

UNIVERSIDADE FEDERAL FLUMINENSE
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO CONSTITUCIONAL

CAROLINE RODRIGUES OLIVEIRA GOMES

“O BRASIL TERÁ QUE PARTIR PARA ESTA REFORMA”: O DIREITO
CONSTITUCIONAL DO TRABALHO E INTERAÇÕES INSTITUCIONAIS NA
ATUAÇÃO DO STF (2018-2020)

NITERÓI
2021

CAROLINE RODRIGUES OLIVEIRA GOMES

“O BRASIL TERÁ QUE PARTIR PARA ESTA REFORMA”: O DIREITO
CONSTITUCIONAL DO TRABALHO E INTERAÇÕES INSTITUCIONAIS NA
ATUAÇÃO DO STF (2018-2020)

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* em Direito Constitucional da Universidade Federal Fluminense como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito Constitucional. Linha de Pesquisa: Instituições Políticas, Administração Pública e Jurisdição Constitucional.

Orientador
Prof. Dr. Cássio Luis Casagrande

Niterói, RJ
2021

Ficha catalográfica automática - SDC/BFD
Gerada com informações fornecidas pelo autor

G633? Gomes, Caroline Rodrigues O.
?O Brasil terá que partir para esta reforma?: : O Direito
Constitucional do Trabalho e interações institucionais na
atuação do STF (2018-2020) / Caroline Rodrigues O. Gomes ;
Cássio Luís Casagrande, orientador. Niterói, 2021.
159 f.

Dissertação (mestrado)-Universidade Federal Fluminense,
Niterói, 2021.

DOI: <http://dx.doi.org/10.22409/PPGDC.2021.m.14498845714>

1. Direito constitucional do trabalho. 2. Supremo Tribunal
Federal. 3. Ativismo judicial. 4. Produção intelectual. I.
Casagrande, Cássio Luís, orientador. II. Universidade
Federal Fluminense. Faculdade de Direito. III. Título.

CDD -

CAROLINE RODRIGUES OLIVEIRA GOMES

“O BRASIL TERÁ QUE PARTIR PARA ESTA REFORMA”: O DIREITO
CONSTITUCIONAL DO TRABALHO E INTERAÇÕES INSTITUCIONAIS NA
ATUAÇÃO DO STF (2018-2020)

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* em Direito Constitucional da Universidade Federal Fluminense como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito Constitucional. Linha de Pesquisa: Instituições Políticas, Administração Pública e Jurisdição Constitucional.

Aprovada em 28 de setembro de 2021.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Cássio Luis Casagrande – UFF
Orientador

Prof. Dr. Marco Aurélio Lagreca Casamasso – UFF

Prof. Dr. Luigi Bonizzato – UFRJ

Prof. Dr. Rodrigo De Lacerda Carelli – UFRJ

Niterói
2021

Aos meus avós, Ary e Leony, Neuza e Wilton.

AGRADECIMENTOS

Ao final do processo de redação da dissertação, quando finalmente pude me dedicar a este tópico, um título de um filme britânico que gostava muito na adolescência não me saía da cabeça: A solidão do corredor de longa distância (*The loneliness of long distance runner*), de 1962; mesmo sendo um pouco barroca (ou dramático, se preferir) – ainda mais se consideramos que foi baseado em um romance de formação – a expressão me pareceu pertinente ainda hoje.

Refletindo sobre esse título, e, imersa em um estado de espírito talvez um pouco piegas, me peguei correlacionando-o com o isolamento forçado advindo das turbulências da pandemia desde março de 2020. Enfrentar um empreendimento acadêmico como o curso de mestrado nesse panorama não deixa de ser uma tarefa extremamente dura como também, de forma inevitável, bastante solitária. Contudo, contei com a ajuda de tantas pessoas queridas ao curso desse processo que suas colaborações e seus incentivos tornaram, sem dúvida, a solidão de *minha* longa distância mais suportável.

Para meu pai Wilton, que esteve comigo no período mais difícil desses anos; para Bia, meu amor imenso (e isso você já sabe): aos dois, obrigada por tudo.

Para minha família, minha mãe Flávia, meus avós, Ary e Leony, Neuza e Wilton, obrigada por todo incentivo e carinho de sempre.

Para meu querido Felipe, por estar do meu lado nos momentos mais tempestuosos. Por todo tempo que nos foi roubado, obrigada pela presença.

Eu fui agraciada com os mais talentosos e inteligentes amigos que poderia desejar ou merecer. Com meu carinho para todos vocês (e em ordem simplesmente alfabética, para não gerarmos ciúmes): Ana Luiza, Clarissa, Daniella, Giuliana, Lilian, Luiz Alberto e Victor, obrigada por estarem comigo!

Aos meus amigos do escritório Vilhena, Barbosa e Associados, Dr. Paulo, Vânia e Wanderson: obrigada pela confiança depositada em mim.

Ao meu orientador Cássio Casagrande, novamente obrigada pelos conselhos e apoio ao meu aperfeiçoamento ao longo do curso.

No mesmo sentido, meus agradecimentos aos docentes do PPGDC/UFF pelos direcionamentos e pelo aprendizado. Aos servidores administrativos, Eric Maciel e Jayme Souza, minha especial gratidão por toda a disponibilidade e atenção.

Por fim, agradeço aos membros da banca examinadora, professores Luigi Bonizzato, Rodrigo Carelli e Marco Casamasso, pelas acuradas críticas ao meu trabalho, que foram essenciais para o resultado desta pesquisa.

Infelizmente corro o risco de ter deixado alguém de fora desta breve menção. Se assim tiver ocorrido, aproveito para reiterar meus agradecimentos finais a todos aqueles que de muitas formas – visíveis ou invisíveis – me ajudaram neste trajeto.

[...]

As mãos de Nekhlíúdob esfriaram de novo, ele pôs-se a falar com veemência.

– E o que seria isso?

– Seria a justiça.

– Como se a justiça fosse o objetivo da atividade do tribunal – disse Nekhlíúdob.

– E qual seria o objetivo?

– A manutenção dos interesses de uma classe. O tribunal, a meu ver, é apenas um instrumento administrativo para manutenção do estado de coisas vigente, vantajoso para a nossa classe.

(Liev Tolstói, Ressurreição)

RESUMO

GOMES, Caroline Rodrigues Oliveira. **“O Brasil terá que partir para esta reforma”:** o direito constitucional do trabalho e interações institucionais na atuação do STF (2018-2020). 2021. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – Faculdade de Direito, Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2021.

