisões dotadas de efeito vinculante e eficácia para todos, o tribunal tem sido um agente da desconstitucionalização"[33].

---

[30] Art. 9º É assegurado o direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender.

§ 1º A lei definirá os serviços ou atividades essenciais e disporá sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade.

§ 2º Os abusos cometidos sujeitam os responsáveis às penas da lei.

[31] BRASIL, 2020a.

[32] BRASIL, 2020b.

[33] PAIXÃO; LOURENÇO FILHO, 2020.

Nesse sentido, vale destacar que em seu voto, o ministro relator, Marco Aurélio, expressa concordância com a decisão monocrática do ministro Ricardo Lewandowski na ADI 5209 que determinou a suspensão da Lista Suja, só passando a admitir sua constitucionalidade após a inclusão da Lei de Acesso à Informação como norma balizadora de sua criação. Assim, o ministro ignora toda a normativa de status supralegal advinda dos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil que já conferiam base legal mais do que suficiente para a existência do Cadastro.

> A matéria é sensível, relevante, possui envergadura constitucional e está a reclamar pronunciamento do Supremo. O louvável intento de promover medidas de combate a trabalho com traços análogos à escravidão não legitima, é certo, atalhos á margem do figurino legal.
>
> Acima de tudo, a coerência. Observando o princípio da reserva de lei, no que concerne à competência para expedir instruções, incumbe ao Ministro de Estado dar execução a leis, decretos e regulamentos, ausente a faculdade de normalizar de forma abstrata e autônoma. Surge necessário impor limites ao poder regulamentar – que deve ser tomado de forma estrita.
>
> Firme nessa premissa, andou bem, no exercício da Presidência, o ministro Ricardo Lewandowski, ao implementar providência acauteladora na ação direta de nº 5.209, na qual atacada, também pela Associação Brasileira de Incorporadoras Imobiliárias, a higidez constitucional das Portarias nº 540/2004 e 2/2011, lastreadas no artigo 186, incisos III e IV, da Lei Maior, relativo à função social da propriedade rural, no exercício da competência versada no artigo 87, parágrafo único, inciso II. Os atos previam a inclusão, no Cadastro, dos nomes dos empregadores, depois de formalizada decisão terminativa quanto ao auto de infração em que identificada submissão de trabalhador a condições análogas à de escravo.
>
> Sua excelência suspendeu a eficácia das normas, pontuando a inexistência de lei em sentido formal a respaldá-las, bem assim a aparente inobservância do devido processo legal, ausente referência à instauração de processo administrativo e às garantias do contraditório e da ampla defesa.

> Considerado o princípio da reserva de lei, ponderou configurada a "edição de ato normativo estranho às atribuições conferidas pelo artigo 87, inciso II, da Carta Constitucional", havendo o Ministro do Trabalho à época, ao regulamentar norma constitucional, atuado como se legislador primário fosse.

Embora reconheça a constitucionalidade da Portaria Interministerial MTE/MMIRDH nº 4/2016, em seu voto, acompanhado pela maioria dos ministros, o ministro Marco Aurélio exprime concordância com os argumentos apresentados pelos empregadores para questionar a legalidade da Lista Suja, deixando entender que, não fossem as modificações normativas efetuadas e o acréscimo da Lei de Acesso à Informação como uma das normas da qual decorre a competência do Executivo para editar a portaria, sua decisão seria contrária à constitucionalidade do Cadastro. Assim, o que fundamentou o reconhecimento da constitucionalidade não foram as normas atinentes ao combate ao trabalho escravo contemporâneo, mas o dever de transparência ativa da administração pública.

Outro agravante está na ampliação do uso do plenário virtual em razão da pandemia de Covid-19 e da limitação de encontros presenciais. Todos os processos passaram a ser passíveis de julgamento no ambiente eletrônico, equiparando as competências entre o plenário virtual e o presencial. Como consequência, "inúmeros casos importantes, controversos e de alto impacto vêm sendo pautados ao mesmo tempo, de maneira descoordenada e massificada, dificultando seu acompanhamento e controle pela mídia, sociedade e demais poderes"[34]. A dinâmica do plenário permite, ainda, que decisões importantes sejam tomadas sem o enfrentamento dos argumentos mais substantivos presentes nas ações. É o que ocorreu no julgamento da ADPF 509. Apesar da decisão positiva,

[34] GOMES, 2020.

importantes argumentos apresentados pelos atores favoráveis à manutenção da Lista Suja não foram apreciados pelo Supremo, havendo apenas breve menção a alguns deles no voto vogal do ministro Edson Fachin.

