

REFLEXÕES POR OCASIÃO DOS 75 ANOS DA JUSTIÇA DO TRABALHO NO BRASIL¹

Ives Gandra da Silva Martins Filho²

I) INTRODUÇÃO PRINCÍPIOLÓGICA



Lá 75 anos, no dia *1º de maio de 1941*, em plena 2ª Guerra Mundial, quando o general alemão Erwin Rommel, a raposa do deserto, enfrentava as tropas britânicas na Líbia, o Presidente *Getúlio Vargas* instituía a *Justiça do Trabalho*, em ato público comemorativo do dia do trabalho no estádio do Vasco da Gama. De lá para cá muito mudou no Brasil e no mundo.

Nos anos 40 do século passado, ocorria a *Revolução Industrial brasileira*, superando o país a dependência da monocultura cafeeira, colocada em xeque com a quebra da Bolsa de Nova Iorque e a crise financeira do começo dos anos 30.

A distribuição da força de trabalho pelos setores da economia em 1940 apresentava um *Brasil fortemente agrícola*, com 70% da mão-de-obra alocada no setor rural, para 10% na indústria e 20% no comércio. O quadro atual, 75 anos passados, em plena *Revolução Digital*, é de uma inversão na pirâmide produtiva, para colocar o setor de serviços no centro da atividade produtiva, com 60% de participação da população economicamente ativa, seguido da indústria com 23% e a agricultura com 17% (Fonte: IBGE, Anuário Estatístico do Brasil).

¹ O presente estudo é fruto das pesquisas realizadas no âmbito do Grupo de Pesquisa de Direito do Trabalho do IDP (Instituto Brasiliense de Direito do Trabalho). Colaboraram nas pesquisas para o presente estudo os juízes do trabalho Fabiano Coelho de Souza, José Gervásio Abrão Meireles, Maximiliano Pereira de Carvalho e Roberta Ferme Sivoletta.

² Ives Gandra da Silva Martins Filho é Ministro Presidente do Tribunal Superior do Trabalho, Mestre e Doutor em Direito, professor universitário e membro das Academias Brasileira e Brasiliense de Direito do Trabalho.

As mudanças substanciais na atividade produtiva, de um Brasil agrícola, passando pela sua industrialização e chegando à *Era da Informática* com um rosto laboral transformado *exigem naturalmente adaptações e modernização da legislação*, ancorada substancialmente na *Consolidação das Leis do Trabalho*, de 1943, para disciplinar adequadamente as novas modalidades de estruturação do trabalho humano.

Ao recordar as *fontes materiais de nossa CLT*, o saudoso Ministro *Arnaldo Süssekind*, um de seus artífices, destacava seus *quatro pilares*: a encíclica “*Rerum Novarum*” (1891), as Convenções da OIT (desde 1919), os pareceres dos consultores do Ministério do Trabalho (desde 1930) e as teses do Congresso Brasileiro de Direito Social (realizado em 1941 para comemorar os 50 anos da “*Rerum Novarum*”).

O primeiro desses pilares, celebrado em seus 125 anos de publicação, contém os *princípios fundamentais da doutrina social cristã*, que continua a inspirar e nutrir as constituições e leis trabalhistas de todo o mundo, considerada que é a *Carta Magna do Trabalhador*. Seus *oito princípios básicos* podem ser sintetizados na seguinte ordem:

1º) *Princípio da Dignidade da Pessoa Humana* (n. 11), calcado na noção de criação do homem e da mulher à imagem e semelhança de Deus (Gen 1,27);

2º) *Princípio do Bem Comum* (n. 19-20), de promoção, pelo Estado, das condições da vida social (segurança, saúde, educação, moradia, trabalho, etc) que permitam aos grupos sociais e a cada um de seus membros atingirem de maneira mais completa o seu bem particular;

3º) *Princípio da Destinação Universal dos Bens* (n. 3-7), pelo qual todos os bens da terra existem para satisfazer a todos os homens, distribuídos com equidade e reconhecido o direito de propriedade e sua função social;

4º) *Princípio da Proteção* (n. 27-29), que impõe a intervenção do Estado para evitar a exploração do trabalhador e

garantir-lhe a justa retribuição pelo esforço despendido, equilibrando as relações entre patrões e empregados;

5º) *Princípio da Subsidiariedade* (n. 8 e 21-22), que impõe a não intervenção do Estado, mas apenas o seu apoio e incentivo, quando os grupos sociais menores (família, escola, igreja, sindicato, empresa, etc) são capazes de promover seus fins adequadamente;

6º) *Princípio da Primazia do Trabalho sobre o Capital* (n. 12-13), pelo fato de que a dimensão subjetiva do trabalho, ligada diretamente à pessoa humana, tem prevalência valorativa sobre a dimensão objetiva do trabalho, ligada aos instrumentos que o tornam mais produtivo;

7º) *Princípio da Dignidade do Trabalho Humano* (n. 15), tendo em vista que o próprio Deus se encarnou e escolheu uma profissão manual para iniciar a redenção da Humanidade, fazendo do trabalho participação na obra criadora e caminho de encontro com Deus e serviço ao próximo;

8º) *Princípio da Solidariedade* (n. 31-36), não somente pela união dos trabalhadores em sindicatos para defesa de seus direitos, mas especialmente pela união de patrões e empregados na tarefa produtiva comum, a bem da sociedade.

Interessante notar que o Papa *Leão XIII* (1810-1903), na referida encíclica, condena simultaneamente o capitalismo selvagem, o liberalismo individualista, o socialismo materialista e o comunismo desumanizante, procurando mostrar que as relações trabalhistas não podem ser encaradas como uma eterna luta de classes, mas como a *busca de um equilíbrio justo na distribuição dos frutos da produção entre o capital e o trabalho*.

Importante destacar que há dois princípios, no rol daqueles que constituem a Doutrina Social Cristã, que *se complementam e devem ser aplicados conjugadamente*, que são os *princípios da proteção e da subsidiariedade*. Dão eles a *calibragem ao intervencionismo estatal* no domínio econômico no

que diz respeito às relações de trabalho, para saber quando intervir e quando deixar que os próprios agentes sociais resolvam seus conflitos de forma negociada.

À semelhança dos *8 princípios básicos da Encíclica “Rerum Novarum”*, outro dos pilares da nossa CLT é constituído pelas *8 convenções fundamentais da OIT* (Organização Internacional do Trabalho), que integram a *Declaração de Princípios Fundamentais e Direito no Trabalho* da OIT, agrupadas em 4 eixos básicos:

- a) *Trabalho Forçado* (Convenções 29 e 105);
- b) *Liberdade Sindical e Negociação Coletiva* (Convenções 87 e 98);
- c) *Igualdade de Remuneração e Não Discriminação* (Convenções 100 e 111); e
- d) *Trabalho Infantil* (Convenções 138 e 182).

No esforço por implementar esses princípios fundamentais, conjugados com os da “*Rerum Novarum*”, Justiça do Trabalho e Ministério Público do Trabalho têm se irmanado, podendo ser mencionadas as seguintes *Campanhas Nacionais*:

a) *Combate ao Trabalho Infantil e Estímulo à Aprendizagem* – coordenada pelas Ministras *Kátia Magalhães Arruda* e *Maria de Assis Calsing*, com apoio das redes de rádio e televisão e com a leitura, no passado dia 9 de outubro, da “*Carta de Aparecida*”, em missa solene celebrada no Santuário Nacional de Aparecida pelo Cardeal D. *Raimundo Damasceno*, em defesa do direito da criança de brincar e estudar;

b) *Trabalho Seguro - Programa Nacional de Prevenção de Acidentes de Trabalho* – coordenada pelas Ministras *Maria Helena Mallmann* e *Delaíde Miranda Arantes*, com foco neste biênio de 2016-2017 nos transtornos mentais relacionados ao trabalho;

c) *Combate ao Trabalho Escravo* – na qual se destacam o Ministro *Lelio Bentes Correa* (como perito da OIT) e o Procurador-Geral do Trabalho *Ronaldo Curado Fleury* (como che-

fe do MPT);

d) *Estímulo à Conciliação* – coordenada pelo Ministro *Emmanoel Pereira*, Vice-Presidente do TST, respaldada na Resolução nº 174 do CSJT, editada em 05/10/16 (que traça a “política judiciária nacional de tratamento adequado das disputas de interesses no âmbito do Poder Judiciário Trabalhista”) e cuja “2ª Semana Nacional da Conciliação Trabalhista” bateu o recorde do ano anterior, arrecadando mais de R\$600 milhões, num total de quase 27 mil acordos beneficiando mais de 160 mil trabalhadores;

e) *Efetividade da Execução* – coordenada pelo Ministro *Cláudio Mascarenhas Brandão*, cuja “6ª Semana Nacional da Execução Trabalhista” também foi recordista em relação aos anos anteriores, arrecadando quase R\$800 milhões, distribuídos por quase 100 mil trabalhadores.

Como se percebe, o esforço tanto da Justiça do Trabalho quanto do Ministério Público do Trabalho tem se voltado no sentido da *implementação prática dos princípios básicos da legislação trabalhista*, à luz da “*Rerum Novarum*” e das Convenções da OIT.

Por outro lado, o *viés protecionista* da legislação do trabalho, para assegurar os direitos mínimos do trabalhador frente às exigências de produtividade do mundo empresarial, numa relação de desequilíbrio de forças, pode adquirir, com o tempo, *nova feição*, de caráter *menos intervencionista* e mais *regulatório mínimo de relações contratuais*, com o estabelecimento, principalmente, das *regras do jogo negocial*, quando, frente ao *poder econômico das empresas* se pode opor o *poder sindical dos trabalhadores*, reequilibrando a balança. É nessa direção que apontam, como já ressaltado, os princípios da subsidiariedade e de estímulo à negociação coletiva.

Como há, no entanto, a corrente que ainda vê o *Direito do Trabalho* apenas como meio de proteção de um *trabalhador eternamente considerado como hipossuficiente* frente a um

empregador substancialmente explorador, desconsiderando toda a *evolução do movimento sindical* em nosso país, que elevou à Presidência da República um sindicalista metalúrgico, como coroamento do processo de equalização das forças produtivas profissionais e econômicas, o presente estudo busca apresentar uma outra visão que se pode ter do Direito e do Processo do Trabalho.

Com efeito, é difícil considerar hoje um *bancário* ou um *metalúrgico* como trabalhadores hipossuficientes ou seus sindicatos como irresponsáveis na confecção de acordos e convenções coletivas de trabalho. O mesmo se diga de portuários, marítimos, ferroviários, motoristas rodoviários, aeronautas, aeroviários, comerciários, industriários, mineiros, químicos, trabalhadores em telecomunicações, professores, jornalistas e todo o rol de especialidades laborais elencadas pela CLT.

Assim, parecem conjugar-se, após 75 anos de existência da Justiça do Trabalho, os elementos fáticos subjacentes, de ordem econômica e social, que justifiquem um *olhar distinto para as relações laborais*, bem como para o *papel que o Judiciário Laboral deve desempenhar*. Um olhar que percebe um *maior equilíbrio de forças na relação patrão-empregado*, com a *tutela sindical*, e uma visão da *missão da Justiça do Trabalho* como fundamentalmente de *harmonização dos conflitos sociais*, de estímulo à conciliação, e não de mero protecionismo do trabalhador.

Nesse sentido, seria uma *visão ancorada no passado*, aquela que continuasse contemplando as relações trabalhistas como sempre de desequilíbrio em desfavor do empregado. Soa a *anacronismo* o discurso *démodé* que ainda se ouve de determinadas lideranças sindicais, falando em classe oprimida e classe opressora, patronato ganancioso e explorador e neoliberalismo atentatório aos direitos conquistados pela classe trabalhadora. A *crise econômica* atual pela qual passa o Brasil, provocada pela adoção de políticas econômicas equivocadas e por

uma corrupção governamental sem precedentes na história, é responsável não apenas pelo *desemprego de 12 milhões de brasileiros*, mas também pela *quebra de milhares de pequenas e médias empresas*, incapazes de sobreviver em contexto tão adverso à atividade produtiva. E nem se diga sobre a *fuga de investimentos* em nosso país, migrando para países que ofertem maior estabilidade econômica e segurança jurídica.

Se é certo que cabe ao empresariado os *riscos da atividade econômica* (CLT, art. 2º), constata-se, por outro lado, que ser empresário, no Brasil, na atualidade, é atividade de altíssimo risco, especialmente pela excessivo protecionismo judicial, gerador de extrema *insegurança jurídica* e de *elevados encargos sociais adicionais*.

Por isso, não é demais lembrar que os princípios da doutrina social cristã e das convenções da OIT já referidos encontram eco especialmente no *art. 766 da CLT*, quando estabelece que, “*nos dissídios sobre estipulação de salários, serão estabelecidas condições que, assegurando justos salários aos trabalhadores, permitam também justa retribuição às empresas interessadas*”.

Ainda que aplicável especificamente para os dissídios coletivos, em que se exerce o poder normativo da Justiça do Trabalho, o referido dispositivo legal deveria nortear todas as decisões judiciais trabalhistas, com o magistrado do trabalho buscando encontrar o *ponto de equilíbrio na interpretação da CLT e legislação laboral extravagante que harmonize as relações trabalhistas*.

Baseados em tais princípios e tendo em vista que o *protecionismo legal* é *via de mão dupla*, de modo a proteger os diretos do trabalhador, mas também a existência e o funcionamento da empresa como unidade produtiva e geradora de empregos, procurar-se-á, no presente estudo, traçar um quadro comparativo das principais questões de direito do trabalho que possam estar comprometendo a harmonia que estimule a ativi-

dade produtiva e a geração e manutenção de empregos.

A metodologia aplicada será a de ser fazer um *levantamento* exemplificativo das *normas legais* garantidoras de direitos trabalhistas cuja aplicação tenha sido ampliada pela *jurisprudência* e seu *impacto na economia do trabalho*. Desse modo, a partir de uma base empírica e de um enfoque acadêmico, será possível contrastar a *tese esgrimida pelos mais paternalistas*, de que *Reforma Trabalhista equivale a desconstrução do Direito do Trabalho* e que não se deve promovê-la, pois seria promover mais desemprego e desproteção ao trabalhador.

Tal postura refratária a qualquer reforma legislativa na seara trabalhista faz pensar na inversão do ditado de que “*contra fatos não há argumentos*”: será que não há qualquer *relação de causa e efeito* entre crise econômica sem precedentes, elevadíssima taxa de desemprego, quebra generalizada de pequenas e médias empresas e R\$170 bilhões de déficit público de um lado, e políticas públicas de acentuado intervencionismo estatal e judicial de outro, descompensando o equilíbrio em nome de um Estado de Bem-Estar Social que foi se mostrando tanto mais distante quanto maior o paternalismo estatal?

Espera-se, no presente estudo, que, repita-se, é de cunho eminentemente acadêmico, *detectar excessos* e sinalizar para o que poderia ser corrigido, em termos de “*lege ferenda*”, bem como por uma revisão da jurisprudência, em busca do *ponto de equilíbrio indispensável* para que o país volte a crescer economicamente, a gerar empregos e a ofertar a seus cidadãos a segurança e o bem estar social a que todos têm direito.

A condição de *observador privilegiado*, à frente do órgão de cúpula da Justiça do Trabalho nessa quadra histórica, torna possível uma visão mais próxima e abrangente dos problemas que ora afligem o país, os empregados e empregadores, magistrados, advogados ou procuradores, no que tange às relações trabalhistas e conflitos delas decorrentes.

Acredito que *calar*, nesses momentos, seria *omissão*. E

o falar, se não for só para louvar, deverá se pautar pelos *princípios do Código de Ética da Magistratura Nacional*, que admite explicitamente a *crítica doutrinária e no exercício do magistério* (art. 12, II), desde que feita em linguagem polida e respeitosa (art. 22, parágrafo único).

Nesse sentido, se é dever do Presidente do Tribunal “*zelar pelas prerrogativas e pela imagem pública do Tribunal e dos Ministros*” (RITST, art. 35, X), o que tenho procurado fazer, opondo-me explicitamente a quem procura denegrir a imagem da Corte, fazendo publicar nota de repúdio a críticas ofensivas a membros do Tribunal, não se pode ampliar o conceito de “*zelo pela imagem pública*” para abranger a concordância irrestrita com a jurisprudência da Corte.

Nesse sentido, por *disciplina judiciária*, vou me curvando à jurisprudência sumulada ou “*ojotizada*” (objeto de “*Orientações Jurisprudenciais*”) da Corte, o que não impede de, *doutrinariamente*, sustentar soluções diversas para os problemas enfrentados pela Justiça do Trabalho.

II) A JURISPRUDÊNCIA ELASTECEDORA DE DIREITOS TRABALHISTAS: FLEXIBILIZAÇÃO SOB TUTELA JUDICIAL

Se nas *origens do Direito do Trabalho* está a ideia de *proteção do trabalhador* frente à exploração desmedida do empresário, por outro essa proteção tem um *limite*, naquilo que é a *justa retribuição dos frutos da produção entre o capital e o trabalho*.

A *concessão de direitos ao trabalhador*, quer pela via legislativa, quer pela via judiciária, tem um *limite de elasticidade*, qual seja, a *capacidade de assimilação de novos encargos trabalhistas* pelas empresas, que não encareçam de tal modo o custo da mão-de-obra a ponto de tornar o produto não mais comercializável e a empresa não mais competitiva no

mercado nacional ou internacional, fazendo com que venha a fechar suas portas.

Uma das vertentes do presente estudo será apresentar um panorama do que se tem *ampliado o rol dos encargos trabalhistas apenas com base na interpretação das leis laborais, elastecendo além do razoável o patrimônio jurídico do trabalhador*.

As duas principais vertentes do estudo serão ligadas à *flexibilização da legislação trabalhista*:

- a) uma sob *tutela sindical*, que tem sido repetidamente desautorizada, pela *anulação sistemática de cláusulas de acordos e convenções coletivas de trabalho*;
- b) a outra, que tem sido amplamente utilizada pela Justiça do Trabalho, que poderíamos chamar de *tutela judicial*, com o *elastecimento de direitos trabalhistas baseados unicamente na aplicação de princípios gerais* para se criarem novas vantagens de conteúdo econômico para o trabalhador, não previstas em lei.

Ou seja, só se admite a *flexibilização da legislação para ampliação de direitos trabalhistas*, não para sua *adequação à realidade econômica, social e tecnológica*.

O que chama mais a atenção não é a concessão desta ou daquela vantagem isoladamente, prática perfeitamente assimilável, mas a *tendência geral e constante* na exegese que *amplie sistematicamente* o rol dos direitos trabalhistas, optando-se por deferir quase tudo e quase sempre o que o trabalhador venha a postular em juízo, a que título seja.

Passando a elencar casos concretos do que nos parecem *exageros exegéticos*, com todas as vênias daqueles que os defendem, poderíamos referir os seguintes precedentes, pinçados dos últimos 10 anos, em que a *tendência superlativamente protecionista* passou a prevalecer:

1) Intervalo Intra jornada

O *art. 71 da CLT* estabelece o *intervalo mínimo intra-jornada*, para jornada superior a 6 horas, de *uma hora*.

O § 4º do referido dispositivo estabelece a *sanção* pelo descumprimento do “caput” do artigo, assim dispondo:

“§ 4º - Quando o intervalo para repouso e alimentação, previsto neste artigo, não for concedido pelo empregador, este ficará obrigado a remunerar o período correspondente com um acréscimo de no mínimo 50% (cinquenta por cento) sobre o valor da remuneração da hora normal de trabalho” (Incluído pela Lei nº 8.923, de 27.7.1994).

Por outro lado, o *inciso XIII do art. 7º da Constituição Federal* estabelece que:

“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”.

Ou seja, desde que haja negociação coletiva, é possível a redução da jornada, mediante tutela sindical, também para que o empregado possa sair mais cedo do trabalho. Nesse sentido, *centenas de acordos e convenções coletivas* vinham sendo firmados por empresas e sindicatos obreiros, *reduzindo o intervalo de almoço para meia hora ou 40 minutos*, atendendo ao *interesse especialmente do trabalhador*, que, nas empresas ou atividades em que não é possível sair, devendo fazer a refeição no refeitório local, *prefere um intervalo mais curto e ir mais cedo para casa*.

No entanto, dando *interpretação ampliativa a norma de caráter penal*, o que não condiz com os princípios básicos da hermenêutica, o TST editou a *Súmula nº 437*, com o seguinte teor:

“Súmula 437. INTERVALO INTRAJORNADA PARA REPOUSO E ALIMENTAÇÃO. APLICAÇÃO DO ART. 71 DA CLT (conversão das Orientações Jurisprudenciais nºs 307, 342, 354, 380 e 381 da SBDI-1) - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012

I - Após a edição da Lei nº 8.923/94, a não concessão ou a

concessão parcial do intervalo intrajornada mínimo, para repouso e alimentação, a empregados urbanos e rurais, implica o pagamento total do período correspondente, e não apenas daquele suprimido, com acréscimo de, no mínimo, 50% sobre o valor da remuneração da hora normal de trabalho (art. 71 da CLT), sem prejuízo do cômputo da efetiva jornada de labor para efeito de remuneração.

II - É inválida cláusula de acordo ou convenção coletiva de trabalho contemplando a supressão ou redução do intervalo intrajornada porque este constitui medida de higiene, saúde e segurança do trabalho, garantido por norma de ordem pública (art. 71 da CLT e art. 7º, XXII, da CF/1988), infenso à negociação coletiva.

III - Possui natureza salarial a parcela prevista no art. 71, § 4º, da CLT, com redação introduzida pela Lei nº 8.923, de 27 de julho de 1994, quando não concedido ou reduzido pelo empregador o intervalo mínimo intrajornada para repouso e alimentação, repercutindo, assim, no cálculo de outras parcelas salariais.

IV - Ultrapassada habitualmente a jornada de seis horas de trabalho, é devido o gozo do intervalo intrajornada mínimo de uma hora, obrigando o empregador a remunerar o período para descanso e alimentação não usufruído como extra, acrescido do respectivo adicional, na forma prevista no art. 71, caput e § 4º da CLT”.

Ou seja, diante de norma cuja redação literal menciona a não concessão do intervalo e coloca como sanção apenas o seu pagamento como hora extraordinária, a Corte Superior Trabalhista ampliou triplamente a sanção: a) igualou a concessão parcial à não concessão; b) mandou repetir o pagamento da parte de intervalo concedida; c) mandou repicar o período não concedido nas demais parcelas remuneratórias.

E mais: fundada na premissa discutível de que intervalo menor de almoço coloca em risco a saúde e segurança do trabalhador, e invocando norma constitucional genérica sobre segurança no trabalho (CF, art. 7º, XXII), vedou absolutamente a negociação coletiva sobre tal matéria, ao arrepio do art. 7º, XIII, da CF. E note-se que o próprio § 3º do art. 71 da CLT admite a redução do intervalo por ato do Ministério do Traba-

lho, desde que o trabalhador não tenha que fazer horas extras.

Em suma, se a vedação legal não é absoluta, admitindo exceções, é que a norma poderia ser flexibilizada, mediante tutela sindical, com as cautelas referentes à não exigência de jornada suplementar para o trabalhador com intervalo reduzido. Isso seria o razoável.