O estudo tenciona a análise de marcos jurisprudenciais do STF em matéria trabalhista no período compreendido entre os anos de 2018 e 2020 e o modo pelo qual indicam tendência de esvaziamento dos direitos laborais previstos na Constituição de 1988. Os julgamentos objeto do recorte temático se sobressaem pelo o que poderia ser apontado, inicialmente, como postura de deferência da Corte ao Poder Legislativo diante da mera reafirmação das normas de flexibilização laboral ali debatidas. Contudo, o emprego de métodos argumentativos de maior apreço às consequências políticas destas leis – e não tanto por parâmetros jurídicos de constitucionalidade relacionados ao artigo 7º da Constituição de 1988 – em idêntico teor das discussões entabuladas no Congresso Nacional, indispõem a constatação de conduta autocontida. Neste contexto, a inquirição empreendida visa discutir, com base nas teses decisórias consolidadas sobre a temática, eventual indistinção institucional entre o STF e o Legislativo, na medida em que o primeiro possa se utilizar de suas atribuições interpretativas para reafirmação da supremacia judicial. A metodologia empregada para este estudo é de abordagem qualitativa teórica, de caráter analítico, proposta a partir de investigações de cunho jurídico-dogmático. O procedimento técnico adotado foi de revisão bibliográfica e análise documental de artigos acadêmicos inseridos no eixo da teoria constitucional positiva, doutrinas, leis e jurisprudências das Cortes constitucionais brasileira e estadunidense

Palavras-chave: Direito constitucional do trabalho; Supremo Tribunal Federal; ativismo judicial.

ABSTRACT

The study intends to analyze the Brazilian Supreme Court's precedents in labor matters in the period between the years 2018 and 2020 and the way in which they indicate a tendency to undermine the labor rights provided by the 1988 Constitution. The rules of the Court that are object of this thematic section stand out for what could be pointed out, initially, as a posture of deference of the Supreme Court to the Legislative branch before the mere reaffirmation of the labor flexibilization norms debated therein. However, the use of argumentative methods of greater appreciation of the political consequences of these laws - and not so much in application of legal parameters of constitutionality related to article 7 of the 1988 Constitution – in line with the discussions held in the National Congress, do not have the finding of self-restraint conduct. In this context, the inquiry aims to discuss, based on the consolidated decision theses on the subject, the possible institutional indistinction between the Supreme Court and the Legislative, since the former may use its interpretative powers to reaffirm judicial supremacy. The methodology employed in this study was a qualitative theoretical and analytical approach, based on legal-dogmatic research. The technical procedure adopted was a bibliographic review and documentary analysis of academic articles in positive constitutional theory, doctrines, laws, and the rules of the Brazilian and US's Constitutional Courts.

Keywords: Constitutional labor law; Brazilian's Supreme Court; judicial activism.

LISTA DE ABREVIações E SIGLAS

ACT	Acordo Coletivo de Trabalho
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADC	Ação Declaratória de Constitucionalidade
ADO	Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
ARE	Recurso Extraordinário com Agravo
art.	artigo
CCJ	Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania
CCT	Convenção Coletiva de Trabalho
CUT	Central Única dos Trabalhadores
CLT	Consolidação das Leis do Trabalho
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CRFB/1988	Constituição da República Brasileira de 1988
CTPS	Carteira de Trabalho e Previdência Social
DIEESE	Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos
FGTS	Fundo de Garantia por Tempo de Serviço
INSS	Instituto Nacional do Seguro Social
MI	Mandado de Injunção
MP	Medida Provisória
OIT	Organização Internacional do Trabalho
PDV	Plano de Demissão Voluntária
PL	Projeto de Lei
PLR	Participação nos Lucros e Resultados
RE	Recurso Extraordinário
RISF	Regimento Interno do Senado Federal
STF	Supremo Tribunal Federal
TST	Tribunal Superior do Trabalho

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	12
1. <u>O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O DIREITO DO TRABALHO</u>	24
1.1. PREMISSAS TEÓRICAS E CRITÉRIOS PARA LEVANTAMENTO DOS JULGAMENTOS DO STF.....	24
1.1.1. <u>Terceirização trabalhista</u>	30
1.1.2. <u>Direito coletivo e atuação sindical</u>	35
1.2. SENTIDOS DA FLEXIBILIZAÇÃO NEGATIVA PARA O DIREITO LABORAL NA CONSTITUIÇÃO DE 1988.....	41
1.3. AUTORRESTRICÇÃO JUDICIAL?.....	43
2. <u>INTERAÇÕES INSTITUCIONAIS E LIMITES DA ATUAÇÃO DO STF</u>	47
2.1. CONTROLE JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDADE E FORMAS DE EXPRESSÃO DO ATIVISMO JUDICIAL.....	47
2.2. ERA LOCHNER À BRASILEIRA?.....	56
2.2.1. <u>Conformação conservadora da Suprema Corte norte-americana e ativismo contramajoritário: a Era <i>Lochner</i></u>	56
2.2.2. <u>Brasil, década de 2010: conformação conservadora do STF em matéria laboral</u>	61
3. <u>SUPREMACIA JUDICIAL E INDISTINÇÃO INSTITUCIONAL</u>	67
3.1. DESENHO CONSTITUCIONAL E MECANISMOS DE REAFIRMAÇÃO DA SUPREMACIA JUDICIAL.....	68
3.2. INDISTINÇÃO INSTITUCIONAL NA ATUAÇÃO DO STF.....	75
3.2.1. <u>Insulamento político: contramajoritário <i>ma non troppo</i></u>	78
3.2.2. <u>Argumentos políticos e vinculantes</u>	82
3.2.3. <u>indistinção institucional enquanto comportamento estratégico</u>	85
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	87
REFERÊNCIAS.....	92
ANEXO I – PARECERES LEGISLATIVOS APRESENTADOS À COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO, JUSTIÇA E CIDADANIA DO SENADO FEDERAL (2016-2017).107	
ANEXO II – FUNDAMENTOS DECISÓRIOS DA JURISPRUDÊNCIA DO STF EM MATÉRIA LABORAL (2018-2020)	117

INTRODUÇÃO

A partir da posse de Michel Temer na presidência da República, ao final de agosto de 2016, foi possível verificar, paulatinamente, a amplificação dos discursos e posicionamentos no Congresso Nacional em defesa de maior flexibilização do Direito do Trabalho. Sob as bandeiras de promoção de maior liberdade econômica e menor intervenção do Estado nas relações de trabalho, este movimento político de flexibilização de direitos sociais para atendimento das necessidades do livre-mercado pode ser percebido em nível mundial.

No Brasil, as legislações laborais mais expressivas produzidas desde 2016 – a Lei nº 13.429, de 31 de março de 2017, conhecida como a polêmica Lei das Terceirizações, a Reforma Trabalhista (Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017), a Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019, que delineia a denominada Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, assim como as normas emergenciais editadas sob a pandemia de COVID-19 – têm em comum a ampla desregulamentação e violações das normas constitucionais de proteção ao empregado e à relação de emprego.