Somados a esses fatores estão a constante ameaça de desintegração da Justiça do Trabalho; a extinção do MTE, transformado na Secretaria do Trabalho; e o enfraquecimento da inspeção do trabalho mediante a intensificação dos casos de violência contra inspetores, redução drástica do quadro de auditores-fiscais do trabalho em atividade e reestruturação administrativa que implicou a desidratação, desubicação e paralisação dos serviços de inspeção[35].

Todo esse contexto jurídico-político, que possui a Reforma Trabalhista como centro, mas que vai além dela, repercute diretamente no combate ao trabalho em condições análogas às de escravo, seja porque incentiva a submissão de trabalhadores a essa prática pelo esvaziamento dos direitos trabalhistas, seja pelo enfraquecimento das instituições e políticas públicas responsáveis por promover sua erradicação. Assim, há muito pouco a se comemorar sobre o reconhecimento da constitucionalidade da Lista Suja quando a ação dos atores responsáveis pela sua atualização está seriamente ameaçada, bem como a superexploração dos trabalhadores passa a ser cada vez mais normalizada em nossa sociedade.

Referências

ALVES, Raissa Roussenq. *Entre o silêncio e a negação*: trabalho escravo contemporâneo sob a ótica da população negra. Belo Horizonte: Letramento, 2019.

[35] SILVA FILHO, 2019.

BRASIL. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 5209/DF*. Portaria Interministerial nº 2.2011. Cadastro de empregadores que tenham submetido trabalhadores a condições análogas à de escravo. Ato normativo revogado. Perda superveniente de objeto. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada prejudicada. Requerente: Associação Brasileira de Incorporadoras Imobiliárias – ABRAINC. Intimados: Ministro de Estado do Trabalho e Emprego; Ministra de Estado Chefe da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República. Relatora: Min. Carmén Lúcia, 16 de maio de 2016. Disponível em: < http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4693021>. Acesso em: 27 dez. 2020.

BRASIL. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 509/DF*. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – cabimento – subsidiariedade. (...) Portaria – cadastro de empregadores – reserva legal – observância. (...) Cadastro de empregadores – processo administrativo – contraditório e ampla defesa – observância. (...) Cadastro de empregadores – natureza declaratória – princípio da publicidade. Requerente: Associação Brasileira de Incorporadoras Imobiliárias – ABRAINC. Intimados: Ministro de Estado do Trabalho e Previdência Social; Ministra de Estado das Mulheres, da Igualdade Racial, da Juventude e dos Direitos Humanos. Relator: Min. Marco Aurélio, 16 de setembro de 2020. Disponível em: < http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5343222>. Acesso em: 27 dez. 2020.

BRASIL. *Decreto de 31 de julho de 2003*. Cria a Comissão Nacional de Erradicação do Trabalho Escravo – CONATRAE. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/dnn/2003/Dnn9943.htm>. Acesso em: 27 dez. 2020.

BRASIL. *Decreto nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 27 dez. 2020.

BRASIL. *Lei nº 10.803, de 11 de dezembro de 2003*. Altera o art. 149 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, para estabelecer penas ao crime nele tipificado e indicar as hipóteses em que se configura condição análoga à de escravo. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.803.htm>. Acesso em: 27 dez. 2020.

BRASIL. *Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017*. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm>. Acesso em: 27 dez. 2020.

BRASIL. *Medida Provisória nº 927, de 22 de março de 2020*. Dispõe sobre as medidas trabalhistas para enfrentamento do estado 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), e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/mpv/mpv927.htm#:~:text=MPV%20927&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20as%20medidas%20trabalhistas.)%2C%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAncias.>. Acesso em: 27 dez. 2020.

BRASIL. *Medida Provisória nº 936, de 1º de abril de 2020*. Institui o Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda e dispõe sobre medidas trabalhistas complementares para o enfrentamento do estado 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, e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/mpv/mpv936.htm>. Acesso em: 27 dez. 2020.

BRASIL. *Portaria Interministerial MTE/SEDH nº 02, de 12 de maio de 2011*. Enuncia regras sobre o Cadastro de Empregadores que tenham submetido trabalhadores a condições análogas à de escravo e revoga a Portaria MTE nº 540/2004. Disponível em: < http://www.normaslegais.com.br/legislacao/portariainter_mtesedh02_2011.htm>. Acesso em: 27 dez. 2020.