No entanto, a opção pela ampliação da sanção e a vedação à negociação coletiva, em exegese ultra protecionista, contrariamente ao interesse do próprio trabalhador e às cautelas que a própria lei já adotou, implica num *impacto econômico* às empresas que adotaram tal redução por norma coletiva da ordem de 18,75% na folha de pagamento, tendo em vista uma jornada de 8 horas, com intervalo de 40 minutos, sendo obrigadas a pagar uma *hora e meia a mais por dia*. Os 20 minutos de redução saíram muito caro, e mais ainda quando fundados na boa-fé da negociação coletiva.

2) *Ultratividade das Normas Convencionais de Trabalho*

Talvez o exemplo mais emblemático da postura ativista-legiferante da Justiça do Trabalho deu-se na denominada “*Semana do TST*”, realizada entre os dias 10 a 14 de setembro de 2012. O Tribunal Superior do Trabalho suspendeu suas sessões de julgamento, para *rever sua jurisprudência já sumulada e pacificada*, em reunião dos ministros, com a publicação dos resultados em sessão do Pleno ao final da semana, trazendo a *insegurança jurídica* às relações laborais.

No caso da *revisão da Súmula 277 do TST*, a meu juízo, houve nitidamente exercício de poder legiferante por parte do Tribunal, uma vez que, *sem mudança legislativa e sem precedentes*, decidiu a Corte, por exígua maioria (vencidos os Ministros Cristina Peduzzi, Barros Levenhagen, Ives Gandra, Renato Paiva, Aloysio Veiga, Maria Calsing, Dora Costa, Pedro Manus, Fernando Ono, Caputo Bastos e Márcio Eurico), *mudar a*

sinalização do referido verbete sumulado.

Com efeito, o referido verbete sumulado, em sua *redação anterior*, assim dispunha:

“Súmula nº 277. SENTENÇA NORMATIVA. CONVENÇÃO OU ACORDO COLETIVOS. VIGÊNCIA. REPERCUSSÃO NOS CONTRATOS DE TRABALHO

I - As condições de trabalho alcançadas por força de sentença normativa, convenção ou acordos coletivos vigoram no prazo assinado, não integrando, de forma definitiva, os contratos individuais de trabalho.

II - Ressalva-se da regra enunciado no item I o período compreendido entre 23.12.1992 e 28.07.1995, em que vigorou a Lei nº 8.542, revogada pela Medida Provisória nº 1.709, convertida na Lei nº 10.192, de 14.02.2001” .

A *exceção do item II* da redação anterior da súmula dizia respeito a norma legal que previa a ultratividade da norma coletiva, nos seguintes termos:

“Art. 1º A política nacional de salários, respeitado o princípio da irredutibilidade, tem por fundamento a livre negociação coletiva e reger-se-á pelas normas estabelecidas nesta lei.

§ 1º 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” .

Ora, tal dispositivo legal foi *expressamente revogado pelo art. 18 da Lei 10.192/01*. Ou seja, a vontade positiva do legislador foi a de que não houvesse mais a integração das normas coletivas aos contratos individuais de trabalho.

Nem se diga que se o legislador efetivamente quisesse a não ultratividade, teria manifestado expressamente esse desiderato na nova norma. A ultratividade é exceção, não regra. A norma legal que rege a matéria é o *§ 3º do art. 614 da CLT*, que limita a dois anos a vigência dos acordos e convenções coletivas. Pretender o contrário, apenas seria possível com previsão legal, a qual foi revogada expressamente pelo legislador.

No entanto, o TST, por sua corrente majoritária, fez *renascer o dispositivo revogado*, usando praticamente sua *mesma*

dicção, ao dispor:

“*Súmula nº 277. CONVENÇÃO COLETIVA DE TRABALHO OU ACORDO COLETIVO DE TRABALHO. EFICÁCIA. ULTRATIVIDADE.*

As cláusulas normativas dos acordos coletivos ou convenções coletivas integram os contratos individuais de trabalho e somente poderão ser modificadas ou suprimidas mediante negociação coletiva de trabalho”.

Como se vê, o caso é paradigmático, para não dizer chocante, de substituição ao legislador, e com contundente impacto no mundo jurídico, gerando, da noite para o dia, passivos trabalhistas, sem que se tivesse algum processo sendo julgado para se discutir a matéria, até com sustentações orais e entrega de memoriais.

Em debate fechado – ao contrário do que aconteceria se a matéria fosse debatida no Congresso Nacional ou seguido os trâmites regimentais para alteração de súmula, com parecer da Comissão de Jurisprudência (RITST, art. 163, §§ 1º e 2º) – *criou-se direito novo* ao operariado, que *praticamente sepulta a negociação coletiva*, desestimulando a concessão de vantagens por parte do empresariado, sabendo que serão definitivamente incorporadas ao contrato de trabalho, quando é da natureza da negociação ser periódica e limitada.

In casu, a nova súmula tem *feição típica de prejudgado*, editados sem precedentes e como orientadores dos TRTs. Nesse sentido, a rigor, como levado a cabo por algumas Turmas do TST, a nova redação da súmula só poderia ser aplicada aos instrumentos coletivos firmados após a edição da súmula, pois do contrário se estaria surpreendendo o jurisdicionado, que firmou convenção na certeza, amparada pela lei e pela súmula até então vigente do TST, de que só estaria se obrigando por um ou dois anos. Houve, pois, por parte dessas Turmas, *modulação dos efeitos* do “prejudgado”.

Esse caso é típico de *ativismo judiciário e voluntarismo jurídico* que transmuda a função do magistrado, de julgador para a de legislador, pois sequer houve caso julgado a dar su-

pedâneo à nova súmula. E nem se diga que algum precedente da SDC anterior à nova redação da súmula poderia ser invocado como justificador da nova orientação, na medida em que o *art. 165 do RITST só admite precedentes da SDI para edição de súmulas*, uma vez que a SDC exerce poder normativo, gerando precedentes normativos e não súmulas, sendo que estas últimas é que são aplicadas aos dissídios individuais, onde se exerce jurisdição e não o poder normativo da Seção de Dissídios Coletivos.

Quase que como reconhecimento de atividade legiferante pelo TST, já que a mudança de orientação da Súmula 277 se deu com a carência absoluta de precedentes jurisprudenciais, o *site do TST*, na época, publicou *artigo doutrinário (“A Súmula n. 277 e a Defesa da Constituição”)* de três ministros da Corte (Augusto César Leite de Carvalho, Kátia Magalhães Arruda e Maurício Godinho Delgado), expondo a “*ratio decidendi*” da nova redação, com chamada rotativa e posterior publicação na Revista do TST (ano 78, out/dez 2012).

Ora, não é costume *site* institucional de tribunal divulgar artigo de doutrina de seus membros. No entanto, foi a forma que se quis utilizar, em 2012, para dar as razões da virada jurisprudencial sem precedentes (no sentido conotativo e denotativo da expressão). E quais eram elas, sob o prisma estritamente constitucional?

A de que a *nova redação do § 2º do art. 114 da Constituição Federal*, introduzida pela Emenda Constitucional n. 45/04, *teria albergado o princípio da ultratividade* das normas coletivas convencionais, calcado na expressão “*anteriormente*” acrescida ao texto.

Vejamos comparativamente ambos os textos, apenas sob o prisma do advérbio acrescentado:

a) *redação anterior (CF, 1988)*

“Art. 114. (...)”

(...)

§ 2º *Recusando-se qualquer das partes à negociação ou à ar-*

bitragem, é facultado aos respectivos sindicatos ajuizar dissídio coletivo, podendo a Justiça do Trabalho estabelecer normas e condições, respeitadas as disposições convencionais e legais mínimas de proteção ao trabalho”.

b) Nova redação (EC 45/04)

“Art. 114. (...)

(...)

§ 2º “Recusando-se qualquer das partes à negociação coletiva ou à arbitragem, é facultado às mesmas, de comum acordo, ajuizar dissídio coletivo de natureza econômica, podendo a Justiça do Trabalho decidir o conflito, respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente”.

Como sustentamos antes da Reforma do Judiciário que resultou na promulgação da EC 45/04, a redação anterior dava margem a dúvidas, que procuramos esclarecer em nosso *“Processo Coletivo do Trabalho”*, ao pontuar que:

“Com efeito, a interpretação do referido dispositivo constitucional segue o seguinte silogismo:

a) premissa maior — as sentenças normativas devem respeitar as condições convencionais e legais mínimas de proteção ao trabalhador;

b) premissa menor — não podem ter vigência concomitante para a mesma categoria uma convenção (ou acordo) coletivo e uma sentença normativa; ergo

c) conclusão — o texto constitucional se refere às convenções (ou acordos) coletivos anteriores à prolação da sentença normativa” (LTr – 2003 – São Paulo, 3ª edição, pg. 46).

Assim, a expressão *“anteriormente”* teve apenas a finalidade de deixar claro que, no *exercício do Poder Normativo pela Justiça do Trabalho*, se a norma coletiva anterior fosse um acordo ou convenção coletiva, deveria ela ser o *patamar mínimo* além das normas legais e constitucionais. Ou seja, a expressão, e o comando constitucional como um todo, dizem respeito aos julgamentos dos dissídios coletivos, *não tratando dos contratos individuais de trabalho*.

A Reforma do Judiciário, em relação ao referido § 2º, apenas inovou quanto à *exigência do comum acordo* para que

se pudesse instaurar dissídio coletivo, *reduzindo o Poder Normativo da Justiça do Trabalho*, não, porém, para albergar o princípio da ultratividade das normas coletivas em relação à sua inserção nos contratos individuais de trabalho. Com todas as vênias, forçou-se a exegese constitucional, para *dizer o que o Constituinte Derivado não disse e nem quis dizer*.

E o mais grave foi a exegese posterior que se deu à Súmula 277, considerando a *ultratividade via de mão única*, de manutenção das cláusulas favoráveis aos trabalhadores, mas *não daquelas que beneficiassem os empregadores*, como ficou patente no seguinte julgado:

“PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS EM FERIADOS. AUTORIZAÇÃO PREVISTA EM NORMA COLETIVA COM PERÍODO DE VIGÊNCIA JÁ EXPIRADO. PREVISÃO DE CONDIÇÃO MAIS GRAVOSA AO EMPREGADO. NORMA COLETIVA NÃO INCORPORADA AO CONTRATO DE TRABALHO. SÚMULA Nº 277 DO TST INAPLICÁVEL. A controvérsia cinge-se em saber se a autorização acerca do trabalho em feriados, prevista em norma coletiva, com prazo de vigência já expirado, possui eficácia ultrativa, aplicando-se aos biênios subsequentes, em razão da ausência de norma coletiva posterior dispondo em sentido contrário. Discute-se a aplicabilidade da nova redação da Súmula nº 277 do TST. Ressalta-se que, no caso dos autos, não há notícia acerca de nova negociação coletiva, disciplinando o labor em feriados para a categoria profissional do autor. Importante salientar, entretanto, para que a ultratividade dos acordos coletivos e das convenções coletivas de trabalho, prevista na Súmula nº 277 do TST, na sua atual redação, seja, efetivamente, um instrumento de garantia dos direitos dos trabalhadores, a aplicação desse verbete deve se amoldar aos princípios da proteção e da condição mais benéfica. Ademais, cumpre salientar que a aplicação da nova redação da Súmula nº 277 desta Corte pressupõe a existência, no caso concreto, de norma que não seja prejudicial ao trabalhador, admitindo-se, assim, que determinada cláusula normativa se protraia no tempo até que sobrevenha alteração por meio de nova negociação coletiva, desde que, como referido, não prejudique os empregados, sendo essa a melhor exegese a respeito da matéria, à luz da ci-

tada súmula. Com efeito, a cláusula normativa invocada pela reclamada, pela qual se autorizou o labor em dias feriados, não aderiu ao contrato de trabalho do autor, porquanto a supressão do direito do trabalhador à folga no feriado consiste em condição mais gravosa, devendo ser limitada ao período subscrito na norma, *qual seja, o biênio 2012/2013. Intacta a Súmula nº 277 do Tribunal Superior do Trabalho. Precedentes. Recurso de revista conhecido e desprovido*” (RR-10726-83.2013.5.15.0018, Rel. Min. José Roberto Freire Pimenta, 2ª Turma, DEJT 29/04/16).

Como se vê, independentemente de qualquer juízo de valor quanto ao caráter justo ou não da nova orientação, o fato é que a alteração constituiu nítido exercício de poder legiferante, ao arrepio das normas constitucionais, legais e regimentais que regem a atividade do Poder Judiciário em geral e do TST em particular, provocando no mundo das relações trabalhistas um forte *desestímulo à negociação coletiva*, a título de proteger o trabalhador.

Em boa hora foi concedida *liminar* na *ADPF 323 MC/DF* (Rel. Min. Gilmar Mendes, em 14/10/16), suspendendo todos os processos em que se tem aplicado a Súmula 277 do TST, por considera-la editada sem base legal ou constitucional.

3) Estabilidade Provisória de Empregada Gestante em Contrato Temporário

Outro exemplo decorrente da “*Semana do TST*” de 10 a 14 de setembro de 2012 é o caso da *estabilidade provisória da gestante contratada a prazo*.

Antes da Constituição Federal de 1988, o TST havia editado, em 1985, a *Súmula nº 244*, a respeito da *estabilidade provisória da gestante*, nos seguintes termos:

“*Súmula 244. GESTANTE. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. A garantia de emprego à gestante não autoriza a reintegração, assegurando-lhe apenas o direito a salários e vantagens correspondentes ao período e seus reflexos*”.

Em 2003, passou-se a *admitir a reintegração*, nos se-

guintes termos:

“Súmula 244. GESTANTE. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. A garantia de emprego à gestante só autoriza a reintegração se esta se der durante o período de estabilidade. Do contrário, a garantia restringe-se aos salários e demais direitos correspondentes ao período de estabilidade” .

Quando se tratava de *contrato por prazo determinado*, a jurisprudência do TST seguia no sentido da *não garantia de estabilidade à gestante*, em face da natureza do contrato, nos termos da *Orientação Jurisprudencial nº 196 da SBDI-1*, editada em 2000 e *incorporada à Súmula 244* como seu *item III* em 2005, com a seguinte dicção:

“III – Não há direito da empregada gestante à estabilidade provisória na hipótese de admissão mediante contrato de experiência, visto que a extinção da relação de emprego, em face do término do prazo, não constitui dispensa arbitrária ou sem justa causa” .

Ora, em 2012, novamente na denominada *“Semana do TST”*, o *item III da Súmula 244 muda totalmente de sinal*, para afirmar o que antes negava, passando a conceder a *estabilidade provisória da gestante também nos contratos a termo*, *“verbis”*:

“III- A empregada gestante tem direito à estabilidade provisória prevista no art. 10, inciso II, alínea “b”, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, mesmo na hipótese de admissão mediante contrato por tempo determinado” .

O que impressiona na virada brusca da jurisprudência é que, *sem precedentes do TST, apressou-se a invocar precedentes do STF* que garantiriam a estabilidade nesses casos, sem uma maior análise de tais precedentes.

Ora, o *“leading case” do STF*, invocado para a alteração da Súmula do TST na época, referia-se a *contratações temporárias reiteradas como indicativo de fraude*, *“verbis”*:

“LICENÇA-MATERNIDADE. CONTRATO TEMPORÁRIO DE TRABALHO. SUCESSIVAS CONTRATAÇÕES. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. ART. 7º, XVIII, DA CF. ART. 10, II, B, do ADCT. RECURSO DESPROVIDO. A empregada sob

regime de contratação temporária tem direito à licença-maternidade, nos termos do art. 7º, XVIII, da CF e do art. 10, II, b, do ADCT, especialmente quando celebra sucessivos contratos temporários com o mesmo empregador. Recurso a que se nega provimento” (RE 287905-SC, 2ª Turma, Red. Min. Joaquim Barbosa, DJe 30/06/2006).

Ou seja, em caso de contratações temporárias sucessivas, muitas vezes realizadas em fraude à legislação, o *contrato de trabalho se transmuda em contrato a prazo indeterminado*. Assim, o caso efetivamente enfrentado pelo STF não foi um típico contrato a termo, diante do qual, ponderadas as suas circunstâncias fáticas, a solução talvez pudesse ter sido outra. Desse modo, a ilação tirada do precedente do STF não correspondia à realidade plena da “ratio decidendi” do julgado. Mas serviu, no TST, para *ampliar a garantia da estabilidade da gestante para além do razoável*, quer como ônus para o empregador, quer como meio de proteção efetiva da mulher ou do nascituro.

Com efeito, há que se ponderar que os precedentes se mostram ferramentas de *adequação da jurisprudência à realidade e necessidade social de cada tempo*. A repercussão social as decisões se mostra como potente termômetro de tal adequação.

Ora, na questão em debate, verifica-se que o *mercado de trabalho pode ter aumentado a sua rejeição à contratação de mulheres em idade fértil*. Tal dado, aliado à constatação de que, em virtude da crise econômica e decorrente opção, por vários empregadores, da utilização de contratos por tempo determinado como meio de garantir planejamento de risco financeiro mais seguro, acaba por indicar que *há repercussão social contrária à pretendida na elaboração da jurisprudência*, que seria justamente a proteção ao emprego.

Com efeito, *empresas de trabalho temporário* não tem como manter empregados não alocados em tomadoras de serviços. Se um contrato de experiência ou outro a termo, de um

ano, pode ser dilatado em seus ganhos por mais ano e meio, por gravidez confirmada no último dia do último mês, dependendo do número de gestantes, a empresa fecha suas portas em pouco tempo, se continuar contratando mulheres.

Nesse pormenor, verifica-se a divulgação, pelo IBGE, de dados que indicam que a *taxa de ocupação de mulheres vem caindo* desde a edição da referida súmula, ainda que não se possa estabelecer como causa única do decréscimo: *passou de 50% em 2012, ano da mudança da Súmula, para 46% em 2016* (vide taxa de atividade do sexo feminino em relação à população economicamente ativa).

Mais uma vez, a pretensa proteção, por excessiva e desarrazoada, se mostra como condenação ao desemprego.

4) Responsabilidade Civil Objetiva do Empregador por Acidente de Trabalho

Toda a *teoria da infortunistica* e da *responsabilidade civil* por danos causados está ligada ao *Direito Civil* e regulada pelo *Código Civil* (Título IX do Livro I da Parte Especial do CC de 2002). A *CLT*, de 1943, editada bem depois do CC de 1917, nada dispôs sobre essa matéria.

Enquanto a Constituição da República de 1946 contemplava apenas o seguro contra acidentes do trabalho, a cargo do empregador, como direito do empregado (art. 157, XVII), a *Constituição Federal de 1988* inovou, na seara trabalhista, ao admitir também a *indenização por danos materiais* sofridos pelo empregado em *acidente de trabalho*, nos seguintes termos:

“Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...)

XXVIII - seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa” .

Como se vê, houve ampliação de direito laboral com a Constituição de 1988, que praticamente constitucionalizou a CLT (trazendo os direitos desse diploma trabalhista para dentro da Carta Magna), mas, no caso da infortúnica, com *limitação* quanto à amplitude da responsabilidade civil, adotando-se explicitamente a teoria da *responsabilidade subjetiva do empregador*.

Não obstante a *clareza da norma constitucional* e o *absoluto silêncio da norma celetista*, a *jurisprudência do TST* vem se firmando, em acentuado *ativismo judiciário*, no sentido de se reconhecer, calcada em normas de direito civil, a *responsabilidade objetiva do empregador*, no caso de acidente de trabalho, mesmo quando provocado por terceiros.

No caso das *atividades que considera de risco*, o TST tem aplicado a teoria da responsabilidade objetiva do empregador, com lastro no *art. 927 do Código Civil*, em que a demonstração de culpa do empregador é prescindível (cfr. E-RR-9951600-44.2005.5.09.0093, Rel. Min. *Maria de Assis Calsing*, julgado em 4.11.2010). Podemos referir como atividades de risco, entre outras, às quais a Corte tem imposto a indenização por danos materiais independentemente da demonstração de inexistência de culpa do empregador:

- a) *trabalhador em minas de subsolo* (TST-E-RR-233100-47.2005.5.12.0027, Rel. Min. *Maria de Assis Calsing*, DEJT de 4.2.2011);
- b) *transporte de valores em carro forte* (TST-E-RR-84700-90.2008.5.03.0139, Rel. Min. *João Batista Brito Pereira*, DEJT de 11.12.2009);
- c) *vigilante* (TST-E-RR-153800-56.5.12.0009, Rel. Min. *Aloysio Corrêa da Veiga*, DEJT de 13.2.2009);
- d) *empregado motociclista* (TST-E-ED-RR-81100-64.2005.5.04.0551, Red. Min. *João Oreste Dalazen*, julgado em 29.11.2012);
- e) *empregado de área técnica que necessita dirigir em estra-*

das *intermunicipais* (TST-E-RR-1299000-69.2008.5.09.0016, SBDI-I, rel. Min. *Aloysio Corrêa da Veiga*, julgado em 16.2.2012).

- f) *empregado vigilante* que sofreu acidente de trânsito na condução de motocicleta em rodovia estadual, durante trajeto à residência do cliente para a verificação de disparo de alarme (TST-E-ED-RR-324985-09.2009.5.12.0026, SBDI-1, Rel. Min. *João Oreste Dalazen*, DEJT de 1º.7.2013).
- g) empregado que labora na atividade de *coleta de lixo em vias públicas* e que sofreu acidente de trânsito no desempenho de suas atividades, por envolver deslocamento em ruas e avenidas, expondo o empregado a maiores riscos (TST-E-RR-958-81.2011.5.03.0069, Rel. Min. *Márcio Eurico Vitral Amaro*, SBDI-1, DEJT de 24/04/15).

Ressalte-se que, após a pacificação da jurisprudência no TST quanto à responsabilidade objetiva do empregador, os precedentes referidos podem guardar a reserva de seus relatores quanto à tese genérica, mas aplicando-a às novas hipóteses concretas apresentadas.

Em todas essas atividades consideradas de risco, o risco agora passa a ser integralmente da empresa, ao contrário do que prevê a Constituição Federal, trazendo um *ônus novo*: além do seguro que deve pagar para o empregado, deve contratar para si própria um *novo seguro*, se não quer arcar com as *indenizações vultosas* impostas pela Justiça do Trabalho. E, dependendo do porte da empresa e do valor da indenização, um acidente fatal provocado por terceiro e sem culpa do empregador pode ceifar não só a vida do empregado, mas *comprometer a própria existência da empresa*.

Não se veja por trás da crítica à postura jurisprudencial avançada uma insensibilidade social, mas exclusivamente a constatação de que *a ampliação do direito não se fez pela via legislativa, mas judicial*, contra a própria literalidade da norma constitucional. Se fosse fruto do debate legislativo, parâmetros

e limites seriam fixados para as indenizações, dando-se maior segurança jurídica aos jurisdicionados.

O que se nota, nesse campo da responsabilidade civil por acidentes de trabalho, é uma variação enorme dos valores de indenização impostos, de mil e quinhentos a um milhão e meio de reais, tornando, hoje, a *temática das indenizações por danos morais e materiais*, a 5ª mais recorrente no TST. Só perde para horas extras, nulidade por negativa de prestação jurisdicional, honorários advocatícios e intervalo intrajornada.