As justificativas apresentadas pelos parlamentares na defesa dos projetos de lei versam sobre a necessidade de modernização da legislação frente aos efeitos da disrupção tecnológica na seara trabalhista, assim como o irrefreável crescimento dos índices de desemprego – tido como consequência direta da suposta rigidez das normas de proteção ao trabalhador. Mas serão estes os verdadeiros objetivos destas normas, ou estamos diante do desmonte do Estado-Providência com intuito de favorecer a livre concorrência em detrimento dos direitos sociais laborais?

Sobre estes diagnósticos, Alain Supiot aponta como efeito devastador do Mercado Total e sua racionalidade a “seleção natural dos sistemas normativos, pela prática da concorrência dos direitos”, com o surgimento de um “‘mercado de produtos legislativos’, aberto à escolha de indivíduos livres para se colocarem sob a lei que lhes seja mais favorável” (SUPIOT, 2014, p. 58-59). Trata-se, portanto, da concretização da concorrência no Direito do Trabalho, pautada na abertura para construção de narrativas políticas acerca da excepcionalidade das regras protetivas específicas deste ramo jurídico, considerando-se a perspectiva de que não há outra alternativa para a contenção dos efeitos da crise econômica senão a flexibilização negativa de

direitos (FERREIRA, 2012, p. 37 e 75) que se torna medida de orientação de políticas públicas e da própria atuação das instituições.

Deste modo, idêntica permeabilidade discursiva é constatada no posicionamento do Supremo Tribunal Federal sobre o tema, pois as posturas adotadas não parecem ir em caminho oposto ao do Legislativo. No mais, alguns indícios desta tendência jurisprudencial aparecem antes mesmo dos questionamentos das Reformas de 2017 opostos à Corte.

O título deste trabalho, aliás, advém de discussão entabulada no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.842, em 14 de setembro de 2016 entre os Ministros Luis Roberto Barroso e Marco Aurélio. Ao debaterem sobre a tendência generalizada – em termos materiais e globais – de flexibilização do Direito do Trabalho, o segundo Ministro afirma: “Exato. Mais dia, ou menos dia, o Brasil terá que partir para esta reforma”¹.

É curioso o que encontramos ao esmiuçar as discussões e votos dos Ministros. De fato, neste julgamento tem-se um Supremo que se comporta de forma mais tímida quando comparado com os precedentes de 2018 em diante, mas, até onde se pode verificar, é a primeira deliberação que aponta de forma cabal como a Corte estava inserida no “clima de reformas” pelo qual o país atravessava após o impeachment de 31 de agosto de 2016. O que sobreveio da impressão causada pela afirmação do Ministro Marco Aurélio é ela consiste praticamente em uma declaração da postura adotada nos anos seguintes pela Corte.

Dois outros julgamentos corroboraram essa tendência. Partindo de argumentação pautada na necessidade de afastar empecilhos à livre organização da atividade empresarial, e conseqüentemente, demover limitações ao princípio da livre iniciativa, no Recurso Extraordinário nº 958.252/MG o Tribunal considerou a

¹ O trecho em questão foi retirado das notas taquigráficas da sessão de julgamento, registrada no Anexo II desta dissertação. Contudo, de forma bastante curiosa, é de verificar registro vídeo da mesma sessão, consta que a afirmação do Ministro Marco Aurélio seria “[...] Exato, mais dia ou menos dia nós vamos ter que partir para essa reforma [...]”, disposto em 1:08:05. Disponível em <<https://youtu.be/lobW8tUgVk>>. Acesso em 29.9.2021. Chama a atenção ao uso do pronome “nós”, e não do substantivo “Brasil” enquanto sujeito da oração. Estaria o Ministro referindo-se ao próprio Tribunal? Por quais motivos o registro foi alterado na transcrição da sessão? Estas indagações são inquietantes, ainda mais pelo fato que estão em plena consonância com o problema dessa pesquisa, a seguir esmiuçado. Todavia, diante da impossibilidade de sua resolução nesta pesquisa e, ainda, a transcrição direta dos registros dos votos dos ministros a partir do inteiro teor dos acórdãos no Anexo mencionado, optou-se pela manutenção do título da forma como registrado nestes documentos, até mesmo para manutenção de uniformidade de registros dos demais julgamentos como fontes primárias. Agradeço ao professor Rodrigo Carelli pela sinalização desta pertinente divergência.

constitucionalidade da terceirização de atividades-meio e atividades-fim sem a necessária correlação desta prática com os efeitos da decisão sobre a precarização das proteções laborais.

Já em 2020, com base nestes mesmos argumentos e, ainda, com fundamento na necessidade de proteção dos empregos durante a pandemia de Covid-19, a Corte decidiu pela possibilidade de redução salarial por negociação individual entre empregado e empregador, ou seja, sem a participação sindical, em expressa violação ao texto dos arts. 7º, incisos VI e XIII, XXVI, e 8º da Constituição Federal de 1988.

Dos exemplos acima, ainda que brevemente considerados, uma característica se destaca, e será encontrada de forma recorrente como marca dos julgados recentes do STF em matéria trabalhista: as teses consolidadas não apenas se restringem à discussão sobre os parâmetros jurídicos que imporiam a constitucionalidade das normas questionadas frente ao art. 7º, como também resta patente que os fundamentos últimos das razões decisórias residem na qualificação destes regramentos como positivos ou não para a persecução de determinada política laboral para o país. Caberia ao Supremo realizar tal tipo de escrutínio, quando a defesa de critérios desta natureza já fora deliberada no Legislativo?

Para além das críticas imediatas e cabíveis a estes julgamentos para os pilares protetivos do Direito do Trabalho – uma inquietação primeva quando do início desta pesquisa – outra problemática que se manifesta neste quadro concerne às possibilidades de expansão do Poder Judiciário, aqui lido como o próprio STF, como forma de expressão de supremacia judicial.

A princípio, o raciocínio pode soar singelo e algumas críticas poderiam ser abordadas pois, afinal, não estaria o Supremo apenas se comportando nos limites de sua atribuição interpretativa e, ainda, sendo deferente às escolhas do legislador? Apesar deste tipo de objeção ter certo cabimento, as respostas não são simples.

Na dinâmica de separação de poderes compreendida nos regimes constitucionais da atualidade, é inegável que há assunção de postura políticas nos julgamentos deste de cortes constitucionais, não sendo empreitada trivial precisar os liames entre o teor jurídico e político destas decisões.

Neste sentido, Alec Stone Sweet (2000, p. 61-62) e Mauro Cappelletti (1999, p. 74-76) dissertam sobre a evidente possibilidade de criação judiciária, que apenas se distingue do processo de criação legislativo em razão procedimental, pois o

Judiciário encontra-se atado a limites como os precedentes e a interpretação jurídica. Deste modo, advém uma das variáveis normativas de distinção institucional das cortes constitucionais, que consiste na tecnicidade jurídica que as individualizam no controle judicial de constitucionalidade. Implica-se, portanto, que no processo de *lawmaking* realizado nesta instância, os parâmetros de compatibilidade de normas infraconstitucionais com a Constituição deverão ser pautados prioritariamente em fundamentação jurídica.