BRASIL. *Portaria Interministerial MTE/SEDH nº 2, de 31 de março de 2015*. Enuncia as regras sobre o Cadastro de Empregadores que tenham submetido trabalhadores a condição análoga à de escravo e revoga a Portaria Interministerial nº 2, de 12 de

maio de 2011. Disponível em: < https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=282591>. Acesso em: 27 dez. 2020.

BRASIL. *Portaria Interministerial MTPS/MMIRDH nº 4, de 11 de maio de 2016*. Dispõe sobre as regras relativas ao Cadastro de Empregadores que tenham submetido trabalhadores a condições análogas à de escravo. Disponível em: < https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=320458>. Acesso em: 27 dez. 2020.

BRASIL. *Portaria nº 540, de 15 de outubro de 2004*. Disponível em: < http://www.lex.com.br/doc_360358_PORTARIA_N_540_DE_15_DE_OUTUBRO_DE_2004.aspx>. Acesso em: 27 dez. 2020.

BRASIL. *Portaria MTE nº 854, de 25 de junho de 2015*. Aprova normas para organização e tramitação dos processos de multas administrativas e de Notificação de Débito do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e/ou Contribuição Social. Disponível em: < https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=286179>. Acesso em: 27 dez. 2020.

BRASIL. *Portaria nº 1.129, de 13 de outubro de 2017*. Dispõe sobre os conceitos de trabalho forçado, jornada exaustiva e condições análogas às de escravo para fins de concessão de seguro-desemprego ao trabalhador que vier a ser resgatado em fiscalização do Ministério do Trabalho, nos termos do artigo 2-C da Lei nº 7.998, de 11 de janeiro de 1990; bem como altera dispositivos da Portaria Interministerial nº 4, de 11 de maio de 2016. Disponível em: < https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/KujrwoTZC2Mb/content/id/19356195/do1-2017-10-16-portaria-n-1-129-de-13-de-outubro-de-2017-19356171>. Acesso em: 27 dez. 2020.

BRASIL. *Portaria nº 1.234, de 17 de novembro de 2003*. Estabelece procedimentos para encaminhamento de informações sobre inspeções do trabalho a outros órgãos. Disponível em: < http://www.normaslegais.com.br/legislacao/trabalhista/portaria_1234.htm>. Acesso em: 27 dez. 2020.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Relatório nº 95/2003. Caso 11.289. *Solução Amistosa José Pereira vs. Brasil, 24 de outubro de 2003*. Disponível em: < http://cidh.oas.org/annualrep/2003port/Brasil.11289.htm>. Acesso em: 27 dez. 2020.

GOMES, Juliana Cesario Alvim. *Opacidade do plenário virtual, Zika e censura nas escolas: obstáculo ou estratégia*? Jota, 12 mai. 2020. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2020/08/Opacidade-do-plena%CC%81rio-virtual-Zika-e-censura-nas-escolas_-obsta%CC%81culo-ou-estrate%CC%81gia_-JOTA-Info.pdf>. Acesso em: 27 dez. 2020.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Combatendo o trabalho escravo contemporâneo: o exemplo do Brasil*. Brasília: OIT, 2010.

PAIXÃO, Cristiano; LOURENÇO FILHO, Ricardo. *O STF e o Direito do Trabalho: as três fases da destruição*. Jota, 29 jun. 2020. Disponível em: < https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-stf-e-o-direito-do-trabalho-as-tres-fases-da-destruicao-29062020#:~:text=O%20Direito%20do%20Trabalho%20est%C3%A1,lojas%20ou%20canteiros%20de%20obra.&text=O%20primeiro%20deles%20relaciona%2Dse,de%20greve%20de%20servidores%20p%C3%BAblicos>. Acesso em: 27 dez. 2020.

SILVA FILHO, Carlos Fernandes da. Presidente do Sindicato Nacional de Auditores Fiscais do Trabalho *[Correspondência]*. Destinatário: Corinne Varhga, Diretora do Departamento de Normas da Organização Internacional do Trabalho. Genebra, 20 jun. 2019.

A Editora Fi é especializada na editoração, publicação e divulgação de pesquisa acadêmica/científica das humanidades, sob acesso aberto, produzida em parceria das mais diversas instituições de ensino superior no Brasil. Conheça nosso catálogo e siga as páginas oficiais nas principais redes sociais para acompanhar novos lançamentos e eventos.

www.editorafi.org
contato@editorafi.org