No fundo, certa prodigalidade na imposição das indenizações é responsável por essa *explosão de demandas indenizatórias*, implicando *riscos de fechamento de pequenas empresas* a depender do montante das indenizações, a exigir um regramento trabalhista próprio numa futura reforma legislativa laboral, de modo a *atualizar a CLT nesse campo*.

De qualquer forma, a questão específica da *responsabilidade objetiva do empregador em caso de acidente de trabalho* é objeto de apreciação pelo STF, em recursos representativos da controvérsia elencados sob o *Tema 920* da Tabela de Temas de Repercussão Geral, envolvendo a interpretação do art. 7º, XXVIII, da CF, com sinalização da *ausência de repercussão geral*. Como, no entanto, essa modalidade de juízo deliberatório não transita em julgado, passível que é de reexame pela Corte em outros processos, sua importância ainda pode vir a ser reconhecida pelo Supremo.

5) *Terceirização Ilícita*

O fenômeno da *terceirização* de há muito reclama um *marco regulatório legal* a orientar empresas, fiscalização do trabalho e tribunais quanto ao que é lícito ou ilícito nesse campo. No Senado Federal, tramita atualmente o *PLC 30/15* sobre a questão (Rel. Sen. *Paulo Paim*, oriundo da aprovação do PL 4330/04 da Câmara dos Deputados, de autoria do Dep. *Sandro*

Mabel), bastante polêmico, pela abertura ampla que dá aos contratos de terceirização. Outros projetos tramitam também na Câmara dos Deputados sobre a matéria. De qualquer forma, parâmetros mais detalhados são necessários, pois hoje *todo o setor de serviços terceirizados*, que representam seguimento significativo da economia, *vive unicamente sob o pálio da Súmula nº 331 do TST*, que dispõe:

“SÚMULA 331. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE.

I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974).

II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988).

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

VI - A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral” .

Não apenas o PLC 30/75 é polêmico, mas a própria

Súmula 331 se tornou *superlativamente polêmica*, pela forma como tem sido aplicada apelo TST, especialmente pelos três seguintes aspectos:

a) *Conceito de Atividade-Fim e Atividade-Meio*

O primeiro aspecto altamente controvertido na aplicação da súmula está no *conceito aberto* de *atividade-fim* e *atividade-meio* da empresa tomadora dos serviços terceirizados.

Exemplo mais paradigmático disso, demonstrando a necessidade de uma legislação mais clara sobre a matéria, é o caso dos *call centers* de empresas telefônicas.

A *Lei 8.987/95*, regulando o *regime de concessão de serviços públicos*, admitiu expressamente a contratação, pelas concessionárias dos serviços de telecomunicações, de terceiros para o desenvolvimento não apenas de *atividades acessórias e complementares* aos serviços, mas *inclusive para atividades inerentes* ao serviço concedido (art. 25).

A *Lei 9.472/97*, versando especificamente sobre a organização dos *serviços de telecomunicações*, define no que consiste o cerne da atividade – oferta de telecomunicação – e, *admite também explicitamente a terceirização de atividade-fim ou meio* das empresas concessionárias de serviços de telecomunicações (arts. 60 e 94), “*verbis*”:

“Art. 94. No cumprimento de seus deveres, a concessionária poderá, observadas as condições e limites estabelecidos pela Agência:

(...)

II - contratar com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço, bem como a implementação de projetos associados” .

Em que pese a clareza solar do dispositivo, que trata justamente de terceirização de serviços e permite inclusive a terceirização de atividade-fim de empresa de telecomunicações (atividades inerentes), a par das atividades-meio (acessórias e complementares), o TST, por sua maioria, decidiu que a lei

não se aplica aos contratos de trabalho.

“TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA. EMPRESA DE TELECOMUNICAÇÕES. CALL CENTER. ATIVIDADE-FIM DA RECLAMADA TOMADORA DE SERVIÇOS. INTERPRETAÇÃO DOS ARTIGOS 25, § 1º, DA LEI Nº 8.987/95 E DO ARTIGO 94, INCISO II, DA LEI Nº 9.472/97 E APLICAÇÃO DA SÚMULA Nº 331, ITENS I E III, DO TST. VÍNCULO DE EMPREGO ENTRE A TOMADORA DE SERVIÇOS E O TRABALHADOR TERCEIRIZADO RECONHECIDO. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO DA SÚMULA VINCULANTE Nº 10 DO STF. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL.

1. O serviço de call center é atividade-fim - e não atividade-meio - das empresas concessionárias de serviço de telecomunicações. Assim, em observância à Súmula nº 331, itens I e III, do TST, que consagrou o entendimento de que a terceirização só se justifica quando implicar na contratação da prestação de serviços especializados por terceiros em atividades-meio, que permitam a concentração dos esforços da empresa tomadora em suas atividades precípuas e essenciais, tem-se que a terceirização desses serviços de teletendimento pelas empresas telefônicas configura intermediação ilícita de mão de obra, devendo ser reconhecido o vínculo de emprego desses trabalhadores terceirizados diretamente com os tomadores de seus serviços.

2. Com efeito, o aumento desses serviços nos últimos anos ocorreu em razão da consolidação do Código de Defesa do Consumidor, que levou as empresas a disponibilizarem os Serviços de Atendimento do Consumidor (SAC). E, diante dessa exigência legal de manutenção de uma relação direta entre fornecedor e consumidor, o serviço de call center tornou-se essencial às concessionárias dos serviços de telefonia para possibilitar o necessário desenvolvimento de sua atividade, pois é por meio dessa central de atendimento telefônico que o consumidor, dentre tantas outras demandas, obtém informações, solicita e faz reclamações sobre os serviços oferecidos pela empresa. Não é possível, portanto, distinguir ou desvincular a atividade de call center da atividade fim da concessionária de serviços de telefonia.

3. Por outro lado, a Lei nº 8.987/95, que disciplina a atuação das empresas concessionárias e permissionárias de serviço público em geral, e a Lei nº 9.472/97, que regula as conces-

sões e permissões no setor das telecomunicações, são normas de Direito Administrativo e, como tais, não foram promulgadas para regular matéria trabalhista e não podem ser interpretadas e aplicadas de forma literal e isolada, como se operassem em um vácuo normativo. Por isso mesmo, a questão da licitude e dos efeitos da terceirização deve ser decidida pela Justiça do Trabalho exclusivamente com base nos princípios e nas regras que norteiam o Direito do Trabalho, de forma a interpretá-las e, eventualmente, aplicá-las de modo a não esvaziar de sentido prático ou a negar vigência e eficácia às normas trabalhistas que, em nosso País, disciplinam a prestação do trabalho subordinado, com a aniquilação do próprio núcleo essencial do Direito do Trabalho - o princípio da proteção do trabalhador, a parte hipossuficiente da relação de emprego, e as próprias figuras do empregado e do empregador.

4. Assim, não se pode mesmo, ao se interpretar o § 1º do artigo 25 da Lei nº 8.987/95 e o artigo 94, inciso II, da Lei nº 9.472/97, que tratam da possibilidade de contratar com terceiros o desenvolvimento de "atividades inerentes" ao serviço, expressão polissêmica e marcadamente imprecisa que pode ser compreendida em várias acepções, concluir pela existência de autorização legal para a terceirização de quaisquer de suas atividades-fim. Isso, em última análise, acabaria por permitir, no limite, que elas desenvolvessem sua atividade empresarial sem ter em seus quadros nenhum empregado e sim, apenas, trabalhadores terceirizados.

5. Ademais, quando os órgãos fracionários dos Tribunais trabalhistas interpretam preceitos legais como os ora examinados, não estão eles, em absoluto, infringindo o disposto na Súmula Vinculante nº 10 e, nem tampouco, violando o artigo 97 da Constituição Federal, que estabelece a cláusula de reserva de plenário para a declaração de inconstitucionalidade das leis em sede de controle difuso, pois não se estará, nesses casos, nem mesmo de forma implícita, deixando de aplicar aqueles dispositivos legais por considerá-los inconstitucionais.

6. A propósito, apesar da respeitável decisão monocrática proferida em 09/11/2010 no âmbito do Supremo Tribunal Federal, da lavra do ilustre Ministro Gilmar Mendes (Rcl 10132 MC/PR - Paraná), na qual, em juízo sumário de cognição e

em caso idêntico a este, por vislumbrar a possibilidade de ter sido violada a Súmula Vinculante nº 10 daquela Corte, deferiu-se o pedido de medida liminar formulado por uma empresa concessionária dos serviços de telecomunicações para suspender, até o julgamento final da reclamação constitucional, os efeitos de acórdão proferido por uma das Turmas do TST, que adotou o entendimento de que aqueles preceitos legais não autorizam, por si sós, a terceirização de atividades-fim por essas concessionárias de serviços públicos, verifica-se que essa decisão, a despeito de sua ilustre origem, é, data venia, isolada. Com efeito, a pesquisa da jurisprudência daquela Suprema Corte revelou que foi proferida, mais recentemente, quase uma dezena de decisões monocráticas por vários outros Ministros do STF (Ministros Carlos Ayres Britto, Dias Toffoli, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia Antunes Rocha, Joaquim Barbosa e Luiz Fux) em que, em casos idênticos ao presente, decidiu-se, ao contrário daquele primeiro precedente, não ter havido violação da Súmula Vinculante nº 10, mas mera interpretação dessas mesmas normas infra-constitucionais e nem, muito menos, violação direta (mas, se tanto, mera violação oblíqua e reflexa) de qualquer preceito constitucional pelas decisões do TST pelas quais, ao interpretar aqueles dispositivos das Leis 8.987/95 e 9.472/97, consideraram que essas não autorizam a terceirização das atividades-fim pelas empresas concessionárias dos serviços públicos em geral e, especificamente, na área de telecomunicações, negando-se, assim, provimento aos agravos de instrumento interpostos contra as decisões denegatórias de seguimento dos recursos extraordinários daquelas empresas.

7. O entendimento aqui adotado já foi objeto de reiteradas decisões, por maioria, da mesma SBDI-1 em sua composição completa (E-ED-RR-586341-05.1999.5.18.5555, Redator designado Ministro Vieira de Mello Filho, Data de Julgamento: 29/05/2009 - DEJT de 16/10/2009; E-RR-134640-23.2008.5.03. 0010, Relatora Ministra Maria de Assis Calving, Data de Julgamento: 28/06/2011, DEJT de 10/08/2012).

8. Aliás, esse posicionamento também não foi desautorizado e nem superado pelos elementos trazidos à consideração dos Ministros do TST na Audiência Pública ocorrida no TST nos dias 04 e 05 de outubro de 2011 e convocada pela Presidência desse Tribunal, os quais foram de grande valia para a se-

dimentação do entendimento ora adotado. Os vastos dados estatísticos e sociológicos então apresentados corroboraram as colocações daqueles que consideram que a terceirização das atividades-fim é um fator de precarização do trabalho, caracterizando-se pelos baixos salários dos empregados terceirizados e pela redução indireta do salário dos empregados das empresas tomadoras, pela ausência de estímulo à maior produtividade dos trabalhadores terceirizados e pela divisão e desorganização dos integrantes da categoria profissional que atua no âmbito das empresas tomadoras, com a conseqüente pulverização da representação sindical de todos os trabalhadores interessados.

9. É importante ressaltar, por fim, que decisões como a presente não acarretam o desemprego dos trabalhadores terceirizados, pois não eliminam quaisquer postos de trabalho. Essas apenas declaram que a verdadeira empregadora desses trabalhadores de call center é a empresa concessionária tomadora de seus serviços que, por outro lado, continua obrigada a prestar tais serviços ao consumidor em geral - só que, a partir de agora, exclusivamente na forma da legislação trabalhista, isto é, por meio de seus próprios empregados.

10. Assim, diante da ilicitude da terceirização do serviço de call center prestado pela reclamante no âmbito da empresa de telecomunicações reclamada, deve ser reconhecida a existência, por todo o período laborado, de seu vínculo de emprego diretamente com a concessionária de serviços de telefonia, nos exatos moldes do item I da Súmula nº 331 do TST, com o conseqüente pagamento, pela verdadeira empregadora e por sua litisconsorte, coautora desse ato ilícito, de todos os direitos trabalhistas assegurados pela primeira a seus demais empregados.

Embargos conhecidos e desprovidos” (TST-E-ED-RR-2938-13.2010.5.12.0016, Red. Min. José Roberto Freire Pimenta , DEJT 26/03/13).

No caso dos serviços de *call center*, estes se caracterizam pela intermediação da comunicação entre os clientes e as empresas, que podem ser bancos, hospitais, companhias aéreas, ou até órgãos públicos, para atender basicamente a duas finalidades: *oferta e venda de produtos* (telemarketing) e *recebimento de pedidos e reclamações* para manutenção dos sistemas e

atividades, como reconhecido pelo próprio acórdão supracitado. Tais finalidades são comuns a todos os ramos de atividades. E por que o da telefonia seria atividade-fim? Só por usar o telefone?

O fato de uma empresa desenvolver atividade vinculada ao serviço telefônico não é o bastante para que sua finalidade precípua abarque tal serviço especializado como inerente (nos termos do art. 581, § 2º, da CLT), igualmente presente em empresas ligadas a ramos tão diversos e sem qualquer semelhança com os serviços de telefonia, utilizando call centers com igual proveito.

Assim, o *serviço de call center*, que não se confunde com a efetiva oferta de telecomunicação (que é a atividade-fim, de fornecimento do serviço telefônico), *somente pode ser entendido como atividade-meio da concessionária de telefonia*, da mesma forma como na estrutura funcional de qualquer outra empresa que dele se utilize, à exceção da própria empresa especializada, afigurando-se, portanto, passível de terceirização.

Choca também na decisão referida, do TST, a tergiversação em torno das *Leis 8.987/95 e 9.472/97*. Dizer que não se aplicam à seara trabalhista, por tratarem de direito administrativo, quando *todos os contratos de call centers foram firmados sob sua égide, ao disciplinarem a contratação de serviços de terceiros* é fugir da necessidade de declaração de inconstitucionalidade de lei válida e incidente sobre a matéria para não aplicá-la. O mesmo expediente já foi utilizado antes pelo TST no caso da responsabilidade subsidiária da administração pública em matéria de terceirização, para dizer que não se aplicava na esfera trabalhista o art. 71 da Lei de Licitações e foi preciso o Supremo intervir e dizer que a lei era constitucional e, portanto, incidente nos contratos de prestação de serviços, exigindo a alteração do inciso IV da Súmula 331 do TST.

Mas desta vez o TST foi ainda mais longe para desqualificar as leis cuja literalidade atropelou. Afirmou-se que o *con-*

ceito de “atividades inerentes” era polissêmico e impreciso, chegando-se a afirmar em sessão que os conceitos de “inerente, acessório e complementar” seriam sinônimos! Não é preciso sequer recorrer ao dicionário para constatar que a utilização de três palavras distintas significa que têm conceitos distintos, em que “*inerente*” significa “*substancial, essencial*” e “*acessório e complementar*” significa “*acidental, periférico*”. Ou seja, qualquer vara é boa para se espancar a terceirização, ainda que a incongruência seja ostensiva.

O mesmo ocorre em relação aos *serviços de instalação e manutenção de linhas telefônicas*. Se, nos termos das Leis 8.987/95 e 9.472/97, as atividades de telecomunicações podem ser terceirizadas, independentemente da natureza de atividade-fim ou meio das empresas de telecomunicações, o fato é que não são inerentes à oferta de telecomunicações.

No caso da instalação e manutenção das linhas telefônicas, estas são o meio através do qual a telecomunicação se dá. O que a concessionária oferece é a telecomunicação. O meio físico pode ser construído, montado e conservado por empresas terceirizadas. Pretender que a instalação e manutenção das linhas telefônicas seja atividade-fim da empresa concessionária é o mesmo que dizer que as máquinas de uma fábrica de automóveis devem ser fabricadas por elas mesmas, como algo inerente à sua atividade.

No entanto, esse é o entendimento atual da SDI-1 do TST, “*verbis*”:

“TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA. EMPRESA DE TELECOMUNICAÇÕES. INSTALAÇÃO E REPARAÇÃO DE LINHAS TELEFÔNICAS. VÍNCULO DE EMPREGO COM A TOMADORA DE SERVIÇOS. SÚMULA Nº 331, III, DO TST

1. Concessionária exploradora de serviços de telecomunicações que contrata empresa interposta para a realização de serviços de instalação e reparação de linhas e aparelhos telefônicos promove terceirização ilícita em atividade-fim. Precedentes da SbDI-1 do TST.

2. Consoante a diretriz perflhada na Súmula nº 331, III, do

TST, impõe-se, como consequência lógica, o reconhecimento do vínculo empregatício entre o trabalhador terceirizado e a empresa tomadora de serviços.

3. Embargos do Reclamante de que se conhece, por contrariedade à Súmula nº 331, I e III, do TST, e a que se dá provimento” (TST-E-ED-ED-RR-173900-38.2008.5.15.0022, Rel. Min. João Oreste Dalazen, DEJT 25/09/15) .

Também em relação aos *serviços bancários*, a atividade de *telemarketing* desenvolvida por *call centers* tem sido enquadrada pelo TST como *atividade-fim* dos bancos, uma vez que a oferta de produtos bancários, no entender majoritário do TST, constituiria *atividade-fim* dos bancos.

“RECURSO DE EMBARGOS EM RECURSO DE REVISTA REGIDO PELA LEI Nº 11.496/2007. RITO SUMARÍSSIMO. TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS. CALL CENTER. ATIVIDADE-FIM. ILICITUDE. VÍNCULO DIRETO COM O TOMADOR DOS SERVIÇOS. SÚMULA Nº 331, I, DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. INCIDÊNCIA DO ARTIGO 894, II, PARTE FINAL, DA CLT. O atendimento telefônico a clientes com a finalidade de prestar informações sobre produtos oferecidos pelo tomador dos serviços insere-se como atividade-fim, intrínseca que é ao objeto social desenvolvido. É ilícita a contratação de empresa interposta para a prestação de serviços relacionados à atividade-fim, formando o vínculo diretamente com o tomador dos serviços (Súmula nº 331, I, do TST). Na hipótese, houve a terceirização de atividades típicas de bancário e, portanto, relacionadas à área-fim do tomador, razão pela qual se afigura viável o reconhecimento do vínculo com o Banco. Com efeito, é incontroverso, nos autos, que o reclamante exercia a função de operador de telemarketing (atendente de call center), em prol do segundo reclamado - Banco BMG -, atuando no encaminhamento de pedidos de empréstimos pessoais de crédito direto ao consumidor, de pretendentes tomadores de crédito; no levantamento e cadastramento de dados relativos aos mesmos, pessoas físicas, dentre estas, servidores civis, militares, federais, estaduais, municipais e aposentados e pensionistas do INSS, para consignação em folha de pagamento; bem como na divulgação do cartão de crédito, a ser oferecido aos clientes possíveis tomadores de crédito ou de financiamento. Assim,

em face da diretriz contida na Súmula nº 331, I, do TST, deve ser mantido o acórdão proferido pela Egrégia Turma que reconheceu a ilicitude da terceirização de serviços e declarou o vínculo de emprego diretamente com o tomador. Incide, no feito, o disposto no artigo 894, II, parte final, da CLT, tendo em vista a consonância da decisão embargada com a Súmula nº 331, I, desta Corte, o que torna superada a divergência jurisprudencial colacionada. Recurso de embargos de que não se conhece” (TST-E-RR-1340-87.2012.5.03.0021, Rel. Min. Cláudio Mascarenhas Brandão, DEJT 18/03/16) .

Ou seja, aquilo que todos os demais ramos fazem ao contratar *call centers*, que é terceirizar o telemarketing de seus produtos e o recebimento de pedidos e reclamações dos clientes, passa a ser considerado como atividade-fim da empresa de telecomunicações, pelo simples fato de se usar o telefone, e da empresa bancária, por se estar ofertando produtos bancários.

A rigor, o que se percebe é a *resistência obstinada da Corte ao fenômeno da terceirização*, estendendo o mais que pode o conceito de atividade-fim, para impedir que se contratem empresas terceirizadas, o que, no ramo dos *call centers*, implicou no seu inferno astral. E isso só tem contribuído para ampliar a massa de desempregados e afastar o investimento estrangeiro gerador de empregos no Brasil, gerando-os, atualmente, em outros países vizinhos nesse segmento de serviços.

Tal resistência levou o STF a reconhecer a *repercussão geral* da questão nos *Temas 725* (Rel. Min. Luiz Fux, ARE 713211) e *739* (Rel. Min. Teori Zavascki, ARE 791932) da Tabela do Supremo Tribunal Federal, especialmente em face da *Súmula Vinculante nº 10 do STF*, que dispõe:

“Súmula Vinculante nº 10. Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de Tribunal que embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte” .

b) Conceito de Subordinação: Direta ou Estrutural

A *Súmula nº 331 do TST*, em seu inciso III, ao estabelecer a distinção entre *atividade-fim* e *atividade-meio* da empresa tomadora de serviços, para efeito de fixação da *licitude* ou *ilicitude* da terceirização de serviços, veio a *vedar absolutamente a terceirização de atividade-fim* e a *limitar a terceirização de atividade-meio*, mediante o estabelecimento de duas condições para que não haja desvirtuamento da terceirização: é possível a terceirização “*de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta*” (inciso III da *Súmula 331 do TST*).

Se a terceirização é de serviços, o que interessa para a empresa tomadora dos serviços é que estes sejam prestados, *não interessando por que empregados da empresa prestadora de serviços*. Isto significa que, se um empregado terceirizado falta ao serviço, outro deverá ser providenciado pela prestadora de serviços para cobrir o posto de trabalho. O que a *empresa tomadora de serviços não pode exigir* é que a prestadora de serviços *contrate este ou aquele trabalhador* e que seja *este ou aquele trabalhador específico que lhe preste os serviços*. Essa é a “*pessoalidade*” vedada pela *súmula*.

Mas essa não é a única condicionante da terceirização lícita de atividade-meio. Não pode haver *subordinação direta* de empregados da prestadora de serviços a prepostos da empresa tomadora de serviços. Ou seja, *o empregado da empresa terceirizada não pode receber ordens diretas de empregado preposto da empresa tomadora dos serviços*. Os empregados terceirizados estão subordinados a seus *supervisores* da empresa prestadora de serviços e é a empresa terceirizada como entidade produtiva que presta contas dos serviços a empresa tomadora dos serviços.