Outra característica que distingue as cortes advém de critérios genéricos de sua composição, no qual os julgadores são escolhidos não por eleições ou concursos públicos, mas sim por indicação política de membros de outros Poderes (nos casos brasileiro e norte-americano, pelo Chefe do Executivo após confirmação do Senado Federal). Para Conrado Hübner Mendes, esta vem a ser a primeira variável institucional que torna singular o escrutínio constitucional realizado nas cortes constitucionais, que as distingue tanto do Legislativo quanto da jurisdição ordinária (2013, p. 73-74). Neste quadro, portanto, o que se verifica é que a distinção destas cortes não reside tanto no plano funcional, eis que a criação política é inerente a todos os poderes constituídos, mas sim no plano institucional (STONE SWEET, 2000, p. 62).

Desta feita, para a investigação acerca de extrapolação destes limites como desenhados normativamente faz-se necessário o amparo em teorias positivas do direito constitucional porquanto estas dizem respeito ao funcionamento efetivo das instituições examinadas e de suas interações diante da dinâmica política posta (FRIEDMAN, 2004, p. 1257). Assim, inquirição da prática decisória do Supremo Tribunal encontra-se inserida em marco teórico positivo (ARGUELHES; RIBEIRO, 2016 p. 427).

Consideradas as decisões proferidas sobre a temática trabalhista, seria possível verificar a mitigação dos elementos de distinção no desenho da Corte a partir destes julgamentos? Partindo dessa perspectiva, a hipótese que se apresenta é que há, com respaldo nestes mesmos elementos decisórios, assunção de postura em indistinção institucional em relação ao Poder Legislativo, possivelmente adotada como instrumento de reafirmação de supremacia judicial.

Neste ponto, seriam apontados como critérios os fenômenos do ativismo judicial e judicialização da política, que, em última análise, indicam a utilização e a

atuação do Tribunal em semelhança ao Poder Legislativo. De fato, estes são instrumentos teóricos que amparam uma análise sobre o caráter funcional do STF, porém, mais que o propósito de indicar de forma definitiva a ocorrência destas posturas, o objetivo deste estudo é de descrição do desempenho do Supremo a partir do “retrato” que são as decisões trabalhistas a partir de 2018 na dinâmica constitucional.

A deliberação acerca deste recorte se justifica na medida em que a discussão geral sobre o que se considera como protagonismo judicial não é satisfatória pela amplitude de matérias constitucionais discutidas na Corte. A investigação, portanto, parte do viés específico do Direito do Trabalho, para fornecer aportes de definição desta tendência da atuação do órgão de cúpula do Judiciário.

No que tange à metodologia empregada, a inquirição posta será examinada por pesquisa qualitativa teórica de caráter analítico, proposta a partir de investigações de cunho jurídico-dogmático. O procedimento técnico adotado foi de revisão bibliográfica e análise documental de artigos acadêmicos, doutrinas, leis e jurisprudências.

Não obstante a natureza interpretativa do capítulo inicial, a natureza do trabalho é predominantemente descritiva, pois ampara-se em métodos de raciocínio indutivo para examinar as relações entre o fenômeno observado e o processo de generalização dos resultados posteriores (GUSTIN; DIAS, 2006, p. 22-23)

A divisão do trabalho encontra-se amparada na persecução de objetivos específicos de pesquisa. Neste propósito, o primeiro capítulo, trata da análise qualitativa dos votos proferidos pelos Ministros do STF em matéria trabalhista no período de 2018 a 2020. O lapso em questão é justificado por alguns fatores, pois em que pese alguns julgamentos paradigmáticos anteriores a este marco temporal, há maior concentração de teses de natureza francamente desfavoráveis aos trabalhadores na fase que se segue às “inevitáveis” Reformas nas leis laborais ao curso do ano de 2017. Como se verá, o Supremo parece ter se organizado desta forma com intuito de conceder maior coerência conjuntural às decisões, soando também presumivelmente mais deferente ao Congresso Nacional.

O recorte institucional elencado no estudo é o Plenário do Supremo Tribunal Federal, e o recorte objetivo, por seu turno, será a análise qualitativa dos votos dos Ministros que compõem a Corte.

Inicialmente o marco temporal almejado para esta revisão compreenderia as decisões relativas ao direito material do trabalho proferidas no período de 2010 a 2020. Tal delimitação justificava-se pelo fato de que esta década foi marcada por profundas alterações nos panoramas institucional e econômico brasileiro, o que, por conseguinte, teve poder de influência na Corte constitucional e na sua atuação jurisdicional.

Assim, a pretensão concebida era dispor as decisões em três blocos, constituídos 1) pelo período anterior à Reforma Trabalhista de 2017, ou seja, de 2010 a 2016; 2) por julgados relativos às normas advindas da referida Reforma, assim como diversas leis do mesmo ano que, como visto, foram igualmente marcadas pela ampla flexibilização das proteções do Direito do Trabalho (vide Lei nº 13.429, de 31 de março de 2017, a polêmica Lei das Terceirizações); e 3) os julgados relativos às normas trabalhistas emergenciais da Pandemia de Covid-19, no curso do ano de 2020.

Contudo, no desenvolvimento da pesquisa, tal marco e a tentativa de organizá-lo com base nestes critérios mostraram-se insustentáveis por dois motivos; o primeiro, e mais imediato, diz respeito à impossibilidade de disposição pelos blocos acima considerando a data do julgado no STF. Isto porque verificou-se que inúmeras decisões constitucionais levantadas sobre o tema ocorreram anos depois da edição da norma questionada, o que decorre, logicamente, de que o STF enquanto órgão do Judiciário somente age a partir de provocação dos jurisdicionados. Assim, dificilmente o escopo de abordar a postura da Corte em relação à Reforma Trabalhista, por exemplo, se mostraria realizável, já que ainda tramitarão nos anos seguintes a 2020 ações que versam sobre temas relevantíssimos destas alterações².