No entanto, em que pese a clareza do verbete sumulado, a 3ª Turma do TST introduziu conceito novo para impedir inclusive a terceirização de atividade-meio, como se fosse possível voltar ao modelo de *empresa vertical*, de todos os serviços

serem realizados pelos empregados da mesma empresa, da limpeza à direção, olvidando que a terceirização é um *fenômeno econômico irreversível e generalizado*, com as *empresas horizontalizadas* em sistema de *cadeia produtiva*. E tal conceito é o de *subordinação estrutural*, expresso no seguinte precedente da referida Turma:

“RECURSO DE REVISTA. PROCESSO SOB A ÉGIDE DA LEI 13.015/2014. 1) TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA. ATENDIMENTO A CLIENTES E OFERECIMENTO DE PRODUTOS. SUBORDINAÇÃO ESTRUTURAL. FORMAÇÃO DE VÍNCULO EMPREGATÍCIO DIRETO COM O TOMADOR DE SERVIÇOS. ENQUADRAMENTO COMO BANCÁRIO. 2) ENQUADRAMENTO SINDICAL. APLICAÇÃO DE INSTRUMENTOS NORMATIVOS. 3) JORNADA DE TRABALHO DE BANCÁRIO. HORAS EXTRAS. As situações-tipo de terceirização lícita estão, hoje, claramente assentadas pelo texto da Súmula 331/TST. Constituem quatro grupos de situações sóciojurídicas delimitadas: a) situações empresariais que autorizem contratação de trabalho temporário; b) atividades de vigilância regidas pela Lei 7.102/83; c) atividades de conservação e limpeza; d) serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que, nas três últimas situações-tipo, inexistam pessoalidade e subordinação direta entre trabalhador terceirizado e tomador de serviços. Destaca-se, ademais, que a subordinação jurídica, elemento cardinal da relação de emprego, pode se manifestar em qualquer das seguintes dimensões: a tradicional, de natureza subjetiva, por meio da intensidade de ordens do tomador de serviços sobre a pessoa física que os presta; a objetiva, pela correspondência dos serviços deste aos objetivos perseguidos pelo tomador (harmonização do trabalho do obreiro aos fins do empreendimento); a estrutural, mediante a integração do trabalhador à dinâmica organizativa e operacional do tomador de serviços, incorporando e se submetendo à sua cultura corporativa dominante. A hipótese dos autos, contudo, não se amolda às quatro situações-tipo de terceirização lícita assentadas pela Súmula 331/TST, pois a análise da prova evidencia que a Reclamante estava inserida no processo produtivo do Reclamado Banco Itaúcard S.A., na prestação dos serviços, dedicados essencialmente à atividade econômica do Banco. Portanto, con-

figurada a ilicitude do contrato de fornecimento de mão de obra, determina a ordem jurídica que se considere desfeito o vínculo laboral com o empregador aparente (entidade terceirizante), formando-se o vínculo justrabalhista do obreiro diretamente com o tomador de serviços (empregador oculto ou dissimulado). Recurso de revista conhecido e provido” (TST-RR-264-95.2013.5.05.0034, Rel. Min. Mauricio Godinho Delgado, 3ª Turma, DEJT 15/05/15).

O que significa *subordinação estrutural*? Significa uma subordinação que não é do empregado terceirizado a preposto da tomadora de serviços, como dita o verbete sumulado, mas *da empresa prestadora de serviços à empresa tomadora de serviços*. Ou seja, ampliou-se além do limite do razoável o conceito sumular de subordinação direta, para considerar que o simples fato de haver inserção no processo produtivo da tomadora dos serviços (fato ínsito ao próprio fenômeno da terceirização, que trata das cadeias produtivas) já configuraria a subordinação, considerada assim “estrutural”, isto é, *de empresa sobre empresa*.

Como se vê é mais um exemplo paradigmático do elasticidade de lei e de súmula, com o fito de melhor “proteger” o trabalhador, o que vai *travando a economia e gerando mais insegurança jurídica*, pois *nem o que a súmula dispõe é respeitado pelo próprio Tribunal que a editou*.

c) Responsabilidade Subsidiária da Administração

Outro aspecto da temática da terceirização que continua trazendo desassossego no meio jurídico, empresarial e estatal é o da *responsabilidade da administração pública em caso de terceirização ilícita*.

Num primeiro momento, o TST, em que pese a clareza solar do § 1º do art. 71 da Lei 8.666/93, afastou sua aplicação da seara trabalhista, *afirmando a responsabilidade subsidiária da administração pública* em caso de inadimplemento das verbas trabalhistas por parte de empresa prestadora de serviços.

O que diz a *lei de licitações* em relação à questão?

“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 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” (Lei 8.666/93).

O que disse o TST em sua *Súmula 331*, nesse primeiro momento, em 2000?

“Súmula nº 331 (...)

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a 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)” (Resolução 96/2000).

O TST, *sem declarar a inconstitucionalidade da lei, deixou de aplicá-la*, quando a mesma mencionava especificamente os encargos trabalhistas. Fê-lo em face da *teoria da responsabilidade objetiva* e em homenagem aos *princípios constitucionais da valorização e primado do trabalho humano e da proteção ao trabalhador* (CF, arts. 1º, IV, 170 e 193), tendo em vista que não se poderia admitir que a Administração Pública se beneficiasse do esforço produtivo do trabalhador e este acabasse sem nada receber, por conta da inadimplência da prestadora de serviços. Sem a mitigação de sua literalidade, o preceito em comento da Lei de Licitações apresentaria a *face mais perversa do fenômeno da terceirização*.

O STF, ao apreciar a questão na *Ação Declaratória de Constitucionalidade 16-DF*, reconheceu a *constitucionalidade e aplicabilidade do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93* na esfera trabalhista, em acórdão assim ementado:

“EMENTA: RESPONSABILIDADE CONTRATUAL. Subsidi-

ária. Contrato com a administração pública. Inadimplência negocial do outro contraente. Transferência consequente e automática dos seus encargos trabalhistas, fiscais e comerciais, resultantes da execução do contrato, à administração. Impossibilidade jurídica. Consequência proibida pelo art., 71, § 1º, da Lei federal nº 8.666/93. Constitucionalidade reconhecida dessa norma. Ação direta de constitucionalidade julgada, nesse sentido, procedente. Voto vencido. É constitucional a norma inscrita no art. 71, § 1º, da Lei federal nº 8.666, de 26 de junho de 1993, com a redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995” (ADC 16, Rel. Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, Dje de 09/09/11) .

Percebe-se que o STF concluiu pela *constitucionalidade do art. 71 da Lei 8.666/93*, no sentido de *afastar a responsabilidade trabalhista subsidiária objetiva* dos entes públicos nos casos de inadimplência das empresas prestadoras de serviços por eles contratadas, *mas reconheceu, nas discussões relativas ao julgamento*, nos casos de *verificação concreta de culpa* da entidade pública contratante, que se poderia *cogitar de responsabilização subsidiária*.

Da leitura do acórdão, extrai-se a discussão travada no STF em torno das *exceções à regra* da não responsabilização subsidiária, quando possa ter havido *culpa in vigilando ou in eligendo* da Administração Pública. Prevaleceu, então, a *matização da responsabilidade*, conforme a constatação, caso a caso, da culpa da Administração Pública, nos termos do voto do Relator, Min. Cezar Peluso, que assim se manifestou reiteradas vezes ao longo dos debates:

“[...] Considero a norma constitucional também, o que não impedirá que a Justiça do Trabalho continue reconhecendo a responsabilidade da Administração com base nos fatos da cada causa” (pág. 38).

“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 nesse 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” (pág. 40).

"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. [...] Não é a constitucionalidade dessa norma que vai impedir a Justiça do Trabalho de reconhecer a responsabilidade da Administração perante os fatos!" (págs. 42-43).

Outros membros do Pretório Excelso que se manifestaram expressamente no mesmo sentido foram:

Min. Gilmar Mendes, verbis:

"É bem verdade que os pontos que têm sido suscitados pelo TST fazem todo o sentido e talvez exijam dos órgãos de controle, seja TCU, seja Tribunal de Contas do Estado, aqueles responsáveis pelas contas do município, que haja realmente a fiscalização, porque realmente o pior dos mundos pode ocorrer para o empregado que prestou o serviço, a empresa recebeu da Administração mas não cumpriu os deveres elementares. Então, essa questão continua posta e foi o que o TST, de alguma forma, tentou explicitar ao não declarar a inconstitucionalidade da lei e resgatar a ideia da súmula, para que haja essa culpa in vigilando, fundamental. [...] De modo que haja talvez até uma exigência de demonstração de que se fez o pagamento, o cumprimento pelo menos das verbas elementares: pagamento de salário, recolhimento da previdência social e do FGTS" (pág. 45) .

Min. Ricardo Lewandowski, verbis:

"Na verdade, eu tenho acompanhado esse entendimento do Ministro Cezar Peluso, no sentido de considerar a matéria inconstitucional, porque, realmente, ela é decidida sempre em um caso concreto, se há culpa ou não [...]" (pág. 44) .

Em face dessa orientação do STF é que o TST, revendo sua Súmula 331, admitiu apenas excepcionalmente a responsabilidade subsidiária da entidade pública, no caso de ficar evidenciada a culpa "in vigilando" do tomador dos serviços. Ou seja, não com base em presunção ou responsabilidade objetiva. É o que consta do novo inciso V do referido verbete sumulado, "verbis":

"Súmula nº 331. (...)

V – Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei nº 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada” .

Após o julgamento da ADC 16, o Supremo Tribunal Federal tem recebido diversas *reclamações constitucionais*, que questionam a condenação subsidiária de ente público, mesmo após a declaração de constitucionalidade do art. 71 da Lei 8.666/93, quando *não há registro de culpa*, esta é *presumida* ou houve *inversão do ônus da prova*. São exemplos disso os seguintes precedentes:

“EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NA RECLAMAÇÃO. AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE N. 16. ART. 71, § 6º, DA LEI N. 8.666/1993. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. AUSÊNCIA DE ELEMENTO PROBATÓRIO CAPAZ DE DEMONSTRAR OMISSÃO DE AGENTES PÚBLICOS. PRESUNÇÃO DA CULPA DA ADMINISTRAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. 1. A responsabilidade subsidiária da Administração Pública por encargos trabalhistas somente tem lugar quando há prova taxativa do nexo de causalidade entre a conduta de agentes públicos e o dano sofrido pelo trabalhador. 2. O inadimplemento de verbas trabalhistas devidas aos empregados da empresa contratada por licitação não transfere para o ente público a responsabilidade por seu pagamento. Não se pode atribuir responsabilidade por mera presunção de culpa da Administração. 3. Agravo regimental ao qual se nega provimento” (Rcl 16671 AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia, 2ª Turma, DJe 03/08/15) .

“EMENTA. AGRAVO REGIMENTAL EM RECLAMAÇÃO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ADC Nº 16/DF. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO ELEMENTO SUBJETIVO DO ATO ILÍCITO IMPUTÁVEL AO PODER PÚBLICO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. A inversão do ônus da prova a fim

de se admitir a veracidade dos fatos alegados pelo trabalhador e se responsabilizar a empregadora direta pelas verbas trabalhistas pleiteadas são consequências processuais que não podem ser transferidas, ainda que subsidiariamente, ao Poder Público, cuja responsabilidade deve estar demonstrada e delimitada pelas circunstâncias do caso concreto. 2. Ausência de comprovação do elemento subjetivo do ato ilícito imputável ao Poder Público. 3. Agravo regimental não provido” (STF-Rcl 15003-PR, Rel. Min. Dias Tóffoli, Tribunal Pleno, DJe 06/06/14) .

Como se percebe, mesmo após o julgamento da ADC 16-DF pelo STF, a insistência do TST em manter a responsabilidade subsidiária da administração pública, elastecendo o conceito de culpa evidenciada acabou levando o STF a reincluir na pauta de discussão da Corte a questão, sob o rótulo do *Tema 246* da Tabela de Temas de Repercussão Geral, o que pode ocasionar inclusive a revisão da exceção culposa, já que a lei não abre exceções.

6) Equiparação Salarial em Cadeia

O instituto da *equiparação salarial* decorre do princípio da *isonomia* inscrito nos arts. 5º, I, e 7º, XXX e XXI, da *Constituição Federal*, que dispõem:

“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:

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição” .

“Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:
(...)

XXX - proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil;

XXXI - proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de defici-

ência” .

Dando maior densidade a tais comandos constitucionais de caráter principiológico, o art. 461 da CLT veio a estabelecer as condições para que o princípio da isonomia pudesse ser cobrado em matéria salarial, estando redigido da seguinte forma:

“Art. 461 - Sendo idêntica a função, a todo trabalho de igual valor, prestado ao mesmo empregador, na mesma localidade, corresponderá igual salário, sem distinção de sexo, nacionalidade ou idade.

§ 1º - Trabalho de igual valor, para os fins deste Capítulo, será o que for feito com igual produtividade e com a mesma perfeição técnica, entre pessoas cuja diferença de tempo de serviço não for superior a 2 (dois) anos.

§ 2º - Os dispositivos deste artigo não prevalecerão quando o empregador tiver pessoal organizado em quadro de carreira, hipótese em que as promoções deverão obedecer aos critérios de antiguidade e merecimento.

§ 3º - No caso do parágrafo anterior, as promoções deverão ser feitas alternadamente por merecimento e por antiguidade, dentro de cada categoria profissional.

§ 4º - O trabalhador readaptado em nova função por motivo de deficiência física ou mental atestada pelo órgão competente da Previdência Social não servirá de paradigma para fins de equiparação salarial” .

Como se vê, são cinco as condições para o deferimento de qualquer pleito de equiparação salarial:

- a) identidade de funções;
- b) trabalho de igual valor, com mesma produtividade e perfeição técnica;
- c) identidade de empregador;
- d) identidade de local de trabalho;
- e) diferença de tempo de serviço não superior a 2 anos.

Em que pese a última condição ser de suma relevância,

no sentido de *valorizar o tempo de serviço* como critério de majoração salarial, o TST acabou fazendo *letra morta da parte final do § 1º do art. 461 da CLT*, ao aprovar nova redação ao *item VI da Súmula nº 6*, de seguinte teor:

Súmula 6. EQUIPARAÇÃO SALARIAL. ART. 461 DA CLT (redação do item VI alterada) – Res. 198/2015, republicada em razão de erro material – DEJT divulgado em 12, 15 e 16.06.2015

(...)

VI - Presentes os pressupostos do art. 461 da CLT, é irrelevante a circunstância de que o desnível salarial tenha origem em decisão judicial que beneficiou o paradigma, exceto: a) se decorrente de vantagem pessoal ou de tese jurídica superada pela jurisprudência de Corte Superior; b) na hipótese de equiparação salarial em cadeia, suscitada em defesa, se o empregador produzir prova do alegado fato modificativo, impeditivo ou extintivo do direito à equiparação salarial em relação ao paradigma remoto, considerada irrelevante, para esse efeito, a existência de diferença de tempo de serviço na função superior a dois anos entre o reclamante e os empregados paradigmas componentes da cadeia equiparatória, à exceção do paradigma imediato .

Trocando em miúdos, o problema começa pela descon sideração do fato de se utilizar paradigma que recebe salário maior com base em decisão judicial. Se o reclamante deseja receber salário similar, que entre com processo postulando o direito recebido pelo colega. Do contrário, *eventual erro judiciário* em relação a apenas um empregado da empresa pode ter um *efeito cascata* que provoca *majoração geral de salários num determinado setor*, inclusive quando, desconsiderado o critério temporal, todos procurem demonstrar que preenchem os demais critérios em relação ao paradigma remoto.

Além desse problema, a equiparação salarial em cadeia provoca a *absoluta distorção na estrutura remuneratória da empresa*, desvalorizando o tempo de serviço como critério de majoração salarial, já que basta ao empregado provar que exerce a mesma função na mesma empresa e localidade que seu

colega mais próximo, para passar a receber o mesmo salário do paradigma remoto, que poderia ter 10 anos de casa, mas com o qual um de 8 anos se equiparou, e que, por sua vez serviu de paradigma para um de 6, e outro de 4, e outro de 2, até chegar ao que acabou de entrar na empresa. Numa dessas ações de equiparação em cadeia, *o trabalhador recém-ingresso passaria a ter seu salário alçado ao mesmo recebido por aquele que já tem 10 anos de casa*, o que sequer é justo, para não referir o impacto financeiro e econômico que traz à empresa.

7) Indenização pela Lavagem de Uniforme

A SDI-1 do TST passou a onerar, sem base legal específica, o empregador com as *despesas que o empregado tenha na lavagem semanal de sua roupa*, se exigido o uso de uniforme pela empresa, sendo exemplo o seguinte julgado:

“LAVAGEM E HIGIENIZAÇÃO DE UNIFORMES DE USO OBRIGATÓRIO. RESSARCIMENTO DE DESPESAS. INDÚSTRIA DE LATICÍNIOS 1. À semelhança do que se dá em relação à conservação e à manutenção de equipamentos e outros acessórios fornecidos aos empregados e utilizados no local de trabalho (artigo 458, § 2º, I, da CLT), as despesas inerentes à lavagem e higienização dos uniformes de uso obrigatório constituem ônus do empregador, em caso em que, por imposição da natureza do serviço, a utilização compulsória e o necessário asseio atendem primariamente aos interesses da empresa, indústria de laticínios. 2. Embargos das Reclamadas de que se conhece, por divergência jurisprudencial, e a que se nega provimento” (E-RR - 12-47.2012.5.04.0522, Redator Min. João Oreste Dalazen, DEJT 03/11/2015).

Não havendo norma legal específica impondo a obrigação, a Corte desenvolveu *construção jurisprudencial* a partir de *dispositivo que trata da exclusão da natureza salarial de vantagens como uniformes* fornecidos pela empresa (CLT, art. 458, § 2º, I, da CLT). Ora, se se tratasse da obrigatoriedade da higienização, por parte do empregado, de uniformes usados em frigorífico, sujos de sangue, gordura ou vísceras do animal, a

exigir técnicas e produtos especiais para lavagem, separadamente das roupas de uso comum, poder-se-ia entender razoável e justa a indenização. Mas em se tratando de uniformes de trabalho em indústria de laticínios, bem como de outros segmentos ligados à indústria ou ao comércio, em que a lavagem dos uniformes se faz junto com as roupas de uso cotidiano do trabalhador, como norma de asseio e higiene pessoal, a imposição não se mostra nem razoável nem justa.

Bem andou o *TRT da 4ª Região*, que assim dispôs em sua *Súmula 98*:

“Súmula nº 98 do 4º TRT. LAVAGEM DO UNIFORME. INDENIZAÇÃO.

O empregado faz jus à indenização correspondente aos gastos realizados com a lavagem do uniforme quando esta necessitar de produtos ou procedimentos diferenciados em relação às roupas de uso comum” .

Observando o impacto financeiro na folha de pagamento, no caso do TST, o trabalhador recebeu, a título de indenização, o valor mensal de R\$30,00, pela lavagem de uniformes, o que, levando-se em conta o período imprescrito, deu-lhe um plus indenizatório de R\$7.800,00. Sendo seu salário de R\$900,00, ter-se-á *onerado a folha de pagamentos*, por jurisprudência, sem base legal específica, em 3%.

8) Pagamento em Dobro das Férias Fracionadas Irregularmente

Outro exemplo de *aplicação de dispositivo da CLT para hipótese nele não prevista*, ampliando direitos trabalhistas e com caráter de penalidade é o do *fracionamento irregular de férias*.

O *art. 134, § 1º da CLT* dispõe que:

“Art. 134. As férias serão concedidas por ato do empregador, em um só período, nos 12 (doze) meses subseqüentes à data em que o empregado tiver adquirido o direito.

§ 1º. Somente em casos excepcionais serão as férias concedi-

das em 2 (dois) períodos, um dos quais não poderá ser inferior a 10 (dez) dias corridos” .

Para casos de fracionamento em dois períodos, mas em que *um deles é inferior a 10 dias*, ainda que concedidos no período concessivo, o TST tem mandado *pagar integralmente as férias em dobro, como se não houvessem sido concedidas*, “*verbis*”:

“*RECURSO DE REVISTA. (...) FÉRIAS. FRACIONAMENTO. PERÍODOS INFERIORES A DEZ DIAS. PAGAMENTO EM DOBRO. Nos termos do art. 134, § 1º, da CLT, as férias serão concedidas em um único período, sendo que seu parcelamento pode ser determinado em casos excepcionais, desde que limitado a dois períodos, um dos quais não poderá ser inferior a 10 dias corridos. Dessa forma, o parcelamento irregular das férias, com um dos períodos inferior a 10 dias, por frustrar o objetivo da lei, quanto à necessidade de o trabalhador repor suas energias após longo período de labor, equivale à não concessão e enseja o seu pagamento em dobro. Assim, o TRT, ao limitar a condenação ao pagamento das férias de forma simples, para que se complete a dobra legal, violou o art. 137 da CLT. Recurso de revista a que se dá provimento” (TST-RR-866-15.2011.5.09.0012, Rel. Min. Kátia Magalhães Arruda, 6ª Turma, DEJT 28/08/15).*

Ora, o *art. 137 da CLT*, tido por violado, apenas dispõe que:

“*Art. 137. Sempre que as férias forem concedidas após o prazo de que trata o art. 134, o empregador pagará em dobro a respectiva remuneração” .*

Seria razoável a punição do empregador pelo fracionamento irregular das férias com o seu pagamento integral em dobro? Sim. Mas isto caberia ao legislador disciplinar. Aqui se percebe claramente *atividade legiferante do Judiciário*, em ativismo judicial ampliativo de norma cuja literalidade não abrange a pena imposta.

No mesmo sentido seguem outros precedentes do TST: TST-RR-1989-39.2010.5.09.0091, Rel. Min. *Delaíde Miranda Arantes*, DEJT 07/08/15; TST-AIRR-1710-30.2010.5.09.0325, Rel. Min. *Maria Helena Mallmann*, DEJT 04/09/2015.

O viés superlativamente protecionista das decisões se reflete na própria exegese sistemática do art. 134, § 1º, em comparação com o art. 139, § 1º, da CLT, que dispõe:

“Art. 139. Poderão ser concedidas férias coletivas a todos os empregados de uma empresa ou de determinados estabelecimentos ou setores da empresa.

§ 1º As férias poderão ser gozadas em 2 (dois) períodos anuais desde que nenhum deles seja inferior a 10 (dez) dias corridos”

Pois bem, no § 1º do art. 134 da CLT, para *férias individuais*, o legislador não permite que *um dos períodos* seja inferior a 10 dias; já para as *férias coletivas*, o mesmo legislador estabelece que *nenhum deles* seja inferior aos 10 dias.

Portanto, *duas interpretações* poderiam ser adotadas, uma delas permitindo o fracionamento *de um dos dois períodos em menos de 10 dias* para as férias individuais. Essa exegese seria tanto literal quanto sistêmica, ainda que mostrasse a falha redacional do art. 134 em relação ao art. 139. No entanto, a que se adotou foi a de equiparar um preceito ao outro e ainda *aplicar preceito punitivo em caráter ampliativo*, ambas as exegeses em detrimento da literalidade dos preceitos, mas especialmente a segunda, já que a primeira estaria dentro da razoabilidade.

9) Cumulação dos Adicionais de Insalubridade e Periculosidade

A CLT é clara ao dispor que:

“Art. 193. 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 o contato permanente com inflamáveis ou explosivos em condições de risco acentuado.

§ 1º - 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.

§ 2º - O empregado poderá optar pelo adicional de insalubri-

dade que porventura lhe seja devido”.

O referido artigo teve sua *redação atual* fixada pela *Lei nº 6.514/77*.

Em que pese a literalidade do preceito, que determina a *opção entre os adicionais de periculosidade e insalubridade*, no caso de ambos serem devidos ao trabalhador, o TST, recentemente, tem adotado, por algumas de suas Turmas, a exegese de que é possível a *cumulação de ambos os adicionais*, assim fundamentando a exigência do duplo pagamento:

“RECURSO DE REVISTA DA RECLAMADA - CUMULAÇÃO DO ADICIONAL DE INSALUBRIDADE E DO ADICIONAL DE PERICULOSIDADE - POSSIBILIDADE - PREVALÊNCIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS E SUPRALEGAIS SOBRE A CLT - JURISPRUDÊNCIA DO STF - OBSERVÂNCIA DAS CONVENÇÕES NºS 148 E 155 DA OIT. No julgamento do RR-1072-72.2011.5.02.0384, de relatoria do Min. Cláudio Mascarenhas Brandão, esta Turma julgadora firmou entendimento de que a norma contida no art. 193, § 2º, da CLT não foi recepcionada pela Constituição Federal, que, em seu art. 7º, XXIII, garantiu o direito dos trabalhadores ao recebimento dos adicionais de insalubridade e de periculosidade, sem ressalva acerca da cumulação. A possibilidade de recebimento cumulado dos mencionados adicionais se justifica em face de os fatos geradores dos direitos serem diversos. No caso, a Corte a quo manteve a sentença que deferira o pedido de pagamento do adicional de insalubridade em grau máximo decorrente dos ruídos excessivos presentes no ambiente de trabalho e do adicional de periculosidade em face da prestação de labor em condições similares àquelas do sistema elétrico de potência. A inclusão no sistema jurídico interno das Convenções Internacionais nºs 148 e 155, com a qualidade de normas materialmente constitucionais ou supralegais, como decidido pelo STF, determina a atualização contínua da legislação acerca das condições nocivas de labor e a consideração dos riscos para a saúde do trabalhador oriundos da exposição simultânea a várias substâncias insalubres e agentes perigosos. Assim, não se aplica mais a mencionada norma da CLT, afigurando-se acertado o entendimento adotado pela Corte a quo que manteve a condenação ao pagamento cumulado dos adicionais de insalubridade e de pericu-

losidade. Recurso de revista conhecido e desprovido” (TST-RR-1993-27.2012.5.08.0126, Rel. Min. Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, 7ª Turma, DEJT 04/09/2015).

Surpreende verificar que apenas *após 28 anos da promulgação da Constituição Federal de 1988* se venha a falar da *não recepção do § 2º do art. 193 da CLT*, em face do *art. 7º, XXIII*, que assim dispõe:

“*Art. 7º. (...)*

XXIII - adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei” .

E mais. O dispositivo constitucional determina que o adicional, *no singular*, seja pago “*na forma da lei*”, e esta, como visto, estabelece a *não cumulatividade*, mediante opção por um deles, se preencher as condições de ambos. Onde está, pois, o conflito entre a lei e a norma constitucional?

Invocam-se, então, as *Convenções 148 e 155 da OIT* como subsídio para a exegese das normas constitucional e celestista à sua luz. Ora, a par de nenhuma delas enfrentar a questão da cumulatividade de remuneração de diferentes agentes prejudiciais à saúde ou de risco, uma vez que estabelecem *diretrizes genéricas sobre segurança e saúde* dos trabalhadores, tem-se, outrossim, que foram *editadas antes da Constituição de 1988* (1976 e 1981, respectivamente), não implicando um novo olhar ao art. 7, XIII, da Carta Magna a recomendar seja expelido do sistema o § 2º do art. 193 da CF.

Não é demais lembrar que a *Convenção 148*, que dispõe sobre “*Proteção dos Trabalhadores Contra os Riscos Profissionais Devidos à Contaminação do Ar, ao Ruído e às Vibrações no Local de Trabalho*”, foi *ratificada* pelo Brasil em 1986, antes, portanto, da Constituição de 1988. E a *Convenção 155*, que dispõe sobre “*Segurança e Saúde dos Trabalhadores e o Meio Ambiente de Trabalho*”, foi *ratificada* em 1992, ou seja, *há 24 anos atrás*. Não é possível que uma convenção de caráter genérico, sem qualquer comando específico sobre a questão, possa ser lembrada apenas 24 anos depois para exigir

a desconsideração da lei e da própria literalidade da norma constitucional que lhe dá respaldo.

Como se pode observar, é mais um caso de típico *voluntarismo jurídico*, em que a vontade do juiz se manifesta no sentido de ampliar o rol de direitos do trabalhador e *qualquer discurso* é bom o suficiente para respaldar o *ativismo judiciário*. E com *significativo impacto econômico*, uma vez que o trabalhador que teria o limite *adicional de 40% sobre seu salário*, passa a poder receber um *adicional remuneratório de 70%*, 40% calculados sobre o salário mínimo (CLT, art. 192) e 30% calculados sobre o salário básico do empregado (CLT, art. 193, § 1º). É substancial a mudança legislativa realizada pela via judicial!

10) Prescrição aplicável às Hipóteses de Alteração Contratual

Desde 1989, com o cancelamento das Súmulas 168 e 198, foi disciplinada a questão da *prescrição aplicável às hipóteses de alteração contratual* pela *Súmula 294 do TST*, assim redigida:

“Súmula 294. PRESCRIÇÃO. ALTERAÇÃO CONTRATUAL. TRABALHADOR URBANO.

Tratando-se de ação que envolva pedido de prestações sucessivas decorrente de alteração do pactuado, a prescrição é total, exceto quando o direito à parcela esteja também assegurado por preceito de lei”.

A *evolução jurisprudencial*, nessa matéria teve os seguintes passos:

a) em que pese a disciplina da prescrição trabalhista ter sua sede no *art. 11 da CLT*, este tratava genericamente do marco prescricional, mencionando, em sua redação original (1943), *2 anos da infringência de preceito consolidado*, razão pela qual se lançou mão do *art. 178, § 10, “in fine”, do CC de 1916*, para se estabelecer o princípio de que, em se tratando de *prestações periódicas*, a prescrição dizia respeito a cada uma delas,

introduzindo-se, desse modo, a ideia de *prescrição parcial* com a *Súmula 168 do TST*, editada em 1982, com a seguinte redação (das leis e da súmula):

“Art. 11. Não havendo disposição especial em contrário nesta Consolidação, prescreve em dois anos o direito de pleitear a reparação de qualquer ato infringente de dispositivo nela contido” (CLT, redação original de 1943) .

“Art. 178. Prescreve:

(...)

§ 10. Em cinco anos:

(...)

Os prazos dos números anteriores serão contados do dia em que cada prestação, juro, aluguel ou salário for exigível” (CC de 1916) .

“Súmula 168. PRESCRIÇÃO. PRESTAÇÕES PERIÓDICAS. CONTAGEM.

Na lesão de direito que atinja prestações periódicas, de qualquer natureza, devidas ao empregado, a prescrição é sempre parcial e se conta do vencimento de cada uma delas e não do direito do qual se origina (ex-Prejulgado n° 48)” .

b) A regra, sob a égide da Súmula 168 do TST, era a da *prescrição parcial*, uma vez que, praticamente, todos os direitos trabalhistas têm sua dimensão de prestações periódicas pelo trabalho realizado, o que ensejava grande insegurança jurídica, incompatível com o instituto da prescrição; daí a revisão do referido verbete sumulado pela *Súmula 198 do TST* , editada em 1985, excepcionando as lesões que decorressem de *ato único do empregador*, ou seja, um reenquadramento, uma alteração contratual, uma transferência de local de trabalho, etc, ensejariam a *prescrição total* como exceção, ficando assim redigida a nova súmula:

“Súmula 198. PRESCRIÇÃO.

Na lesão de direito individual que atinja prestações periódicas devidas ao empregado, à exceção da que decorre de ato único do empregador, a prescrição é sempre parcial e se conta do vencimento de cada uma dessas prestações, e não da lesão do direito” .

c) A *Constituição Federal de 1988* veio a introduzir

disciplina prescricional diversa na seara trabalhista, introduzindo *duplo marco prescricional*, sendo de 5 anos da lesão e 2 anos da extinção do contrato de trabalho (art. 7º, XXIX, unificando-se posteriormente em relação a trabalhadores urbanos e rurais pela EC 28/00); com isso, finalmente (e aparentemente), se pacificou a jurisprudência do TST, pela edição da *Súmula 294 em 1989*, fixando a *regra da prescrição total* nas alterações contratuais e a exceção para os casos em que a *parcela estivesse assegurada por lei*, com a redação já estampada acima.

A referida súmula sobreviveu à revisão da “Semana do TST” de 2003 e sequer foi cogitada sua rediscussão nas subsequentes semanas de revisão de jurisprudência de 2011 e 2012.

Os precedentes da referida súmula (elencados na publicação do verbete, como seu fundamento) apontavam para as *razões da diferença de disciplina prescricional* nos casos de alteração contratual e descumprimento de lei:

- a) na *pretensa alteração contratual* que, na verdade, *descumpre preceito de lei*, o *direito à parcela é indiscutível*, daí que a lesão se renove a cada prestação devida, na esteira do atual art. 206, § 2º, do CC de 2002 (“*Art. 206. Prescreve: (...) § 2o Em dois anos, a pretensão para haver prestações alimentares, a partir da data em que se vencerem*”);
- b) no caso de *alteração contratual típica*, quanto às condições do contrato livremente estipuladas pelas partes, o *direito é discutível*, dependendo de prova de sua existência (ou seja, do que dispunha o regulamento da empresa, as normas convencionais e o contrato de trabalho), razão pela qual a segurança jurídica impõe a *prescrição total*, de modo a se-pultar pendências que ficariam abertas indefinidamente.

Não obstante a clareza redacional da súmula e de seus precedentes, *corrente revisionista* tem se manifestado reiteradamente, para, *mesmo com a redação vigente* da súmula, *mutar a regra para a prescrição parcial*, inclusive em casos típi-

cos de alteração contratual, sendo exemplos dessa nova visão, de viés notoriamente protecionista em detrimento da segurança jurídica, os seguintes precedentes:

“(...) PRESCRIÇÃO. GRATIFICAÇÃO DE FUNÇÃO. PREVISÃO EXPRESSA NA CARTEIRA DE TRABALHO. INCORPORAÇÃO AO PATRIMÔNIO JURÍDICO DO EMPREGADO. DESCUMPRIMENTO DE CLÁUSULA CONTRATUAL. INAPLICABILIDADE DA SÚMULA Nº 294 DO TST. O debate, no caso, está adstrito à prescrição aplicável à pretensão de diferenças salariais decorrentes da supressão de gratificação de função. Na hipótese ora em exame, a reclamante pleiteou o pagamento de diferenças salariais decorrentes da supressão de gratificação de função, paga a partir de dezembro de 1989, a qual foi expressamente registrada em sua carteira de trabalho, e suprimida em junho de 1990 pela reclamada. De fato, essa parcela prevista contratualmente, por força do artigo 468 da CLT, incorporou-se ao patrimônio jurídico da reclamante, e sua inobservância constitui descumprimento de cláusula contratual, e não alteração do contrato de trabalho, razão pela qual não se aplica, neste caso, a Súmula nº 294 do TST, que trata especificamente da prescrição incidente às pretensões sucessivas decorrentes de alteração do pactuado. Assim, tem-se que, à pretensão ora em exame, aplica-se a prescrição parcial, tendo em vista que a lesão ao direito da reclamante renova-se a cada mês em que a gratificação de função deixa de ser paga à empregada. Ademais, ainda que se entenda que a supressão da gratificação de função não constitui descumprimento de cláusula contratual, mas alteração do pactuado a atrair a incidência da Súmula nº 294 do TST, a conclusão é de que a prescrição também seria parcial. Com efeito, o pleito ora em exame encontra-se fundamentado na ofensa ao princípio da inalterabilidade contratual lesiva, previsto no artigo 468 da CLT e ao direito adquirido, pois, para se julgar procedente ou não esta ação, faz-se necessário avaliar se a gratificação de função, expressamente registrada na carteira de trabalho, teria se incorporado ao seu patrimônio jurídico, não podendo ser atingida por posterior alteração decorrente de ato unilateral da reclamada. Além disso, está claro, nesta hipótese, que a lesão ao direito da reclamante se repete mês a mês, pois recebeu seu salário sem o acréscimo correspondente à parcela em

questão. Diante disso, aplica-se a prescrição parcial, nos exatos termos da parte final da Súmula nº 294 do TST. Embargos conhecidos e desprovidos” (E-ED-RR - 54100-25.2005.5.09.0010, Rel. Min. José Roberto Freire Pimenta, DEJT 12/12/14).

“**PRESCRIÇÃO. "ANUÊNIOS" E "QUINQUÊNIOS". "CONGELAMENTO" DOS VALORES PAGOS. SÚMULA Nº 294 DO TST 1.** Presentemente, a maioria da SbdI-1 do TST posiciona-se no sentido de que a parcela paga a título de adicional por tempo de serviços ("quinquênios" ou "anuênios"), prevista em norma regulamentar empresarial ou acordo ou convenção coletiva de trabalho, incorporou-se aos contratos de trabalho, uma vez paga por vários anos, com habitualidade. O "congelamento" dos valores remunerados a tal título, mediante alteração contratual unilateral, acarretou redução salarial, vedada por norma constitucional expressa (artigo 7º, inciso VI, Constituição Federal). Caracterização de lesões de trato sucessivo ao patrimônio dos empregados, a atrair a incidência da prescrição parcial, à luz da diretriz sufragada na parte final da Súmula nº 294 do TST. (Precedente: EEDRR-204000-47.2007.5.09.0678, Redator Designado Min. Lelio Bentes Corrêa, julgado em 24/9/2015). Ressalva de entendimento pessoal em sentido contrário. 2. Embargos da Reclamante de que se conhece, por contrariedade à Súmula nº 294 do TST, e a que se dá provimento” (E-RR - 40-97.2013.5.15.0061 , Rel. Min. João Oreste Dalazen, DEJT 30/09/16).

Verifica-se, em ambos os exemplos, que a hipótese era típica de alteração contratual, que as parcelas discutidas – anuênio e gratificação de função – não têm base legal, mas apenas contratual. No entanto, para abrir a exceção, invocaram-se princípios constitucionais e legais trabalhistas para dizer que haveria base legal para a prescrição parcial (“*in casu*”, os arts. 7º, VI, da CF e 458 da CLT, ambos genéricos e principiológicos).

Seria o caso de uma revisão da própria Súmula 294 do TST, uma vez que semanalmente seu texto é violentado na SDI-1, aplicando-se a exceção como regra, mas para casos típicos de alteração contratual.

III) A JURISPRUDÊNCIA ENRIGECEDORA DA LEGISLAÇÃO TRABALHISTA: FLEXIBILIZAÇÃO SOB TUTELA SINDICAL

Recentemente, ao realizarmos na cidade do Rio de Janeiro o *Seminário Comemorativo dos 75 anos da Justiça do Trabalho e dos 70 anos do Tribunal Superior do Trabalho*, em colaboração com a Fundação Getúlio Vargas e o Instituto Brasileiro de Direito Público, além dos apoios do TRT da 1ª Região e da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho, pudemos ouvir a *interpretação autêntica*, por parte dos Ministros *Luiz Roberto Barroso* e *Gilmar Mendes*, do precedente do Supremo Tribunal Federal que passou a nortear as questões relativas à *validade de cláusulas de convenções e acordos coletivos que flexibilizem direitos trabalhistas*.

O que impressionou da fala de ambos os palestrantes foi o fato de frisarem que a *ratio decidendi* do precedente STF-RE 590.415-SC (Rel. Min. *Roberto Barroso*, julgado em 30/04/15), era a de se *respeitar a autonomia negocial coletiva*, nos termos do art. 7º, VI, XIII, XIV e XXVI, da CF, nas ações anulatórias de cláusulas de ACT/CCTs, nos termos do precedente, relido em parte de sua ementa pelo próprio relator, “*verbis*”:

“DIREITO DO TRABALHO. ACORDO COLETIVO. PLANO DE DISPENSA INCENTIVADA. VALIDADE E EFEITOS. (...)

3. No âmbito do direito coletivo do trabalho não se verifica a mesma situação de assimetria de poder presente nas relações individuais de trabalho. Como consequência, a autonomia coletiva da vontade não se encontra sujeita aos mesmos limites que a autonomia individual. 4. A Constituição de 1988, em seu artigo 7º, XXVI, prestigiou a autonomia coletiva da vontade e a autocomposição dos conflitos trabalhistas, acompanhando a tendência mundial ao crescente reconhecimento

dos mecanismos de negociação coletiva, retratada na Convenção n. 98/1949 e na Convenção n. 154/1981 da Organização Internacional do Trabalho. O reconhecimento dos acordos e convenções coletivas permite que os trabalhadores contribuam para a formulação das normas que regerão a sua própria vida (...)”.

Com efeito, o STF, exercendo o *controle de constitucionalidade* das decisões judiciais da Justiça do Trabalho, veio a traçar *limites menos restritivos à autonomia negocial coletiva*, ao considerar válida cláusula que admitia quitação geral de passivo trabalhista por adesão a Plano de Desligamento Voluntário promovido por Banco, mediante acordo coletivo de trabalho, com fundamentação que expõe os problemas de uma visão restritiva da negociação coletiva:

“VI. A RELAÇÃO ENTRE NEGOCIAÇÃO COLETIVA E DEMOCRACIA: A MAIORIDADE CÍVICA DO TRABALHADOR

26. A negociação coletiva é uma forma de superação de conflito que desempenha função política e social de grande relevância. De fato, ao incentivar o diálogo, ela tem uma atuação terapêutica sobre o conflito entre capital e trabalho e possibilita que as próprias categorias econômicas e profissionais disponham sobre as regras às quais se submeterão, garantindo aos empregados um sentimento de valor e de participação. É importante como experiência de autogoverno, como processo de autocompreensão e como exercício da habilidade e do poder de influenciar a vida no trabalho e fora do trabalho. É, portanto, um mecanismo de consolidação da democracia e de consecução autônoma da paz social.

27. O reverso também parece ser procedente. A concepção paternalista que recusa à categoria dos trabalhadores a possibilidade de tomar as suas próprias decisões, de aprender com seus próprios erros, contribui para a permanente atrofia de suas capacidades cívicas e, por consequência, para a exclusão de parcela considerável da população do debate público. (...)

28. Nessa linha, não deve ser vista com bons olhos a sistemática invalidação dos acordos coletivos de trabalho com base em uma lógica de limitação da autonomia da vontade exclusivamente aplicável às relações individuais de trabalho.

Tal ingerência viola os diversos dispositivos constitucionais que prestigiam as negociações coletivas como instrumento de solução de conflitos coletivos, além de recusar aos empregados a possibilidade de participarem da formulação de normas que regulam as suas próprias vidas. Trata-se de postura que, de certa forma, compromete o direito de serem tratados como cidadãos livres e iguais.

29. Além disso, o voluntário cumprimento dos acordos coletivos e, sobretudo, a atuação das partes com lealdade e transparência em sua interpretação e execução são fundamentais para a preservação de um ambiente de confiança essencial ao diálogo e à negociação. O reiterado descumprimento dos acordos provoca seu descrédito como instrumento de solução de conflitos coletivos e faz com que a perspectiva do descumprimento seja incluída na avaliação dos custos e dos benefícios de se optar por essa forma de solução de conflito, podendo conduzir à sua não utilização ou à sua oneração, em prejuízo dos próprios trabalhadores.

(...)

48. Não socorre a causa dos trabalhadores a afirmação, constante do acórdão do TST que uniformizou o entendimento sobre a matéria, de que “o empregado merece proteção, inclusive, contra a sua própria necessidade ou ganância”. Não se pode tratar como absolutamente incapaz e inimputável para a vida civil toda uma categoria profissional, em detrimento do explícito reconhecimento constitucional de sua autonomia coletiva (art. 7º, XXVI, CF). As normas paternalistas, que podem ter seu valor no âmbito do direito individual, são as mesmas que atrofiam a capacidade participativa do trabalhador no âmbito coletivo e que amesquinham a sua contribuição para a solução dos problemas que o afligem. É através do respeito aos acordos negociados coletivamente que os trabalhadores poderão compreender e aperfeiçoar a sua capacidade de mobilização e de conquista, inclusive de forma a defender a plena liberdade sindical. Para isso é preciso, antes de tudo, respeitar a sua voz”.

O mais significativo na exposição do Min. Barroso no referido Seminário carioca foi o fato de afirmar que não defendia tal posicionamento por se ter tornado conservador ou reacionário, mas por acreditar que se tratava da *melhor forma de*

proteger o trabalhador, assegurando-lhe autonomia negocial, sob tutela sindical, e não sob a contínua tutela estatal, seja legislativa ou judicial.

No entanto, o que mais impressiona na orientação atual da jurisprudência trabalhista, ainda refratária ao referido precedente e à sua *ratio decidendi*, é o fato de se fazer letra morta do art. 7º, VI, XII, XIV e XXVI, da CF, quando não admite a *flexibilização de salário e jornada de trabalho*, expressamente admitidas constitucionalmente, anulando cláusulas que não se referem absolutamente a direitos indisponíveis dos trabalhadores, já que ligados exclusivamente à dimensão econômica de direitos trabalhistas.

São exemplos dessa *concepção omniabrangente da indisponibilidade dos direitos trabalhistas*, os seguintes precedentes, de anulação de cláusulas de acordos e convenções coletivas que flexibilizam salário e jornada de trabalho, sem qualquer atentado às normas de medicina e segurança do trabalho:

1) *Supressão de horas in itinere* (cfr. E-ED-RR-449-35.2010.5.03.0054, Rel. Min. *Hugo Scheuermann*, DEJT de 15/05/15);

2) *Redução de horas in itinere* (cfr. E-RR-690-82.2013.5.09.0459, Rel. Min. *Renato Paiva*, DEJT de 15/05/15);

3) *Alteração da base de cálculo das horas in itinere* (cfr. E-RR - 132800-63.2008.5.15.0100, Rel. Min. *Lelio Bentes*, DEJT de 15/05/15);

4) *Alteração da base de cálculo do adicional de periculosidade* (cfr. E-RR-13-37.2012.5.03.0012, Rel. Min. *Márcio Eurico*, DEJT de 30/04/15);

5) *Divisor de horas extras* (cfr. E-ARR-1563-33.2012.5.09.0325, Rel. Min. *Aloysio Corrêa*, DEJT de 08/05/15);

6) *Majoração de carga horária em face de transferência de setor por automação de serviços* (cfr. E-RR-280800-

51.2004.5.07.0008, Rel. Min. *Lelio Bentes*, DEJT de 20/06/14);

7) *Desconsideração da hora noturna reduzida em jornada de 12x36* (cfr. E-ED-RR-631600-36.2007.5.09.0594, Rel. Min. *Lelio Bentes*, DEJT de 24/10/14);

8) *Pagamento englobado de horas extras, diárias e comissões* (E-ED-RR-200-35.2006.5.09.0094, Rel. Min. *Lelio Bentes*, DEJT de 21/03/14);

9) *Impedimento da aplicação do divisor 220 a empregado com jornada semanal de 40 horas, invocando-se a Súmula 431 do TST* (E-RR-983-17.2012.5.09.0094, Rel. Min. *Márcio Eurico*, DEJT de 02/05/14);

10) *Integração do prêmio produtividade ao salário* (E-RR-1110-97.2012.5.09.0661, Rel. Min. *Lelio Bentes*, DEJT de 15/05/15);

11) *Retenção de parte da gorjeta pelo empregador* (E-ED-RR-139400-03.2009.5.05.0017, Rel. Min. *Márcio Eurico*, DEJT de 21/11/14);

12) *Quitação de passivo trabalhista em PDV* (E-ED-RR-206100-27.2007.5.02.0465, Rel. Min. *Alexandre Agra Belmonte*, DEJT de 19/12/14).