No mais, interessa destacar que o tempo para se efetivar a decisão mostrou-se volátil até mesmo em relação à temática da matéria questionada. A título exemplificativo: a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 5.938, que abordava a permissão do labor de gestantes em atividades insalubres, trazida pela Reforma de 2017, foi distribuída em abril de 2018 e teve seu julgamento concluído em 29 de maio de 2019; neste caso, o tema é bastante sensível por seu próprio objeto, o que parece

² Dois tópicos notórios que poderão ser julgados em 2021 e que, infelizmente, foram deixados de fora desta pesquisa por este motivo: o primeiro corresponde ao julgamento das ADIs nº 5.826, 5.829 e 6.154, sobre o contrato de trabalho intermitente advindo da Lei 13.467/2017. O segundo diz respeito à ADI nº 5.994, que versa sobre a possibilidade de acordo individual entre empregado e empregador para jornada de trabalho no regime 12x36. Ambos são temas de grande repercussão para as bases constitucionais do Direito do Trabalho.

justificar a decisão de sua inconstitucionalidade menos de dois anos após a vigência da norma. Já a ADI nº 2.288 – cujo objeto era a inconstitucionalidade do art. 19 da Medida Provisória nº 1.950-66/2000 que, em linhas gerais, impossibilitava a ultratividade de normas coletivas – somente teve o julgamento do mérito terminado em 4 de junho de 2020, ou seja, mais de vinte anos após a propositura da ação em sede de controle concentrado em abril de 2000.

Por tudo isto, é que se constatou a impossibilidade de organização por datas das decisões, assim como a discriminação do lapso temporal de 2010 a 2020 como inicialmente pretendido. Como se verá, a opção residiu, portanto, em organizá-las em duas grandes temáticas específicas que afetam diretamente os fundamentos do art. 7º da Constituição: a terceirização laboral e o direito coletivo do trabalho a partir da representação sindical.

Esta foi, ao final, uma escolha difícil, e o título deste estudo demonstra este enfrentamento. Como visto, a seleção visou filtrar ao máximo o escopo da pesquisa para focar as matérias que tem e terão maior repercussão no futuro do Direito do Trabalho. Além disso, as teses sustentadas nos julgamentos debatidos adiante evidenciam com maior vigor a hipótese de pesquisa, que é a possível postura de indistinção institucional entre o STF e o Poder Legislativo.

Todavia, em que pese a exclusão posterior da ADI 4.842 dos eixos abordados, esse julgamento merece breves considerações, dada a importância que teve na construção desta pesquisa.

A referida Ação versava sobre a inconstitucionalidade no art. 5º da Lei 11.901/2006, com permissivo para que as jornadas de bombeiros civis fossem, via de regra, de 12 horas de trabalho consecutivas seguidas de 36 horas de descanso remunerado. O vício de constitucionalidade em relação ao art. 7º da Constituição residia, para o Procurador-Geral da República, na jornada sem previsão constitucional, além dos riscos sanitários inerentes ao trabalho com este tipo de duração. Em 14 de setembro de 2016, o julgamento foi majoritário no sentido de improcedência do pleito, pautando-se, em linhas gerais no argumento de que a norma constitucional institui mera faculdade para compensação de horários – a critério da liberdade de escolha do empregado e do empregador – e na ausência de riscos à saúde do trabalhador neste tipo de jornada para além das 8 horas diárias.

Note-se que o julgado foi excluído da análise por critério objetivo: não se enquadra materialmente nos tópicos de terceirização ou direito sindical – elencados no capítulo como critérios de agrupamento temático – pois versa sobre a jornada de trabalho de uma categoria específica de trabalhadores. Contudo, como salientado anteriormente, este julgamento importa pela afirmação disposta nos debates entre os Ministros, antecipando constatação prévia, mas firme, de postura da Corte nos anos que se seguiram.

Tecidas estas considerações, retoma-se aos critérios de reorganização. O segundo motivo de levantamento dos julgados é de espectro teórico, e considera que no comportamento estratégico assumido pelas Cortes constitucionais em geral, o STF incluso, há formas de organização – como o poder de agenda – para que a decisão seja proferida em momento favorável de conformação da maioria dos julgadores e com menor possibilidade de oposição contundente na sociedade e nos Poderes Executivo e Legislativo³ (ARGUELHES; HARTMANN, 2017, p. 106-107; MENDES, 2013, p. 161; ROSENBERG, 1993, pp. 14, 36 e 43).

Considerando estas variáveis é possível constatar justamente que no período posterior às ditas reformas legislativas de 2017 é que há maior concentração de decisões pelo STF no sentido de flexibilização dos direitos laborais em questão; como se verá, os referidos julgados concentram-se nos anos de 2018, 2019 e 2020.

Por tais motivos é que a organização final das decisões deu-se em tópicos temáticos, agrupando os temas controversos que alcançaram o Supremo Tribunal.

Sob viés quantitativo, seria possível abordar objeção sobre incorrência de grande expressão numérica de julgados se utilizados os critérios de levantamento que serão a seguir relatados. Todavia, a análise qualitativa do conjunto de decisões abordadas é relevante na medida em que permite explorar as complexidades das fundamentações dos julgadores para autorizar a viabilidade de normas infraconstitucionais flexibilizadoras das regras constitucionais de proteção ao labor, assim como estas decisões evidenciam particular dinâmica institucional entre o STF e o Poder Legislativo. Como se verá, os julgados versam sobre institutos basilares do

³ Os pedidos de vista, feitos pelos Ministros do STF com intuito de apurar os autos do processo com maior detalhamento, foram objeto de investigação de Diego Arguelhes e Ivar Hartmann como instrumento informal de manipulação temporal e controle de agenda decisória da Corte (2017, p. 107-108). Sobre esta ferramenta, a título ilustrativo, verifica-se em análise quantitativa do III Relatório Supremo em Números, da Fundação Getúlio Vargas, que os pedidos de vista relativos à temática trabalhista são os de maior duração temporal, com a média de 704 dias (FALCÃO; HARTMANN; CHAVES, 2014, p. 96).

ordenamento jurídico trabalhista quando discutidos sobre a ótica de transformações das relações de trabalho no final do século XXI, e disso advém sua relevância decisória⁴.

Neste propósito, foram elencados dois eixos orientadores dos principais julgamentos do período, que são a terceirização trabalhista e o direito sindical. Ambos os temas possuem prescrições normativas sensíveis às bases do direito trabalhista, e igualmente sobre ambos, o STF se pronunciou de maneira favorável à livre-iniciativa, disposta no art. 170 da Constituição, enquanto dogma econômico e da necessidade de persecução desta determinação como objetivo constitucional de maior importância para as políticas nacionais de relações de trabalho.

De outra via, dois elementos teóricos foram necessários para a imposição dos critérios de levantamentos dos julgados. O primeiro diz respeito à flexibilização negativa trabalhista – porquanto restritiva de direitos dos empregados (FERREIRA, 2012, p. 37; 75) – amparada em ameaça do princípio protetivo que ampara o direito laboral (SUPIOT, 2016, p. 92-94)

Com intuito de discutir o contexto em que se constrói a normatividade do Direito do Trabalho (supostamente tida como extremamente rígida), a discussão entabulada na primeira seção prossegue pela inquirição dos fundamentos de existência desse ramo jurídico como instrumento de pacificação social, assim como sua influência no constitucionalismo no século XX e XXI, consideradas as noções de Estado do bem-estar social e intervenção estatal nas atividades econômicas. Realiza-se um esforço jurídico-histórico com intuito de situar as origens dos princípios da ordem econômica insculpidos na Constituição de 1988 e sua aparente antinomia.