Ressalte-se, novamente, que os precedentes referidos podem guardar a reserva de seus relatores quanto à tese genérica, mas aplicando-a às novas hipóteses concretas apresentadas.

Diante de tal quadro jurisprudencial refratário à flexibilização de direitos trabalhistas, o Governo Dilma, acossado por empresários e centrais sindicais, diante do contexto econômico de recessão por que ainda passa o país, com aumento significativo da inflação e do desemprego e redução da produtividade, editou a *Medida Provisória 680/15*, instituindo o *Programa de Proteção ao Emprego* (PPE), com a finalidade explícita, além da preservação de empregos (art. 1º, I) e da recuperação econômico-financeira das empresas (art. 1º, II), de *fomento à negociação coletiva* (art. 1º, V).

O que impressiona no texto da MP 680/15 é o fato de

que o referido Plano vem *recordar o que a Constituição Federal já diz com todas as letras*, mas que a Justiça do Trabalho talvez tenha olvidado, imbuída que está de sua missão protetiva do trabalhador: que *é possível flexibilizar salário e jornada* em períodos de retração econômica global ou setorial, mediante negociação coletiva (CF, art 7º, VI, XIII, XIV e XXVI), a bem do próprio trabalhador.

O que a MP propõe é que empresas e sindicatos, para preservar empregos, *reduzam jornadas e salários em até 30%* (art. 3º), mediante *acordos coletivos de trabalho* (§ 1º), sendo que o governo colaborará com os trabalhadores, destinando *recursos do FAT* (Fundo de Amparo ao Trabalhador) para compensar parte da perda salarial havida (art. 4º e § 1º).

Ou seja, a MP 680/15, excepcionada a menção à ajuda do FAT, constitui pura e simplesmente a *repetição, em nível infraconstitucional, do que dispõe a Carta Magna* quanto à *flexibilização das normas legais que dispõem sobre jornada e salário, mediante tutela sindical*.

Tratassem os acordos e convenções coletivas de *normas de medicina e segurança do trabalho, processuais ou relativas a direito de terceiros* (como FGTS), obviamente não haveria margem para a flexibilização. Mas tratando-se de salário e jornada, com vantagens compensatórias ofertadas pelas empresas para flexibilizar determinados direitos, não há como se falar em nulidade das cláusulas. E muito menos anulação apenas das cláusulas desvantajosas ao trabalhador, sem a anulação do próprio negócio jurídico materializado no acordo ou convenção coletiva, já que fruto de mútuas concessões, ou a anulação concomitante das vantagens compensatórias outorgadas pelo setor patronal.

Nesse sentido seguiu o voto do Min. *Teori Zavascki*, no supracitado precente do STF:

“Considerando a natureza eminentemente sinalagmática do acordo coletivo, a anulação de uma cláusula tão sensível como essa demandaria certamente a ineficácia do acordo em

sua integralidade, inclusive em relação às cláusulas que beneficiam o empregado. Aparentemente, o que se pretende é anular uma cláusula, que poderia ser contrária ao interesse do empregado, mas manter as demais. Não vejo como, num acordo que tem natureza sinalagmática, fazer isso sem rescindir o acordo como um todo” (págs. 39-40 do inteiro teor do acórdão).

Ora, a linha exegética do ordenamento constitucional trabalhista seguida pela Justiça do Trabalho, a par de contrariar, no ver da Suprema Corte, expressas autorizações constitucionais, mostra-se, na dicção de um de seus ministros, fundamentalmente *injusta ao anular parcialmente os acordos, somente no que é desvantajoso para o empregado*, e introduz no sistema uma *insegurança jurídica* que só tem contribuído para desestimular a negociação coletiva.

Não é por menos que o Pretório Excelso alerta, no referido precedente, para “*a sistemática invalidação dos acordos coletivos de trabalho*”, que “*viola os diversos dispositivos constitucionais que prestigiam as negociações coletivas como instrumento de solução de conflitos coletivos*” (item 28 do voto do Relator). E o Min. *Gilmar Mendes*, em seu voto no mencionado precedente, *refere expressamente as autorizações constitucionais para flexibilização de salário e jornada* constantes dos incisos VI, XIII e XIV do art. 7º, mencionando as críticas que os próprios sindicatos têm feito a esse protecionismo exacerbado da Justiça do Trabalho, concluindo:

“Então, eu concluía, Presidente, dizendo que talvez o TST tenha de fazer uma reflexão com base no próprio Evangelho: talvez querendo fazer o bem, está fazendo o mal” (cfr. págs. 46-48 do inteiro teor do acórdão).

Ou seja, as intenções são as melhores possíveis na busca da inclusão social e proteção e valorização do trabalhador, mas talvez os meios não estejam sendo os mais eficazes.

A orientação traçada pelo Supremo no referido precedente passa a servir de bússola que recolocque nos trilhos a visão que se tem da *negociação coletiva* como meio alternativo

de composição dos conflitos trabalhistas, fazendo perceber a diferença fundamental que existe entre o *protecionismo da lei* às relações individuais de trabalho e a lógica distinta que se aplica às relações coletivas sob tutela sindical, passíveis de mútuas concessões.

Com a decisão posterior do Ministro *Teori Zavaski* em processo que tratava de *supressão de horas “in itinere”*, reafirmando a validade de cláusula que havia sido anulada pelo TST, ficou claro que o STF vê na *ratio decidendi* do precedente que solucionou o *Tema 152* de repercussão geral a orientação aplicável a todos os casos em que se dê a *flexibilização de normas legais ligadas a salário e jornada, com a oferta de vantagens compensatórias*.

É importante que se destaquem os termos da decisão, prolatada no processo RE 895759 (DJE 13/09/2016), para análise:

“1. Trata-se de recurso extraordinário interposto em reclamação trabalhista visando, no que importa ao presente recurso, à condenação da reclamada ao pagamento de 4 (quatro) horas in itinere, com os reflexos legais.

O Tribunal Superior do Trabalho decidiu a controvérsia nos termos da seguinte ementa (fl. 1, doc. 29):

RECURSO DE EMBARGOS INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DA LEI N.º 11.496/2007. HORAS IN ITINERE. SUPRESSÃO. NORMA COLETIVA. INVALIDADE. 1. O princípio do reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho, consagrado no artigo 7º, XXVI, da Constituição da República, apenas guarda pertinência com aquelas hipóteses em que o conteúdo das normas pactuadas não se revela contrário a preceitos legais de caráter cogente. 2. O pagamento das horas in itinere está assegurado pelo artigo 58, § 2º, da Consolidação das Leis do Trabalho, norma que se reveste do caráter de ordem pública. Sua supressão, mediante norma coletiva, ainda que mediante a concessão de outras vantagens aos empregados, afronta diretamente a referida disposição de lei, além de atentar contra os preceitos constitucionais asseguratórios de condições mínimas de proteção ao trabalho. Resulta evidente, daí, que tal avença não encontra respaldo no artigo

7º, XXVI, da Constituição da República. Precedentes da SBDI-I. 3. Recurso de embargos conhecido e não provido.

Os embargos de declaração opostos foram rejeitados.

No recurso extraordinário, a parte recorrente aponta, com base no art. 102, III, “a”, da Constituição Federal, violação aos seguintes dispositivos constitucionais: (a) art. 7º, VI, XIII, XIV e XXVI, pois (I) “a Constituição Federal expressamente admitiu a negociação coletiva de questões afetas ao salário e à jornada de trabalho” (fl. 13, doc. 38); (II) “o art. 58, § 2º, da CLT não se qualifica como norma de ordem pública, tampouco envolve direito indisponível” (fl. 13, doc. 38); (III) houve “a outorga de diversos benefícios em troca da flexibilização do pagamento das horas in itinere, de modo que, como um todo, a norma coletiva se mostra extremamente favorável aos trabalhadores” (fl. 25, doc. 38); (b) art. 5º, LIV, porque o acórdão recorrido “desborda da razoabilidade, vulnerando a proporcionalidade”, uma vez que desconsiderou “acordo coletivo, veiculando flexibilização salarial em prol dos obreiros (...), obrigando o custeio das horas in itinere, e, concomitantemente” (fl. 27, doc. 38), manteve as demais vantagens compensatórias.

Sem contrarrazões.

O recurso extraordinário foi admitido na origem, sendo determinada sua remessa a esta Corte como representativo da controvérsia, nos termos do art. 543-B, § 1º, do CPC/1973.

2. O Plenário do Supremo Tribunal Federal apreciou discussão semelhante à presente, sob o rito do art. 543-B do CPC/1973, no julgamento do RE 590.415 (Rel. Min. ROBERTO BARROSO, DJe de 29/5/2015, Tema 152), interposto contra acórdão do Tribunal Superior do Trabalho que negara a validade de quitação ampla do contrato de trabalho, constante de plano de dispensa incentivada, por considerá-la contrária ao art. 477, § 2º, da CLT.

Ao analisar o recurso paradigma, o STF assentou 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.

O voto condutor do acórdão, da lavra do Ministro Roberto Barroso, foi proferido com base nas seguintes razões: (a) “a Constituição reconheceu as convenções e os acordos coletivos como instrumentos legítimos de prevenção e de autocomposição de conflitos trabalhistas; tornou explícita a possibilidade de utilização desses instrumentos, inclusive para a redução de direitos trabalhistas; atribuiu ao sindicato a representação da categoria; impôs a participação dos sindicatos nas negociações coletivas; e assegurou, em alguma medida, a liberdade sindical (...)”; (b) “a Constituição de 1988 (...) prestigiou a autonomia coletiva da vontade como mecanismo pelo qual o trabalhador contribuirá para a formulação das normas que regerão a sua própria vida, inclusive no trabalho (art. 7º, XXVI, CF)”; (c) “no âmbito do direito coletivo, não se verifica (...) a mesma assimetria de poder presente nas relações individuais de trabalho. Por consequência, a autonomia coletiva da vontade não se encontra sujeita aos mesmos limites que a autonomia individual”; (d) “(...) não deve ser vista com bons olhos a sistemática invalidação dos acordos coletivos de trabalho com base em uma lógica de limitação da autonomia da vontade exclusivamente aplicável às relações individuais de trabalho”.

3. No presente caso, a recorrente firmou acordo coletivo de trabalho com o sindicato da categoria à qual pertence a parte recorrida para que fosse suprimido o pagamento das horas in itinere e, em contrapartida, fossem concedidas outras vantagens aos empregados, “tais como ‘fornecimento de cesta básica durante a entressafra; seguro de vida e acidentes além do obrigatório e sem custo para o empregado; pagamento do abono anual aos trabalhadores com ganho mensal superior a dois salários-mínimos; pagamento do salário-família além do limite legal; fornecimento de repositor energético; adoção de tabela progressiva de produção além da prevista na Convenção Coletiva” (fl. 7, doc. 29).

O Tribunal de origem entendeu, todavia, pela invalidade do acordo coletivo de trabalho, uma vez que o direito às horas in itinere seria indisponível em razão do que dispõe o art. 58, § 2º, da CLT: Art. 58 (...) § 2º O tempo despendido pelo empregado até o local de trabalho e para o seu retorno, por qualquer meio de transporte, não será computado na jornada de trabalho, salvo quando, tratando-se de local de difícil acesso

ou não servido por transporte público, o empregador fornecer a condução.

O acórdão recorrido não se encontra em conformidade com a ratio adotada no julgamento do RE 590.415, no qual esta Corte conferiu especial relevância ao princípio da autonomia da vontade no âmbito do direito coletivo do trabalho.

Ainda que o acordo coletivo de trabalho tenha afastado direito assegurado aos trabalhadores pela CLT, concedeu-lhe outras vantagens com vistas a compensar essa supressão.

Ademais, a validade da votação da Assembleia Geral que deliberou pela celebração do acordo coletivo de trabalho não foi rechaçada nesta demanda, razão pela qual se deve presumir legítima a manifestação de vontade proferida pela entidade sindical.

Registre-se que a própria Constituição Federal admite que as normas coletivas de trabalho disponham sobre salário (art. 7º, VI) e jornada de trabalho (art. 7º, XIII e XIV), inclusive reduzindo temporariamente remuneração e fixando jornada diversa da constitucionalmente estabelecida.

Não se constata, por outro lado, que o acordo coletivo em questão tenha extrapolado os limites da razoabilidade, uma vez que, embora tenha limitado direito legalmente previsto, concedeu outras vantagens em seu lugar, por meio de manifestação de vontade válida da entidade sindical.

4. Registre-se que o requisito da repercussão geral está atendido em face do que prescreve o art. 543-A, § 3º, do CPC/1973: “Haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar decisão contrária a súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal”.

5. Diante do exposto, com base no art. 557, § 1º-A, do CPC/1973, dou provimento ao recurso extraordinário para afastar a condenação da recorrente ao pagamento das horas in itinere e dos respectivos reflexos salariais.

Após o trânsito em julgado, oficie-se à Vice-Presidência do Tribunal Superior do Trabalho, encaminhando-lhe cópia desta decisão para as devidas providências, tendo em conta a indicação do presente apelo como representativo de controvérsia”.

O que convém destacar da decisão referida são basicamente dois elementos:

a) a *ratio decidendi* do precedente do Tema 152 da Tabela de

Repercussão Geral do STF, RE 590.415, de relatoria do Min. Luiz Roberto Barroso, não se aplica apenas aos casos de adesão a PDV, mas a *todas as cláusulas de acordos e convenções coletivas que flexibilizem direitos trabalhistas ligados a salário e jornada*, nos termos dos incisos VI, XIII e XIV do art. 7º da CF;

- b) a *teoria do conglobamento* em matéria de negociação coletiva foi endossada pelo STF, ao reconhecer que as *vantagens compensatórias* outorgadas pelo empregador para flexibilizar direito trabalhista torna razoável a avença concluída.

E não se diga que, nos casos em que *não ficar explícita a vantagem compensatória especificamente concedida em face da flexibilização da jornada*, a cláusula atacada deva ser anulada, pois da relação elencada na decisão supra referida, percebe-se que a empresa invocou todas as vantagens que os trabalhadores estavam tendo reconhecidas no acordo e que, naturalmente, compensariam a flexibilização promovida. Como se sabe, todo acordo é composto fundamentalmente por novas vantagens, devidamente clausuladas.

Pretender o contrário, mantendo a anulação de cláusulas sob tal argumento será passar novamente filme já conhecido na Justiça do Trabalho quanto ao *Tema 246* da Tabela de Repercussão Geral do STF, relativo à *responsabilidade subsidiária* da administração em casos de terceirização, quando se pretendeu aplicar o precedente da *ADC 16* a casos de culpa presumida ou de inversão do ônus da prova, e o STF acolheu dezenas de reclamações dizendo que o precedente não abrangia essas hipóteses.

Esse filme parece se delinear mais claramente quando do julgamento, pelo *Pleno do TST*, do processo E-RR-205900-57.2007.5.09.0325, de relatoria do Min. *Augusto César Leite de Carvalho*, ocorrido no dia 26 de setembro de 2016, no qual se pode obter verdadeira *tomografia neurológica do TST*, no

sentido de como pensa a Corte a respeito do tema.

Para um caso de se dar, por acordo coletivo de trabalho, *natureza indenizatória às horas “in itinere”*, a *cláusula foi considerada inválida* pela maioria da Corte, com a seguinte votação quanto aos diversos *fundamentos* expendidos pelo ilustre relator:

a) ficaram vencidos quanto ao *mérito*, dando provimento aos embargos, por considerarem *válida a cláusula*, em face do art. 458, § 2º, da CLT já atribuir natureza indenizatória à parcela e os arts. 58, § 3º, da CLT e 7º, VI, XIII e XXVI, da CF permitirem a *flexibilização das horas “in itinere”*, na esteira dos precedentes do STF, inclusive porque houve vantagem compensatória e também em face da teoria do conglobamento endossada pelo Pretório Excelso, os Ministros Ives Gandra (que abriu a divergência), Barros Levenhagen, Cristina Peduzzi e Dora Maria da Costa;

b) foram integralmente vencedores, *negando provimento aos embargos, com fundamentação mais limitada*, os Ministros João Oreste Dalazen (que abriu a divergência de fundamentação), Renato Paiva, Emmanoel Pereira, Maria Calsing, Caputo Bastos, Alexandre Agra e Douglas Rodrigues, por entenderem apenas que a *autonomia negocial coletiva não é absoluta* (opinião comum a todos os ministros da Corte) e que os *precedentes do STF* sobre negociação coletiva comportam a aplicação da técnica do *“distinguishing”* e que *não se amoldariam ao caso concreto*;

c) ficaram parcialmente vencidos o Relator e os Ministros Lelio Bentes, Viera de Mello Filho, Maurício Godinho, Kátia Arruda, José Roberto Pimenta, Delaíde Miranda Arantes, Hugo Scheuermann, Cláudio Brandão e Maria Helena Malman, que *acresciam os seguintes fundamentos* para se negar provimento aos embargos: *jornada de trabalho é direito indisponível*, por dizer respeito à *dignidade da pessoa humana* e a normas de *medicina e segurança do trabalhado*, sendo *infensa*

à *negociação coletiva* também a *mudança de natureza jurídica da parcela* de horas “*in itinere*”, a *par de não ter havido qualquer vantagem compensatória* pela transformação da parcela em indenizatória;

d) com *posições isoladas* quanto à *fundamentação*, ficaram parcialmente vencidos os Ministros Brito Pereira (que só acompanhou o fundamento da ausência de vantagens compensatórias), Aloysio Corrêa da Veiga (por não aderir a nenhum dos fundamentos do Relator, limitando-se a negar provimento aos embargos), Alberto Bresciani (por divergir apenas do enquadramento de jornada de trabalho como ligada à saúde do trabalhador), Márcio Eurico (por apenas acompanhar o Relator no fundamento da impossibilidade de se mudar a natureza da parcela por negociação coletiva) e Walmir Oliveira da Costa (por aderir à divergência de fundamentação do Ministro Dalazen, mas acrescentando que a não houve vantagem compensatória no caso concreto).

Assim ficou retratada, nesse precedente, *como pensam todos os Ministros do TST* a respeito dos *limites da autonomia negocial coletiva* e do *conceito de indisponibilidade de direitos* na seara trabalhista, cabendo agora ao Supremo exercer o controle de constitucionalidade, em caráter difuso, ou mediante reclamação, sobre a decisão do TST, que, a nosso ver, deixou de respeitar a “*ratio decidendi*” dos precedentes já referidos do Pretório Excelso.

IV) A COMPLEXIDADE E OMNIABRANGÊNCIA DO SISTEMA JUDICIÁRIO TRABALHISTA E A NECESSIDADE DE SUA RACIONALIZAÇÃO

Há anos venho pregando, mas sinto que no deserto, sobre a necessidade de uma *racionalização judicial* e de uma *simplicificação recursal*, que tornem o Processo do Trabalho *mais dinâmico, objetivo, simples, célere e efetivo*.

O que seria um *sistema simples e racional*? Um sistema que:

a) contemplasse como *direito do cidadão* a garantia ao *duplo grau de jurisdição*, em que a sentença de um juiz singular pudesse ser revista pelo colegiado de um tribunal, tanto em seus aspectos fáticos quanto jurídicos;

b) encarasse o *acesso aos tribunais superiores*, neles incluído o Supremo Tribunal Federal, como uma *garantia do Estado Federado*, de ver seu direito federal observado uniformemente em todo o território nacional (daí a distinção teórica entre *instâncias ordinárias* – Varas do Trabalho e TRTs – e *instâncias extraordinárias* – TST e STF);

c) prestigiasse os *meios alternativos de composição dos conflitos sociais*, tais como comissões de conciliação prévia, organismos de mediação, arbitragem e negociação coletiva, desafogando o Poder Judiciário de milhares de demandas que nele desembocariam se a solução de conflitos fosse monopólio estatal.

No entanto, o que se vê na prática é a existência, no âmbito da Justiça do Trabalho, de *4 verdadeiras instâncias ordinárias*, uma vez que todos os feitos em que a parte quer obter uma 3ª e 4ª revisão acabam chegando de alguma forma a elas, atolando e paralisando o sistema.

Mas os mecanismos criados pela *Emenda Constitucional 45/04* e pela *Lei 13.015/14*, de *repercussão geral* para o recurso extraordinário e de *recursos repetitivos* para o recurso de revista não constituem *filtros adequados* para a seleção das matérias que serão efetivamente julgadas pelo STF e TST, racionalizando o sistema?

Penso que o único mérito que ambos os mecanismos têm, no que diz respeito à racionalização judicial, é o de reintroduzirem em nosso ordenamento jurídico processual a ideia de que os tribunais superiores devem *decidir temas e não julgar casos*. De resto, representam tudo, menos simplificação

recursal.

Com efeito, na antiga *arguição de relevância* do recurso extraordinário, vigente sob a égide da Constituição de 1967/1969, o STF *escolhia os casos que julgaria e descartava os demais processos*. Ou seja, à semelhança da Suprema Corte americana e das Cortes Constitucionais dos demais países civilizados, a escolha se fazia segundo a relevância da matéria.

Nesse aspecto, exemplo emblemático de *sistema racional é o norte-americano*: a Suprema Corte, dentre a infinidade de recursos que lhe chegam às portas (*writ of certiorary*) escolhe aqueles que irá efetivamente julgar, pela relevância da matéria. Os *assessores (law clerks)* dos ministros (*justices*) fazem uma *seleção prévia* dos apelos que chegam aos gabinetes e discutem com seu chefe quais entendem relevantes. Se o ministro se convence da importância da questão, leva à *reunião administrativa (conference)* para escolha das matérias que serão pautadas. Se o ministro convencer outros 3 colegas da relevância da questão (*rule of four*) ela será pautada (*on docket*), submetendo-se a julgamento colegiado, com sustentação oral (*oral argument*). A decisão que fixa o entendimento da Corte sobre a matéria à luz da Constituição (*opinion*) é então redigida pelo Presidente da Corte ou pelo mais antigo dentre os que se encontram na corrente majoritária, que a submete ao crivo dos seus pares, num acórdão lavrado a muitas mãos (cfr. *John Kenneth, "The Supreme Court A to Z"*, Congressional Quarterly Books – 1998 - Washington).

Interessante notar como, nos *Estados Unidos*, a *pirâmide da demanda judicial* é amplíssima na base e estreitíssima no topo, garantindo a celeridade processual esperada pelo cidadão: a busca dos direitos é a tônica da sociedade americana, mas, após a decisão da 1ª instância, tanto na esfera federal (*District Courts*) quanto estadual (*County Courts*), apresentados os argumentos, a parte vencida em geral firma acordo com a vencedora, para reduzir parcialmente sua dívida, sendo substancial-

mente menor o número de processos que chega à 2ª instância federal (*Federal Courts of Appeals*) ou estadual (*State Appeals Courts*). Podem ser até muitos os recursos que chegam às Supremas Cortes Estaduais (*State Supreme Court*) ou à Suprema Corte Americana (*U.S. Supreme Court*), mas são *pouquíssimos os que são efetivamente julgados*: uma *média de 200 processos por ano*, dentre mais de 10.000 que chegam ao Supremo Americano (cfr. *idem, ibidem supra*).