Já o segundo critério de levantamento refere-se ao que se poderia chamar de deferência do STF às escolhas do Legislativo, que é geralmente identificada no exercício do *judicial review* que dispõe de manutenção da lógica normativa como deliberada nos demais Poderes (HORWITZ, 2008, p. 23; 30; POSNER, 1983, p. 10). Assim, os julgamentos em sede de jurisdição constitucional aqui analisados foram

⁴ Os trechos das decisões abordadas no Capítulo 1 encontram-se no Anexo II deste trabalho. Como a discussão ali entabulada consiste na investigação sobre os fundamentos decisórios expostos pelos Ministros, o propósito deste documento é a sistematização das decisões discutidas no capítulo em comento, uma vez que a análise argumentativa ali entabulada requer a remissão aos fundamentos decisórios como fonte primária. No mesmo sentido, o Anexo I dispõe dos votos dos deputados relatores dos Projetos de Lei que culminaram nas Reformas Trabalhistas de 2017, que servirão, no objetivo desta pesquisa, como contraposição aos fundamentos decisórios presentes nos votos do Ministros do STF.

selecionados por conterem o que, em impressão inicial, poderiam ser vislumbrados como fundamentos decisórios deferentes aos argumentos normativos postos pelo Congresso.

No entanto, o aspecto teórico da autorrestrrição judicial é comumente apontado como correlato à interpretação minimalista do Tribunal constitucional – isto é, a utilização de argumentos que não se imiscuem em aspectos fundacionais de determinado direito assim como indica que os julgadores não pretendem, com a decisão no caso em julgamento, utilizar de elementos decisórios amplos e capazes de impor vinculação rígida de posicionamento do Tribunal às controvérsias judiciais futuras (SUNSTEIN, 2008, p.826).

Neste panorama, uma vez constatada postura autocontida da Corte, a interpretação minimalista poderá ser identificada como técnica decisória, pois em ambos os casos o que orienta a postura final do Judiciário é a ciência de sua limitação epistêmica para o conhecimento pleno de todas as variáveis atinentes à matéria constitucional questionada (POSNER, 2012, p. 521; SUNSTEIN, 2008, p. 827).

As decisões elencadas no primeiro capítulo possuem distintiva interação entre estes dados, e este espectro que embasa a discussão final da seção: se de um lado os Ministros consideram-se autocontidos nos julgamentos por deferência ao Legislativo no controle de constitucionalidade exercido, por outro, os votos não apresentam técnicas de decisão que primam pelo minimalismo. O maximalismo interpretativo – aqui entendido, portanto, como oposto imediato da definição de minimalismo – tem como suas características nos casos examinados certa postura fundamentalista em relação a dogmas econômicos do liberalismo (livre iniciativa, concorrência irrestrita), sendo este o traço distintivo da jurisprudência das Reformas Trabalhistas de então.

Por não constada postura de deferência nas teses majoritárias, é que o capítulo seguinte transbordará na discussão acerca da possibilidade de verificação de ativismo judicial através de seu viés interpretativo.

O ativismo judicial contemporâneo deve ser entendido a partir das repercussões da expansão do Poder Judiciário na atual fase do constitucionalismo. Trata-se de fenômeno de difícil catalogação, dada a ausência de sua uniformidade espacial e temporal, que lhe permite expressão por diversas formas e intensidades nos mais variados contextos de organização estatal e política (CAMPOS, 2012, p. 25;

ROBERTS, 2007, p. 574-575). Portanto, novamente neste aspecto, demanda-se escrutínio em concreto de decisões ou posicionamentos tidos por ativistas, pois o que pode ser considerado como tal em determinado contexto poderá, por outra via, não o ser sob perspectiva diversa.

Para apreciação teórica do tema, partiu-se de referenciais de origem norte-americana. A justificativa para tanto reside na semelhança institucional entre a Suprema Corte e o STF, sendo certo que este segundo possui inspiração histórica e constitucional na primeira desde seus primórdios na Constituição de 1891, assim como parcela dos mecanismos de controle judicial de constitucionalidade exercido por esta Corte (controle difuso). Ademais, estas teorias possuem repercussão contemporânea nas explorações acadêmicas brasileiras sobre o assunto, daí a imprescindibilidade de sua remissão teórica nas discussões entabuladas neste estudo.

O segundo tópico deste capítulo parte de viés de história constitucional, no qual ganha relevo a comparação do contexto judiciário brasileiro atual com a denominada Era *Lochner* (1895-1936), período em que a Suprema Corte dos Estados Unidos restou caracterizada pelo ativismo judicial conservador e pelo fundamentalismo econômico. A decisão paradigma deste período é *Lochner v. New York* (1905), cuja tese acolhida pelo Tribunal constitucional norte-americano privilegia a plena liberdade de atuação empresarial em prejuízo de normas de limitação da livre exploração do trabalho humano.

Assim, a argumentação versará sobre o que se define como postura fundamentalista do STF, que deduz construções constitucionais a partir de fundamentos postos como interdisciplinares; no caso específico dos julgamentos levantados, utilizando-se de abordagens com suposto aporte das ciências econômicas. A indagação que orientou tal análise partiu da verificação de convergência política e econômica nas posturas desreguladoras do STF e do Poder Legislativo quanto ao direito laboral.

Diante deste quadro de expressões, o tópico abordará, de forma comparativa, as definições de ativismo judicial na Suprema Corte dos Estados Unidos e no Supremo Tribunal Federal brasileiro, assim como a possibilidade de que esta postura interpretativa não detenha legitimidade enquanto prerrogativa de atuação protetiva de direitos fundamentais pelos tribunais constitucionais.

Tendo o capítulo 2 se dedicado à discussão de ativismo judicial, o capítulo que o sucede inicia com as condições de expansão do Poder Judiciário e a possibilidade de que este se tornasse um poder com participação política efetiva na dinâmica constitucional. Sob o desenho constitucional de 1988, revisa-se alguns momentos exemplares de como o STF utilizou sua competência interpretativa para ampliar ou reduzir as atribuições que lhe foram confiadas sob a égide deste marco normativo.

Por fim, o debate acerca da indistinção institucional, hipótese abordada neste trabalho, reside neste escopo, ponderando que as variáveis normativas que distinguem o STF do Legislativo não se encontram amparadas no exercício do *judicial review* das leis trabalhistas de caráter reformista da legislação protetiva dos direitos.

1. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O DIREITO DO TRABALHO

O capítulo que inicia esta dissertação pretende apontar a possibilidade de expansão interpretativa do Supremo Tribunal Federal – aqui entendida no sentido de eventual extrapolação de seu papel institucional – a partir de conjunto de decisões sobre a flexibilização negativa do direito material do trabalho, tal como protegido na Constituição federal de 1988, considerados os argumentos decisórios utilizados pelos julgadores para tanto.

1.1. PREMISSAS TEÓRICAS E CRITÉRIOS PARA LEVANTAMENTO DOS JULGAMENTOS DO STF

Ao realizar o controle de constitucionalidade das controvérsias constitucionais relativas ao Direito do Trabalho, o STF ratifica a perspectiva de flexibilização negativa destas normas. Este é um dos conceitos teóricos utilizados para realizar o levantamento das decisões a seguir tratadas.

Reconhecer que algo passou por uma *flexibilização* implica necessariamente reconhecer que este objeto se encontrava antes *enrijecido*. No caso particular do Direito do Trabalho, o argumento da rigidez de suas normas e de seus “consequentes” efeitos sobre o mercado de trabalho já são lugar comum e sinônimo de *estagnação*, mesmo fora dos ambientes de discurso jurídico ou econômico. No entanto, o critério subjetivo e termo de *flexibilização* que orientou a primeira fase desta revisão parte do pressuposto de que as relações de trabalho são supostamente rígidas em virtude de uma premissa que lhe é inerente: a proteção do trabalhador frente ao empregador⁵.

“Na relação de trabalho, o trabalhador, ao contrário do empregador, não arrisca o patrimônio, arrisca a pele. E foi, desde logo, para salvar a última, que o direito do trabalho se constituiu” (SUPIOT, 2016, p. 92). A fórmula do princípio da segurança, ou da proteção (CARELLI, 2017, p. 323) acima expressa resulta da constatada incapacidade do Direito Civil – instrumento jurídico, por excelência, das relações

⁵ De forma complementar, o critério objetivo de flexibilização laboral na definição de Mauricio Godinho Delgado versa sobre a “[...] atenuação da força imperativa das normas componentes do Direito do Trabalho, de modo a mitigar a amplitude de seus comandos e/ou os parâmetros próprios para a sua incidência. Ou seja, trata-se da diminuição da imperatividade das normas justralhistas ou da amplitude de seus efeitos, em conformidade com autorização fixada por norma heterônoma estatal ou por norma coletiva negociada” (2019, p. 71-72).

privadas que pressupõem igualdade entre os sujeitos – em servir de meio de regulação para as relações de trabalho.

O empregado é a parte hipossuficiente por sua própria condição de prestador de serviços (CARELLI, 2017, p. 322). O reconhecimento de que as partes que compõem a relação de trabalho são manifestamente desiguais é, assim, o cerne do Direito do Trabalho e de todo arcabouço do direito social subsequente, até mesmo nos ordenamentos em que “[...] o abstencionismo estatal em matéria de relações de trabalho”, como na Inglaterra, faz-se presente (SUPIOT, 2016, p. 93-94).

A referida incapacidade dos postulados do Direito Civil em regular as dinâmicas trabalhistas decorre da concepção de que o trabalho é um bem, ou seja, possui natureza patrimonial, desatrelada do aspecto pessoal (SUPIOT, 2016, p. 69). Ora, se o corpo humano e a energia dispendida no labor não podem ser patrimônios, a consequência disto é que o trabalho não é e não pode ser considerado uma mercadoria (SUPIOT, 2016, p. 80; 2019, p. 23). A autonomia, portanto, do Direito do Trabalho em relação ao contratualismo de natureza meramente civil decorre da antinomia entre a patrimonialidade do trabalho e a suprapatrimonialidade da pessoa humana (SUPIOT, 2016, p. 91).

Na medida em que arcabouço civilista liberal mostrou-se instrumento insuficiente para reconhecer esta dimensão do Direito do Trabalho, o mesmo movimento ocorreu no constitucionalismo.

O modelo de constitucionalismo liberal da era moderna, advindo principalmente da Constituição dos Estados Unidos de 1787, detém opção econômica-normativa – mesmo que implícita (COUSO, 2019, p. 228/229) – do que na atualidade se classifica como liberalismo clássico, já que objetiva a proteção dos direitos da propriedade e do livre empreendimento em seu aparato constitucional e infraconstitucional (GRAU, 2010, p. 71). Portanto, sua construção teórica e jurídica versa sobre a identificação entre a limitação do poder do Estado e garantia de legalidade de sua atuação com o Estado de Direito (GRAU, 2010, p. 205).

Sob esta perspectiva de identificação entre Estado liberal e Estado de Direito, o constitucionalismo dos séculos XVIII e XIX viu seu declínio após a Primeira Guerra Mundial, diante de profunda crise da ortodoxia liberal, notoriamente a partir da percepção de falibilidade da capacidade de autorregulação dos mercados (GRAU, 2010, p. 20). Este momento histórico delinea o despontamento do modelo de Estado

social, sendo o constitucionalismo deste período influenciado pela Constituição Mexicana de 1917 e pela Constituição da República de Weimar, de 1919.

O constitucionalismo social é marcado pela oposição à sistemática constitucional anterior em relação à atuação do Estado, pois este não mais se restringirá à mera limitação do poder estatal sobre as condutas dos particulares, e sim na adoção de postura positiva dos entes na persecução e racionalização de políticas públicas cujo fundamento político encontra respaldo na “[...] igualdade na liberdade e a garantia do exercício dessa liberdade” (BERCOVICI, 1999, p. 37).

A referida oposição, no entanto, deve ser lida com cautela; a amplitude concedida à proteção de direitos sociais e a regulação dos direitos econômicos não necessariamente constituiu uma aproximação com o ideário socialista do início do século XX, mas antes reveste-se de atuação do Estado como legitimador e renovador da ordem capitalista (GRAU, 2010, p. 43). Tal dado importa quando se considera as tensões imanentes desta ordem constitucional que visa, em seus pressupostos de origem, servir de mediação entre os interesses sociais – o trabalho, notoriamente incluso neste eixo – e do mercado.

A normatização de mecanismos de controle dos mercados é o principal aspecto de classificação das constituições advindas de matriz do constitucionalismo social como intervencionistas. Na definição de Eros Grau o “direito posto pelo Estado surge para disciplinar os mercados, de modo que se pode dizer que ele se presta a permitir a fluência da circulação mercantil, para domesticar os determinismos econômicos” (GRAU, 2010, p. 30)⁶. No mesmo sentido, Karl Polanyi reconhece que a intervenção estatal no plano normativo com vistas de organização do mercado não é uma incoerência da economia liberal, de forma que a regulação é, de fato, de pré-condição de existência de um mercado (supostamente) autorregulado (POLANYI, 2000, p. 181).