Já o nosso sistema atual padece do *mal do sobrestamento*: tanto o STF no recurso extraordinário (CF, art. 102, III e § 3º, NCPC, arts. 980, 982, I, e 1.029, § 4º, e 1.035) quanto o TST no recurso de revista (CLT, arts. 896-B e 896-C, §§ 3º e 5º) mandam *sobrestar* todos os recursos que tratem da matéria do recurso em que tenha sido reconhecida a *repercussão geral da questão constitucional* ou submetido ao *incidente de resolução de recursos repetitivos*. Atualmente, segundo dados dessas Cortes Superiores, são mais de *1 milhão e meio de processos sobrestados* em todo o Brasil esperando a solução de *mais de 330 temas* selecionados pelo STF, estando mais de *70.000 processos* parados só no TST para essa finalidade.

No ritmo de julgamentos do STF (1 ou 2 temas de repercussão geral por semana) e do TST (não julgou até hoje nenhum tema sob o império da nova modalidade desde que foi criada em 2014), *uma infinidade de jurisdicionados poderá aguardar por décadas a solução de suas demandas*, não podendo fazer nada enquanto isso, pela paralisação obrigatória de seus processos. E, no caso da Justiça do Trabalho, caracterizada por ações em que impera a *cumulação objetiva de pedidos*, o “dessorbrestamento” do processo em relação a um tema poderá ser seguido pelo “sobrestamento” em relação a outro, *perecendo-se a demanda*.

Necessitamos urgentemente de uma simplificação recursal, a bem da racionalização judicial. Nosso modelo de reformas processuais do CPC e da CLT mais complicou que di-

namizou o processo. No caso do TST, até se andou para trás, podendo-se dizer que houve verdadeira *terceirização de atividade-fim do TST, que é a uniformização da jurisprudência, para os TRTs* (CLT, art. 896, §§ 3º a 6º), num retrocesso em que o processo vai e volta como bumerangue, até poder ser finalmente analisado pela Suprema Corte Trabalhista. E aí fica sobrestado, até que o tema seja discutido no Plenário ou Seção Especializada da Corte.

Em nome do mais amplo direito de defesa, o processo travou, exigindo-se reabertura de prazos e fundamentação mais detalhada, com ampliação da gama recursal. O sistema judiciário vai travando a partir de cima. É necessário ser mais radical na reforma. *Teria sido melhor regulamentar o art. 896-A da CLT, que ainda aponta para paradigma mais consentâneo com a natureza extraordinária do TST, ao criar o critério de transcendência para o recurso de revista, assim dispondo:*

“Art.896-A - O Tribunal Superior do Trabalho, no recurso de revista, examinará previamente se a causa oferece transcendência com relação aos reflexos gerais de natureza econômica, política, social ou jurídica” (Incluído pela Medida Provisória nº 2.226, de 4.9.2001).

Isto porque, à semelhança do que ocorre na Suprema Corte americana e no antigo sistema da arguição de relevância, *escolhem-se os processos que serão julgados e se determina a baixa dos demais*. Ou seja, manda-se para o “Céu” a parte que vinha vencendo e para o “Inferno” a que vinha perdendo. Mas o novo sistema da repercussão geral e recurso repetitivo manda todos para o mesmo lugar: o “Purgatório”, que é um lugar de sofrimento, ainda que norteado pela esperança. O sofrimento é ver as esperanças de uma definição rápida se esvaírem. São *infundáveis os pedidos de reconsideração do sobrestamento dos feitos, alegando que o caso da parte é diferente do paradigma representativo de determinada controvérsia*. Assim, hoje, *o processo caminha para todos os lados – para trás, para os lados – menos para frente*.

É urgente que haja uma reflexão e tomada de consciência de que, se não forem adotadas reformas efetivas no que diz respeito ao funcionamento do TST (e STF), não demorará muito para estarmos com o *sistema travado e atolado de feitos nos tribunais superiores*, que nenhuma força humana será capaz de debelar.

Porém esse *não é o único problema grave* que enfrenta nosso sistema judiciário, notadamente na esfera laboral. Infelizmente, os *meios alternativos de composição dos conflitos sociais* têm sido reiteradamente descartados e desprestigiados na seara trabalhista:

a) o STF considerou *inconstitucional* a exigência legal da passagem obrigatória dos dissídios individuais pelas *comissões de conciliação prévia* (ADI 2139 MC e 2160 MC, de 2009);

b) a *Justiça do Trabalho*, a par de considerar *inviável a arbitragem para dissídios individuais*, tem *anulado sem número de acordos e convenções coletivas*, como já se demonstrou acima, elastecendo sobremaneira o conceito de direitos trabalhistas indisponíveis e reduzindo substancialmente a autonomia negocial coletiva.

Com efeito: em que pese as normas instituidoras das comissões de conciliação prévia terem tido a cautela de exigir um pronunciamento dessas CCPs no prazo máximo de 10 dias, sob pena de liberação do empregado para buscar o Judiciário (CLT, art. 625-F e seu parágrafo único), e abrir a exceção de motivo relevante para não passar pela CCP (CLT, art. 625-D, § 3º), que poderia ser inclusive o fato, alegado em geral para desqualificar as CCPs, de constituição espúria da comissão, ou de ônus financeiro ou de deslocamento longo do empregado, a Suprema Corte entendeu que tal pressuposto processual de validade do processo *atentaria contra a garantia de acesso ao Judiciário*, assegurada pelo art. 5º, XXXV, da CF.

Não seria o caso de uma *revisitação dessa orientação*

jurisprudencial da Suprema Corte, em face do *efeito catastrófico* de se ter afastado qualquer instância prévia de autocomposição dos dissídios individuais, levando a um aumento substancial das demandas trabalhistas, não assimilável adequadamente pela Justiça do Trabalho, com os recursos humanos e materiais de que dispõe? Certo é que houve abusos na constituição de muitas dessas comissões, com cobrança de taxas e falta de caráter paritário em suas composições. Mas uma fiscalização mais efetiva de seu funcionamento não poderia revitalizá-las?

Por outro lado, o próprio TST foi contrário aos mecanismos de *arbitragem* para os *dissídios individuais*:

a) Em ação civil pública ajuizada pelo MPT contra câmara de arbitragem, a SDI-1 reformou acórdão turmário que permitia a arbitragem em relação ao período posterior à dissolução dos contratos de trabalho, desde que respeitada a livre manifestação de vontade do ex-empregado e garantido o acesso irrestrito ao Poder Judiciário. A SDI-1 invocou o art. 114, §§ 1º e 2º da CF, art. 1º da Lei 9.307/96 e art. 9º da CLT, para declarar inválida a solução arbitral, mesmo para a solução de um conflito pós-contratual. Deu provimento para impor obrigação de não-fazer, no sentido de que a Câmara de Arbitragem se abstivesse de promover a arbitragem envolvendo direitos individuais trabalhistas, inclusive após a cessação do contrato de trabalho e no que tange à tentativa e/ou à efetiva formalização de acordos entre empregados, ou ex-empregados e empregadores (cfr. E-ED-RR-25900-67.2008.5.03.0075, Rel. Min. *João Oreste Dalazen*, DEJT 22/05/15);

b) No mesmo sentido, a SDI-1 decidiu pela *invalidade do uso da arbitragem em dissídio individual trabalhista*, entendendo que acordo firmado perante juízo arbitral não se reveste da eficácia de coisa julgada, nem acarreta a total e irrestrita quitação das parcelas oriundas do extinto contrato de emprego (cfr. E-RR-217400-10.2007.5.02.0069, Rel. Min. *Lelio Bentes Corrêa*, DEJT 03/05/13);

c) Também a SDI-1 do TST declarou *inválida a cláusula de arbitragem* em acordo celebrado entre empregado e empregador durante prestação de serviços em *Estado estrangeiro* (cfr. E-RR-282000-61.2001.5.02.0033, Rel. Min. *Horácio Raymundo de Senna Pires*, DEJT 11/03/11).

Em boa hora veio o *novo CPC* a criar uma nova figura de auxiliares da justiça, consistente nos *conciliadores e mediadores*, prevendo que os tribunais criem os *centros judiciários de solução consensual dos conflitos* (art. 165) e mencionando as *câmaras privadas de conciliação e mediação* (art. 167), sem exclusão de outras formas de conciliação e mediação extrajudiciais (art. 175), como seriam as comissões de conciliação prévia trabalhistas (CLT, arts. 625-A a 625-H).

O receio que se poderia ter desses “centros judiciários de solução consensual de conflitos” na Justiça do Trabalho, o mesmo que rondou o Judiciário Laboral quando da discussão da Emenda Constitucional n° 45/04, que previa organismos de conciliação para a Justiça do Trabalho (§ 3° do art. 115 da PEC da Reforma do Judiciário, não aprovado), era o da *volta dos juízes classistas*, vocalato expurgado da Justiça do Trabalho pela Emenda Constitucional n° 24/99. No entanto, a nova figura, tal como prevista pela Lei 13.105/15, contempla duas formas de arregimentação dos conciliadores e mediadores: o *curso público* (art. 167, §§ 2° e 6°) ou o *registro em cadastro*, precedido de curso específico para capacitação como conciliador e mediador (art. 167, §§ 1° e 5°).

Atento a tais inovações e também à tradição conciliatória da Justiça Laboral, o *Conselho Superior da Justiça do Trabalho* aprovou, no dia 30 de setembro de 2016 a sua *Resolução 174*, instituindo a “*política judiciária nacional de tratamento adequado das disputas de interesses no âmbito do Poder Judiciário Trabalhista*”, com a criação de *núcleos e centros de conciliação e mediação* nos Tribunais Regionais do Trabalho, dando novo alento a essa vertente de solução de conflitos.

A mesma preocupação quanto ao desprestígio das comissões de conciliação prévia contempladas na CLT pelo STF nos assalta em relação à *vedação à arbitragem em dissídios individuais formulada pelo TST*, quando a lei da arbitragem estabelece, logo em seu art. 1º, que “*as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis*” (Lei 9.307/96). Ora, afastar, de plano, a arbitragem em dissídios laborais individuais seria afirmar que todo o universo de direitos laborais tenha natureza indisponível, o que não condiz com a realidade.

Interessante notar que o *veto presidencial* ao § 4º do art. 4º da Lei nº 9.307/96, alterado pelo art. 1º da Lei 13.129/15, o qual previa expressamente a arbitragem como meio alternativo de composição de litígio trabalhista em relação a empregados que ocupassem *cargos de direção e administração de empresas*, fundou-se especialmente no princípio da isonomia, considerando *discriminatória a arbitragem apenas em relação a tais empregados*.

Em suma, o problema de uma *eventual reforma processual trabalhista* deve levar em consideração o *antagonismo latente entre duas visões diametralmente opostas* quanto ao *papel do Poder Judiciário Trabalhista*:

a) *Visão mais intervencionista e corporativista* – características conjugadas:

- *aplicação superlativa do princípio da proteção*, considerando invariavelmente o trabalhador como hipossuficiente, o que justificaria a existência do Direito do Trabalho, e vendo a Justiça do Trabalho como promotora da redistribuição de renda;
- *conceito amplo de indisponibilidade dos direitos trabalhistas*, incluindo nele praticamente todo o universo de direitos elencados na Constituição e na CLT, que, assim, seriam inofensivos à flexibilização negocial;
- *limitação substancial da autonomia negocial coletiva*,

mesmo sob tutela sindical, anulando-se praticamente todas as cláusulas de acordos e convenções coletivas contestadas judicialmente;

- *criação jurisprudencial de direitos novos para os trabalhadores*, a partir da aplicação de princípios jurídicos de caráter genérico, impondo novas obrigações de conteúdo econômico às empresas, no que se convencionou chamar de “ativismo judiciário”;
- *aversão a qualquer reforma trabalhista*, por entender que supõe perda de direitos para o trabalhador;
- *aversão aos meios alternativos autônomos de composição dos conflitos trabalhistas*, tais como as comissões de conciliação prévia, arbitragem e mediação, considerando monopólio do Estado a solução dos conflitos laborais;
- *aversão ao ajuste fiscal*, que coloca limites aos gastos públicos, no contexto atual de acentuada crise econômica;
- *busca da ampliação contínua da máquina judiciária trabalhista*, pela criação de novas varas e cargos de magistrados e servidores, para fazer frente à crescente demanda judicial;
- *complexidade do sistema recursal*, com idas e vindas do processo, sobrestamentos generalizados e exercício do controle da legalidade da prestação jurisdicional até pelo órgão de cúpula da Justiça do Trabalho, em que pese sua missão ser apenas de uniformização de jurisprudência.

b) *Visão mais negocial e liberal* – características conjugadas:

- *aplicação conjugada do princípio da subsidiariedade* com o da proteção, intervindo o Estado-Juiz apenas quando as sociedades menores, como sindicatos e empresas, não são capazes de resolver seus problemas de forma adequada;
- *concepção do papel da Justiça do Trabalho como harmonizadora das relações de trabalho e pacificadora dos conflitos sociais*, encontrando o ponto de equilíbrio entre o justo salário do trabalhador e a justa retribuição do empresário;

- *prestígio aos meios alternativos de composição dos conflitos sociais*, valorizando a negociação coletiva e reconhecendo a importância das comissões de conciliação prévia e arbitragem;
- *reconhecimento da necessidade de modernização da legislação trabalhista*, para estabelecer um marco regulatório para a terceirização, parâmetros mais seguros para a negociação coletiva e atualizar o arcabouço legal quanto ao trabalho que envolve o uso das novas tecnologias;
- *reconhecimento da necessidade do ajuste fiscal* para que não se agrave ainda mais a profunda crise econômica pela qual passa o país, mas ressaltando a Justiça do Trabalho do corte mais acentuado que sofreu no ano de 2016;
- *reconhecimento da impossibilidade de ampliação de quadros de magistrados e servidores* no contexto de ajuste fiscal, procurando fazer funcionar com normalidade a Justiça do Trabalho, utilizando os recursos humanos e materiais existentes, garantido seu custeio;
- *simplificação e racionalização do sistema processual e recursal*, dando maior definitividade às decisões das instâncias inferiores, concentrando o TST no julgamento de temas e não casos, pela adoção de critério mais seletivo de matérias passíveis de exame para efeito de uniformização de jurisprudência.

No fundo, o choque de ideias que se dá é entre o *conservadorismo* daqueles que não admitem qualquer reforma trabalhista, advogando pela rigidez do sistema e omnipresença do Judiciário Laboral, e o *progressismo* daqueles que pretendem adaptar um arcabouço legislativo antigo à moderna problemática das relações laborais num mundo globalizado, tecnológico e informatizado.

Não é demais lembrar que a *Justiça do Trabalho* foi tendo sua *competência reduzida pela Suprema Corte*, não obstante o texto do art. 114 da Constituição Federal de 1988 e da

redação que lhe deu a Emenda Constitucional 45 de 2004 tivessem, a nosso ver, atribuído à Justiça Laboral a competência para dirimir todas as controvérsias que tivessem por objeto o *trabalho humano*, fosse de empregados, servidores públicos ou profissionais liberais:

a) ADI 492 (Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 12/03/93) – no qual o STF distinguiu entre *relação estatutária* (do servidor público) e *relação contratual* (do empregado) para negar à Justiça do Trabalho a nova competência expressa que havia recebido da Carta Magna de 1988;

b) RE 607520 (Rel. Min. Dias Tóffoli, DJe 21/06/11) – no qual se distinguiu entre *relação de trabalho* (do empregado) e *relação de consumo* (do profissional liberal) para negar à Justiça do Trabalho a nova competência expressa que havia recebido da Emenda Constitucional 45 de 2004 (cfr. também o RE 700131 AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe 23/06/14; e Súmula 363 do STJ);

c) RE 586453 (Red. Min. Dias Tóffoli, DJe de 05/06/13) – no qual o STF retirou a competência da Justiça do Trabalho sobre as questões de *complementação de aposentadoria*, por entender que se tratava de *matéria previdenciária*, ainda que calcado o benefício no contrato de trabalho e pago pelo empregador.

E essa redução se deu justamente pelo fato de que se via a Justiça do Trabalho como *demasiadamente protecionista do trabalhador*. Surpreende que tais sinalizações, como também as recebidas do Congresso Nacional quando das recentes negociações para defesa e recuperação do orçamento da Justiça do Trabalho, não sejam captadas ou compreendidas por grande parte da magistratura laboral, que invectiva contra cortes orçamentários e reduções de competência, mas não se detém para refletir se as reclamações podem ter algum fundo de verdade.

O recente embate em torno do *ajuste fiscal* (PEC 241) deixou bem claro o problema de um excesso de protecionismo

e corporativismo. Na longa negociação da Presidência do TST com o Parlamento e o Governo, para salvar o orçamento da Justiça do Trabalho, *muitos avanços* foram conseguidos, mas sempre com um preço a pagar perante a corporação, a par das críticas feitas pelos parlamentares à forma de atuação da Justiça do Trabalho (cujo tamanho representaria elevada carga tributária de manutenção, e cujas decisões estariam implicando constante aumento dos encargos sociais, tudo sobre o mesmo empresariado também fragilizado pela crise econômica):

- Do corte inicial de R\$800 milhões no orçamento da Justiça do Trabalho para 2016, foram recuperados, após conversas com o então relator do orçamento, Deputado Ricardo Barros (PP-PR), R\$200 milhões, minimizando um pouco o impacto severo imposto no Orçamento anual deste ano, que ainda assim foi superior quando comparado aos demais órgãos do Poder Judiciário;
- Conseguiu-se, através de longa negociação envolvendo os Ministérios do Planejamento e Fazenda, além de consulta ao TCU, a edição da MP 740, que deu acesso a R\$320 milhões, para não fechar as portas da Justiça do Trabalho no ano de 2016;
- Com o impacto positivo do pedido de retirada dos 32 projetos de lei que criariam mais de 100 novas varas, 200 cargos de juiz do trabalho e 8.000 servidores, conseguiu-se avançar significativamente na negociação com o Governo para admitir a excepcionalidade dos gastos do Poder Judiciário no ajuste fiscal, no bojo da PEC 241/2016, bem como diretamente com a Secretaria de Orçamento Federal do Ministério do Planejamento;
- Colocando-se fora do teto do ajuste fiscal a remuneração dos depósitos judiciais da Justiça do Trabalho, em face da exceção de compensação pelo Executivo, está-se conseguindo levar a bom termo negociação com os bancos oficiais federais para aumento do percentual remuneratório desses depósitos, em convênio nacional, praticamente duplicando o que se recebe atualmente;
- Finalmente, nessas gestões em busca de se salvar o orçamento da Justiça do Trabalho, para que volte a funcionar com normalidade, o pedido que formulamos de uma emenda ao Projeto de Lei Orçamentária para 2017, na Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados, suplementando R\$ 100 milhões para a Justiça do Trabalho, foi bem recebido e acolhido na Comissão junto com outros 4, dos 19 apresentados (também aqui, como resultado do pedido de retirada de projetos de lei

que criam impacto financeiro na ordem de R\$ 1 bilhão ao ano).

Não é demais registrar que a *incompreensão* sofrida pela Presidência do TST ao conduzir as negociações de resgate orçamentário da Justiça do Trabalho deveram-se em grande parte ao *desconhecimento do quadro completo* sobre os meios utilizados e os fins buscados e alcançados:

- Trocou-se *ilusão* (aprovação de projetos aumentando quadros) por *realidade* (elevação do teto de gastos da Justiça do Trabalho, com incremento orçamentário);
- A retirada dos projetos de lei não se fez sem *recomendação* na reunião de presidentes de Tribunais Superiores com a Presidência do STF e *aviso prévio* aos presidentes dos TRTs;
- As *reclamações* da Presidência da Câmara dos Deputados já chegavam à gestão administrativa anterior do TST, de que a Justiça do Trabalho era campeã em número de projetos de lei de criação de cargos, com pedidos de que deveriam ser sustados;
- O *ajuste fiscal*, previsto para os próximos 20 anos, de modo a recompor as contas públicas, só alcançável a *longo prazo*, dado o nível de endividamento gerado pelo governo anterior, *não permitiria a criação dos cargos postulados* nos referidos projetos de lei;
- A *permanência* desses projetos na Câmara, ainda que em aparente hibernação, mostrou-se elemento de *desagregação* no esforço que deveria ser conjunto e concentrado dos TRTs, no sentido de *resgatar o orçamento essencial para a sobrevivência*, e não para crescimento de um ou outro Tribunal, uma vez que foram registrados *esforços isolados* para se conseguir a aprovação de alguns projetos, em detrimento do orçamento e dos demais Tribunais, a par de, ao final, trazer o ônus político ao governo, de ter de vetá-los integralmente, se conseguissem aprovação congressional;
- As Presidências anteriores do TST *enviaram a maioria desses projetos “ad referendum” do Órgão Especial* (21 dos 32), alguns dos quais até hoje não foram submetidos ao referendo (7 dos 21), além de procederem à retirada de ao menos um projeto pelo mesmo expediente, não se podendo falar, absolutamente, em usurpação de competência do atual Presidente do TST, lastreado que se achava no que dispõe o art. 35, XI, do RITST.

Em suma, a quadra histórica pela qual passamos exige uma *maior sobriedade* nos gastos públicos, também do Judiciário Laboral, mas conjugada com uma *melhor alocação dos*

recursos humanos e materiais de que dispõe, e *aproveitando com maior eficácia os meios alternativos* de composição dos conflitos trabalhistas.

V) CONCLUSÃO PROPOSITIVA DE MODERNIZAÇÃO DA LEGISLAÇÃO TRABALHISTA

Não resta dúvida de que *algo deve ser feito* para debelar o desemprego, estimular o desenvolvimento econômico e social e dar maior segurança jurídica a trabalhadores e empregadores. A *modernização da legislação trabalhista*, especialmente em momentos de crise, para superá-la, se faz indispensável.

E, justamente nesses momentos, a *Justiça do Trabalho* tem um papel fundamental, de ofertar uma *proteção real* e não apenas teórica ou de discurso para o trabalhador, harmonizando os conflitos e refletindo sobre os impactos que suas decisões têm nas relações laborais como um todo, pela formação da jurisprudência, e não apenas no caso concreto.

Passamos assim, após a parte descritiva e valorativa do estudo, à sua parte *propositiva*, formulando sugestões para uma *reforma trabalhista* capaz de ofertar uma proteção real e não apenas de papel ao trabalhador.

1. *Prestígio à Negociação Coletiva*

Em primeiro lugar, uma reforma trabalhista deveria estar focada na *redução do intervencionismo estatal na seara laboral*, de modo a permitir que os próprios agentes produtivos – trabalhadores e empresários – estabeleçam as melhores condições de trabalho, garantidos os direitos mínimos do trabalhador.

Nesse sentido, a melhor forma de *prestigiar a negociação coletiva*, na esteira das Convenções 98 e 154 da OIT, seria estabelecer *regras mais claras e consistentes* para que essa

negociação, observada a *teoria do conglobamento*, preserve sempre o patrimônio jurídico do trabalhador como um todo, de modo a que a redução eventual de um direito seja compensada por uma vantagem adequada.

É digna de encômios a iniciativa, nesse diapasão, do *Projeto de Lei 4.962/16*, do Deputado *Júlio Lopes*, cuja relatoria cabe atualmente ao Deputado *Orlando Silva*, que trata justamente dessas regras mínimas. O cerne do projeto gira em torno do *art. 618 da CLT*, que passaria a ter a seguinte redação:

Art. 618 – As condições de trabalho ajustadas mediante convenção ou acordo coletivo de trabalho prevalecem sobre o disposto em lei, desde que não contrariem a Constituição Federal e as normas de medicina e segurança do trabalho.

§ 1º - No caso de flexibilização de norma legal relativa a salário e jornada de trabalho, autorizada pelos incisos VI, XIII e XIV do art. 7º da Constituição Federal, a convenção e acordo coletivo de trabalho firmado deverá explicitar a vantagem compensatória concedida em relação a cada cláusula redutora de direito legalmente assegurado.

§ 2º - A flexibilização de que cogita o parágrafo anterior limita-se à redução temporária de direito legalmente assegurado, especialmente em período de dificuldade econômica e financeira pelo qual passe o setor ou a empresa, não sendo admitida a supressão do direito previsto em norma legal.

§ 3º - Não são passíveis de alteração por convenção ou acordo coletivo de trabalho normas processuais ou que disponham sobre direito de terceiro.

§ 4º - Em caso de procedência de ação anulatória de cláusula de acordo ou convenção coletiva que tenha disposto sobre normas de medicina e segurança do trabalho, processuais ou de direito de terceiros, deverá ser anulada igualmente a cláusula da vantagem compensatória, com devolução do indébito.

O projeto deixa claro que a *flexibilização da legislação trabalhista* está jungida à autorização constitucional de salário e jornada, principais direitos laborais, com necessidade de se explicitar a vantagem compensatória de direito temporariamente reduzido em sua dimensão econômica, com anulação recíproca em caso de controle judiciário dos acordos.

No entanto, para deixar mais explícito que o projeto visa a *prestigiar a negociação coletiva* e não fazer prevalecer o negociado sobre o legislado, a par de se resolver outro problema umbilicalmente ligado à negociação coletiva, que é o seu custeio quanto às campanhas salariais promovidas pelos sindicatos, ousaria sugerir algumas *alterações no projeto original*, de seguinte teor (sublinhadas):

Art. 618 – A negociação coletiva entre entidades sindicais da categoria profissional e empresas ou entidades sindicais da correspondente categoria econômica poderá estabelecer normas e condições de trabalho diversas das legalmente previstas, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho, respeitados os direitos constitucionalmente assegurados.

§ 1º - No caso de flexibilização de norma legal relativa a salário e jornada de trabalho, autorizada pelos incisos VI, XIII e XIV do art. 7º da Constituição Federal, a convenção e acordo coletivo de trabalho firmado deverá explicitar a vantagem compensatória concedida em relação a cada cláusula redutora de direito legalmente assegurado.

§ 2º - A flexibilização de que cogita o parágrafo anterior limita-se à redução temporária de direito legalmente assegurado, especialmente em período de dificuldade econômica e financeira pelo qual passe o setor ou a empresa, não sendo admitida a supressão do direito previsto em norma legal.

§ 3º - Não são passíveis de alteração por convenção ou acordo coletivo de trabalho normas de segurança e medicina do trabalho, normas processuais ou que disponham sobre direito de terceiro.

§ 4º - Em caso de procedência de ação anulatória de cláusula de acordo ou convenção coletiva que tenha disposto sobre normas de medicina e segurança do trabalho, processuais ou de direito de terceiros, deverá ser anulada igualmente a cláusula da vantagem compensatória, com repetição do indébito.

§ 5º - Poderá ser instituída em convenção ou acordo coletivo de trabalho cláusula prevendo desconto para custeio sindical da atividade negocial coletiva, limitado a um dia de trabalho de cada um dos integrantes da categoria representada pela entidade sindical conveniente, subordinado à não-oposição do trabalhador, manifestada perante a empresa até 10 dias antes do primeiro pagamento reajustado.

Com o acréscimo do § 5º ao artigo 618, resolver-se-ia, pela via legislativa, e não judicial, a questão relativa ao custeio sindical da atividade negocial, evitando-se também a pressão que as Centrais Sindicais fazem continuamente sobre o TST para *revisão do Precedente Normativo nº 119 da SDC*, já por duas vezes e recentemente confirmado pela Corte.

No passado, a cláusula de desconto assistencial sindical era prevista em convenções e acordos coletivos, mas alguns excessos no que dizia respeito ao seu montante, como também a discussão jurídica sobre seu caráter impositivo, levaram o TST a editar o *Precedente Normativo nº 74 da SDC*, segundo o qual “*subordina-se o desconto assistencial sindical à não-oposição do trabalhador, manifestada perante a empresa até 10 dias antes do primeiro pagamento reajustado*”.

Posteriormente, o TST veio a mudar seu entendimento, editando o *Precedente Normativo nº 119 da SDC*, no sentido de que: “*A Constituição da República, em seus arts. 5º, XX e 8º, V, assegura o direito de livre associação e sindicalização. É ofensiva a essa modalidade de liberdade cláusula constante de acordo, convenção coletiva ou sentença normativa estabelecendo contribuição em favor de entidade sindical a título de taxa para custeio do sistema confederativo, assistencial, revigoramento ou fortalecimento sindical e outras da mesma espécie, obrigando trabalhadores não sindicalizados. Sendo nulas as estipulações que inobservem tal restrição, tornam-se passíveis de devolução os valores irregularmente descontados*”.

Ora, desde que se assegure ao trabalhador o *direito de oposição* ao desconto assistencial e que não precise dirigir-se ao sindicato para manifestá-lo, parece ser possível estabelecer cláusula de desconto assistencial, uma vez que seria voluntário e não obrigatório.

Nesse sentido é que se proporia o acréscimo de parágrafo ao art. 618 da CLT, que seria o § 5º em relação ao Projeto de Lei nº 4.962/16, de modo a que, no contexto de disciplinamen-

to da negociação coletiva, ficasse também parametrizado o custeio da atividade negocial sindical, tal como se está parametrizando a própria negociação coletiva quando se trata de flexibilização de direitos laborais.

A proposta encontraria respaldo na própria *jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*, quando assenta que:

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONTRIBUIÇÃO CONFEDERATIVA. COMPULSORIEDADE. INEXISTÊNCIA. 1. A contribuição confederativa instituída pela assembleia geral somente é devida por aqueles filiados ao sindicato da categoria. É inconstitucional a exigência da referida contribuição de quem a ele não é filiado. 2. Contribuição assistencial estipulada em convenção coletiva. Sujeição do desconto em folha à autorização ou à não oposição do trabalhador. Precedente. Agravo regimental não provido”. (RE 461451 AgR, Rel. Min. Eros Grau, 2ª Turma, julgado em 28/03/2006, DJ 05-05-2006).

“Sentença normativa. Cláusula relativa à Contribuição assistencial. Sua legitimidade desde que interpretada no sentido de assegurar-se, previamente, ao empregado, a oportunidade de opor-se à efetivação do desconto respectivo”. (RE 220700, Rel. Min. Octávio Gallotti, 1ª Turma, julgado em 06/10/1998, DJ 13-11-1998).

Assim, é de todo pertinente aproveitar a regulamentação da negociação coletiva no Projeto de Lei 4.962/16 para se resolver a questão de suma importância referente ao custeio sindical da negociação coletiva, nos moldes do dispositivo ora acrescido ao art. 618 da CLT. O que *não se admite*, como ocorre em alguns dos projetos tramitando no Congresso Nacional exclusivamente sobre tal temática, é que o *direito à oposição do empregado deva ser exercido na assembleia que aprova o desconto*, o que equivale a não existir o referido direito.

2. *Flexibilização do Intervalo Intrajornada com as Cautelas Devidas*

A questão do *intervalo intrajornada*, conforme já refe-

rido acima, tem sido das mais debatidas nas relações laborais. Em muitos segmentos, o trabalhador não pode sair do local de trabalho e prefere um intervalo mais reduzido e ir mais cedo para casa, inclusive escapando do horário de *rush*. No entanto, ao arrepio da Constituição e da CLT, a Súmula 437 do TST veio a vedar a negociação coletiva quanto ao intervalo intrajornada e a ampliar a sanção pelo descumprimento do art. 71 da CLT.

Nesse sentido, buscando uma *posição intermediária* quanto ao tema, levando em conta as cautelas que o próprio artigo 71 da CLT leva em conta em seus parágrafos, poder-se-ia dar-lhe nova redação, que explicita as questões que o TST enfrentou e para as quais a solução que deu, com todas as vênias, parece extrapolar os limites do razoável.

Assim poderia ficar a *nova redação do art. 71 da CLT*, com as *alterações grifadas*:

“Art. 71 - Em qualquer trabalho contínuo, cuja duração exceda de 6 (seis) horas, é obrigatória a concessão de um intervalo para repouso ou alimentação, o qual será, no mínimo, de 1 (uma) hora, salvo negociação coletiva (NR).

§ 1º - Não excedendo de 6 (seis) horas o trabalho, será, entretanto, obrigatório um intervalo de 15 (quinze) minutos quando a duração ultrapassar 4 (quatro) horas.

§ 2º - Os intervalos de descanso não serão computados na duração do trabalho.

§ 3º - A redução do intervalo intrajornada de que trata o “caput” não poderá ser superior a meia hora, condicionada à não prestação de jornada suplementar em efetiva prestação de serviços (NR).

§ 4º - A supressão total ou parcial do intervalo intrajornada, bem como sua redução sem lastro em norma convencional, implicará o pagamento do tempo suprimido, com um acréscimo de no mínimo 50% (cinquenta por cento) sobre o valor da remuneração da hora normal de trabalho, computando-se o período suprimido como de sobrejornada para todos os efeitos legais” (NR).

Talvez com isso se consiga satisfazer tanto os trabalhadores e empregadores que desejam uma jornada menor quanto

aos reclamos de cautelas mínimas para preservação da saúde e segurança do trabalhador.

3. *Um Marco Regulatório para a Terceirização*

O debate atual sobre a necessidade de um *marco regulatório* para o fenômeno econômico da *terceirização* decorre da natural *insuficiência* de sua regulação por uma única *Súmula do TST*, a de nº 331.

Tão genérica é a dicção do verbete sumulado que inclusive *auditor-fiscal do trabalho* passou a exercer atividade própria de juiz, ao ser obrigado a interpretar a referida súmula para proceder, ou não, à autuação de empresas, por *terceirização ilegal*.

Em geral, os *autos de infração* em matéria trabalhista apontam qual o dispositivo legal violado para se estar aplicando multa à empresa. Nos autos de infração lastreados em *terceirização ilegal*, tem havido fundamentação verdadeiramente exegética da Súmula 331 do TST, dando-se as razões pelas quais o fiscal do trabalho entende que determinada atividade é meio ou fim da empresa, e, por conseguinte, pode ser, ou não, *terceirizada*, concedendo-se prazo à empresa tomadora dos serviços para assinar diretamente a carteira de trabalho do empregado *terceirizado*, sob pena de multa.

A *insegurança jurídica* passa da esfera fiscalizatória para a esfera judicial, pois a aplicação da Súmula 331 do TST, como já visto, tem tido os resultados mais díspares. É *urgente*, portanto, a adoção de um *marco regulatório seguro para a terceirização*, que garanta os direitos básicos do trabalhador e sinalize claramente sobre o que é, ou não, passível de *terceirização*. E seria preferível um *marco regulatório legal*, mais do que novos parâmetros mais amplos ou restritos advindos da solução, pelo Supremo, dos *Temas 725 e 739* de sua Tabela de Repercussão Geral.

As balizas desse novo marco regulatório poderiam ser as seguintes, em termos de “*lege ferenda*”, inserindo-se um *Capítulo V* ao *Título III* da *CLT*, com *explícita adoção da terminologia que se consagrou* pelo uso generalizado nas relações trabalhistas:

“Capítulo V – Da Proteção ao Trabalhador Terceirizado
Seção I – Das Atividades Passíveis de Terceirização

Art. 441-A. Considera-se terceirização de serviços a transferência de parte das atividades produtivas de uma empresa para outra, que seja especializada na prestação desses serviços.

Art. 441-B. Os serviços terceirizados poderão ser executados nas instalações físicas da empresa tomadora dos serviços ou em outro local por ela designado.

Parágrafo único. Não se admite a prestação de serviços por empregado terceirizado em caráter permanente na empresa tomadora de serviços, desempenhando a mesma função de empregado contratado diretamente por esta.

Art. 441-C. A empresa prestadora de serviços a terceiros contrata, remunera e dirige o trabalho realizado por seus trabalhadores.

Seção II – Dos Direitos dos Trabalhadores Terceirizados

Art. 441-D. Além dos direitos garantidos pela Constituição e por esta Consolidação, a serem pagos e observados pela empresa terceirizada e pela empresa tomadora dos serviços, o empregado terceirizado tem direito a:

I – trabalhar nas mesmas condições de medicina e segurança do trabalho ofertadas aos empregados direitos da tomadora dos serviços, quando laborem no mesmo ambiente de trabalho;

II – ter acesso aos serviços médicos e ambulatoriais existentes nas dependências da empresa tomadora de serviços, quando nelas prestar serviços;

III – receber a mesma remuneração paga ao empregado direito da tomadora de serviços, quando realizar a mesma função em caráter permanente.

Parágrafo único. É vedada à empresa tomadora dos serviços a utilização dos trabalhadores terceirizados em atividades distintas daquelas que foram objeto do contrato com a empresa prestadora de serviços.

Art. 441-E. Os trabalhadores das empresas de prestação de serviços não se subordinam ao poder diretivo, técnico ou disciplinar da empresa contratante.

Parágrafo único. O empregado terceirizado somente recebe ordens diretas dos supervisores e prepostos da empresa terceirizada pela qual foi contratado.

Seção III – Das Obrigações das Empresas Terceirizadas

Art. 441-F. Para funcionar e serem contratadas, as empresas de prestação de serviços a terceiros deverão comprovar que possuem:

I - registro no Cartório de Registro de Pessoas e na Junta Comercial;

II - prova de inscrição no Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica - CNPJ;

III - recolhimento da contribuição devida ao sindicato;

IV - capital integralizado em valor igual ou superior a R\$250.000,00 (duzentos e cinquenta mil reais).

Art. 441-G. As empresas prestadoras de serviços terceirizados deverão comprovar, perante as empresas tomadoras de serviços, o cumprimento integral de todas as suas obrigações trabalhistas, tributárias e previdenciárias em relação ao mês anterior, para receber o pagamento dos serviços prestados no mês de competência.

Art. 441-H. As empresas terceirizadas assegurarão a seus empregados férias de 15 (quinze) dias, a cada 6 (seis) meses trabalhados, de modo a evitar que a não renovação anual do contrato de prestação de serviços implique na recontração do empregado terceirizado por outra empresa sem um mínimo de descanso anual efetivo.

Seção IV – Das Obrigações das Empresas Tomadoras de Serviços Terceirizados

Art. 441-I. A empresa tomadora de serviços terceirizados responderá subsidiariamente pelas obrigações trabalhistas em relação ao empregado terceirizado quando não cumpridas pela empresa terceirizada.

Art. 441-J. As empresas tomadoras de serviços terceirizados deverão fornecer aos empregados terceirizados os mesmos benefícios relativos a transporte e alimentação que eventualmente forneçam a seus próprios empregados diretos”.

Esta seria uma proposta materialmente enxuta e formalmente diversa de se adotar marco regulatório em instru-

mento próprio e exaustivo. Assim, estar-se-ia, também, escapando do polêmico PL 4330/04 (atual PLC 30/15), para se adotar *solução mais moderada na disciplina jurídica da terceirização*.

4. Incorporação à CLT da jurisprudência do TST com ponderação e razoabilidade

A Justiça do Trabalho, nestes últimos 10 anos, tem *ampliado substancialmente o rol de direitos trabalhistas* com base exclusivamente na aplicação de princípios, indo muitas vezes, como demonstrado nos exemplos já referidos, contra o próprio dispositivo da CLT que interpreta. Tem promovido, pois, verdadeira *reforma trabalhista*, mas pela via judicial, a qual não é adequada, em face da insegurança jurídica que promove.

Ao se pensar em *modernização, atualização e reforma da legislação trabalhista*, no entanto, essa *jurisprudência pode servir de norte* para verificar quais as questões mais polêmicas, quais as necessidades mais urgentes, quais as normas mais defasadas em relação às novas tecnologias e métodos produtivos, a exigir alterações.

Mas o *mais importante* é que essas *alterações sejam feitas pelo Poder Legislativo*, retratando a vontade popular de mudanças e melhoras, não pelo Poder Judiciário, que se caracteriza como legislador negativo (afastar as leis incompatíveis com a Constituição), não como legislador positivo (inovador na ordem jurídica).

À semelhança do que já se tem feito no passado, de se incorporar ao texto da CLT a *jurisprudência sumulada do TST*, sendo exemplo disso a *Súmula nº 90*, que passou a ser retratada no *art. consolidado*, poder-se-iam inserir na CLT as seguintes alterações, a título de exemplo, que representam *ampliação de direitos legais para o trabalhador*, mas em *elastecimento menor* do que a jurisprudência do TST conferiu aos trabalhadores,

a par de estabelecer marco jurídico seguro para as empresas saberem suas obrigações:

a) Sanção pelo Fracionamento Irregular das Férias

“Art. 137. Sempre que as férias forem concedidas após o prazo de que trata o art. 134, ou fracionadas fora dos parâmetros estabelecidos no § 1º dos arts. 134 e 139, o empregador pagará em dobro a respectiva remuneração”.

b) Cumulatividade na Percepção dos Adicionais de Periculosidade e Insalubridade

“Art. 193. (...)

§ 2º - O empregado poderá receber cumulativamente o adicional de periculosidade com o de insalubridade, desde que decorram de fatores diversos, porém tendo como base de cálculo conjunta o piso salarial da categoria”.

c) Indenização pela Lavagem de Uniforme

“Art. 458. (...)

§ 5º - O empregador deverá ressarcir o empregado dos gastos realizados com a lavagem do uniforme quando este for de uso obrigatório e a lavagem e higienização necessitar de produtos ou procedimentos diferenciados em relação às roupas de uso comum” (acrescentado).

Essas seriam apenas algumas singelas sugestões, tomando por base os casos analisados no presente estudo.

5. Reforma Processual para Simplificação Recursal

Quanto à *racionalização judicial e simplificação recursal*, um dos meios de se chegar a ela, ao menos em relação ao órgão de cúpula da Justiça do Trabalho, que é o TST, seria a *regulamentação do critério de transcendência* do recurso de revista, *sabidamente mantido pela Lei 13.015/16*, ao introduzir novas letras ao art. 896 da CLT, sem revoga-lo.

Assim dispõe o vigente *art. 896-A da CLT*, acrescentado pela Medida Provisória 2.226/01 e *declarado constitucional pelo STF* na ADIn 2.527-9 (Rel. Min. Ellen Gracie Northfleet):

“Art.896-A - O Tribunal Superior do Trabalho, no recurso de revista, examinará previamente se a causa oferece transcen-

dência com relação aos reflexos gerais de natureza econômica, política, social ou jurídica”.

A sistemática dos recursos repetitivos, em que pese ser sucedâneo da transcendência, não é incompatível com a mesma. Podem se conjugar as duas forças para dinamizar a atuação do TST, de tal forma que a *sistemática da Lei 13.015/14* cuidaria da *esfera macro*, de eleição e julgamento dos *grandes temas*, afetando-os à SDI-1 ou Pleno do TST, e a *sistemática da MP 2.226/01* contribuiria para desafogar as Turmas, na *esfera micro*, descartando os recursos que, na sua integralidade, não apresentassem transcendência econômica, política, jurídica ou social suficiente.

Nesse sentido, poder-se-ia cogitar de dar *maior densidade ao art. 896-A da CLT*, acrescentando-lhe os seguintes parágrafos:

“Art. 896-A. (...)

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

I – econômica, o elevado valor da causa;

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

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

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

§ 2º Poderá o Relator denegar seguimento, monocraticamente, ao Recurso de Revista por reputá-lo intranscendente, cabendo agravo da decisão para o colegiado.

§ 3º Em relação ao Recurso reputado intranscendente pelo Relator, poderá o Recorrente, em sessão, fazer a sustentação oral da transcendência, por 5 (cinco) minutos.

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

§ 5º A decisão monocrática do Relator, no sentido da intranscendência da matéria veiculada em Agravo de Instrumento em Recurso de Revista, será irrecorrível.

§ 6º O juízo de admissibilidade do Recurso de Revista exer-

cido pela Presidência dos Tribunais Regionais do Trabalho está limitado à análise dos pressupostos intrínsecos e extrínsecos do apelo, não abrangendo o critério de transcendência das questões nele veiculadas” (acrescentados).

Dessa forma, os Ministros do TST teriam *tempo para se dedicar às longas sessões plenárias de uniformização de jurisprudência*, não pressionados pela necessidade de julgar pormenorizadamente casos que não justificam um 3º pronunciamento revisor da Justiça Laboral.

Não é demais lembrar que o *STJ*, que já vive há anos às voltas com o *sistema dos recursos repetitivos* ora introduzido na esfera do TST pela Lei 13.015/14, está postulando junto ao Congresso Nacional *mecanismo mais eficaz*, estampado na *PEC 209-B, de 2012*, que prevê a *inserção do § 1º ao art. 105 da Constituição Federal*, de seguinte teor:

“Art. 105. (...)

§ 1º No recurso especial, o recorrente deverá demonstrar a relevância das questões de direito federal infraconstitucional discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços dos membros do órgão competente para o julgamento”.

A PEC já foi aprovada na CCJ da Câmara dos Deputados e, na Comissão Especial, recebeu texto substitutivo mais detalhado, para não ter de remeter à lei a regulamentação da matéria.

Se tal sistema fosse adotado pelo TST para o *recurso de revista*, nos mesmos termos originais da PEC 209-B/12, as Turmas se veriam desafogadas do volume que impede a análise tranquila, detida, profunda e adequada das questões mais relevantes, bastando que outro ministro da Turma concorde com o descarte de determinado processo, para que não seja reputado relevante.

Será que a experiência negativa do STJ com o sistema do recurso repetitivo não estaria sinalizando para o TST que a via eleita pela Lei 13.015/14, mas ainda não trilhada pela Cor-

te, não é boa e que seria melhor seguir o ditado e “*escarmentar em cabeça alheia*”?

6. Conclusão

Cabendo ao *Legislador* fazer a *ponderação* quanto à criação desses novos direitos trabalhistas, em face da necessidade de *geração e manutenção de empregos* e sob o prisma da busca do *desenvolvimento econômico e social* de nosso país, bem como de *simplificação e racionalização judicial* para dar *maior efetividade ao processo*, poderão algumas das presentes propostas ser acolhidas e outras rejeitadas ou modificadas, bem como outros direitos serem incluídos ou limitados.

Mas não terá a *Justiça do Trabalho*, ao celebrar seus 75 anos de existência, e o *TST* nos seus 70 anos, deixado de contribuir, por seus integrantes, para a reflexão legislativa, ao *sinular para a necessidade de uma proteção efetiva ao trabalhador*. Caberá então ao Legislativo *transformar essa proteção ideal em proteção real*, encontrando o *ponto de equilíbrio* na fixação dos direitos trabalhistas, equilíbrio que também deve ser buscado pela Justiça Laboral, cuja missão existencial, não se pode nunca olvidar, é a *harmonizar as relações de trabalho e compor os conflitos sociais*, dando a cada um o que é seu: o justo salário ao trabalhador e a justa retribuição à empresa (cfr. art. 766 da CLT).