Assim, em plano de taxinomia constitucional, o conceito de constituição econômica advém desta transformação de postura em relação ao papel do Estado a

⁶ Nesta mesma leitura, Gilberto Bercovici argumenta que a denominação “intervencionista” implica necessariamente a premissa de que mercado e ordem social são fenômenos apartados (BERCOVICI, 2010, p. 395). E de fato, se considerar-se a concretização deste dualismo – não sanado pela tentativa de mediação das constituições intervencionistas entre as realidades social e econômica – é possível realizar análise crítica das falhas deste projeto constitucional por consolidar normas de conteúdos meramente simbólicos, tendo como consequência o desmantelamento do Estado de bem-estar social no contexto neoliberal do fim do século XX (BERCOVICI; MASSONETTO, 2006, p. 59; COUSO, 2019, p. 234).

partir do constitucionalismo social. Nesta percepção, estas constituições não se limitam a questionar as estruturas econômicas vigentes como também tem o objetivo explícito de alterá-las (BERCOVICI, 2010, p. 397).

Este conceito possui mesma definição por Joaquim Canotilho, que argumenta pela necessária correlação deste e o constitucionalismo social, porquanto a escolha por determinado perfil de condução econômica pelo Estado indica também persecução de um objetivo social apto a “satisfazer as expectativas dos menos favorecidos em condições de uma justa condição de igualdade de oportunidades” (CANOTILHO, 2003, p. 346).

Para Eros Grau, o conceito se desdobra na percepção de constituições dirigentes, que trazem em seu bojo prescrições dispostas como princípios e regras sobre a ordem econômica, de intenção transformadora, com limites e coerência interna para alcance de determinado objetivo (GRAU, 2010, p. 76). Neste sentir, pretende distinção entre o plano empírico (identificado como a ordem econômica do mundo do ser, a realidade econômica posta e institucionalizada) e normativo (ordem econômica do dever ser, e assim, jurídica), sendo que as constituições dirigentes necessariamente se identificam com a instituição do segundo aspecto (GRAU, 2010, p. 13).

Sob este viés, os três autores acima mencionados concordam em identificar a Constituição de 1988 como dirigente (BERCOVICI, 2010, p. 400; CANOTILHO, 2001, p. VIII; GRAU, 2010, p. 174), conceito este também adotado nesta pesquisa a partir destes apontamentos. A definição resta patente à leitura do art. 170, em que os fundamentos orientadores da ordem econômica deverão, necessariamente, encontrar seus eixos e limites na valorização do trabalho e da livre iniciativa.

Considerando, portanto, como premissa a pretensão da ordem econômica na Constituição de 1988 de mediar tensões entre o mercado e o social, a elevação de garantias trabalhistas a direitos fundamentais⁷ merece atenção neste contexto, pois

⁷ Aliás, o histórico constitucional democrático brasileiro no período republicano é bem delineado sob a perspectiva do constitucionalismo social, com três constituições políticas – 1934, 1946 e 1988 – de franca aproximação em seus objetivos, inclusive, no aspecto econômico (BERCOVICI, 2010, p. 397; GRAU, 2010, p. 63; SILVA, 2012, p. 788). A Constituição de 1946, à semelhança da atual, previa no art. 145 que “a ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da justiça social, conciliando a liberdade de iniciativa com a valorização do trabalho humano”. No que tange à constitucionalização do Direito do Trabalho, em todas é possível encontrar delimitação de garantias como o salário mínimo, não discriminação entre sexos, não distinção entre trabalho manual ou intelectual, direito às férias, dentre outros. Contudo, a elevação destes anteriormente denominados

importa na intenção do legislador em garantir a especial proteção a esta categoria de direitos, dado que encontram-se respaldados no próprio propósito do Estado.

Assim, o critério de flexibilização destas normas constitucionais pode ser finalmente definido como uma flexibilização negativa dos direitos trabalhistas ali previstos, posto que impõe redução da proteção especialmente elencada pelo legislador constituinte – proteção esta, reitera-se, mimetizada no plano constitucional do que se considera a premissa basilar de proteção dos empregados diante a relação de trabalho – além de possivelmente adentrar na deslegitimação da razão de ser da ordem econômica como prevista na Constituição de 1988.

No limite, e isto será abordado no tópico de discussão pertinente, a flexibilização abordada no levantamento das decisões do STF implica, em alguma medida, o retorno da sistemática justrabalhista sob a primeira concepção civilista e a possível reconfiguração do trabalho como mercadoria. Nisto reside a importância desta categoria de análise para os julgados dispostos neste capítulo.

O segundo critério de investigação e levantamento das jurisprudências versa sobre o que se pode identificar, à primeira vista, como a reiterada deferência do Plenário do Supremo ao Poder Legislativo ao ratificar a constitucionalidade das normas de flexibilização laboral ali discutidas e prolatadas. Saliente-se, contudo, que este critério não orientou o levantamento dos julgados que contivessem fundamentação literalmente expressa sobre deferência ao Legislativo – apesar de haver algumas ocorrências neste sentido – e sim por abordar aqueles precedentes que de fato ratificaram as reformas laborais tais como aprovadas no Congresso.

A variável, no entanto, se justifica a explorar um desdobramento interessante: apesar da premissa de que a Corte portou-se, aparentemente, em postura de mera autocontenção⁸ ao julgar a constitucionalidade das normas, os fundamentos ali dispostos, e, principalmente, o própria argumentação em defesa destes atos normativos, nos leva a crer que a avaliação de simples deferência ao Legislativo não se sustenta de todo.

“preceitos” a direitos fundamentais, assim caracterizados, somente será encontrado na atual Constituição federal.

⁸ Esta premissa considera dois eixos. O primeiro, relativo ao controle de constitucionalidade dos atos normativos, que no Brasil não é de atribuição exclusiva do Judiciário e que fora, nos casos sob análise, realizado em etapas anteriores no curso do processo legislativo (SILVA, 2021, p. 569-570). O segundo eixo é referente ao exercício da função majoritária do Poder Legislativo, considerando sua legitimidade democrática dos representantes eleitos ao Parlamento para os debates ali travados.

Aqui, parte-se da lógica de que nenhuma lei possui, de pronto, predicados de inconstitucionalidade, mas que esta característica lhe é atribuída através de determinado arcabouço teórico e interpretativo, sendo cabível, portanto, nos processos de controle de constitucionalidade, a demonstração da compatibilidade ou não da norma com o ordenamento constitucional (SILVA, 2021, p. 566).

A partir disto, o eixo de levantamento das jurisprudências visa a posterior discussão dos fundamentos pelos quais os votos majoritários no STF que reconhecem a constitucionalidade de determinada norma trabalhista flexibilizadora de direitos fundamentais assumem simultaneamente para si o ônus de defesa desta lei a partir de deduções vagas (CAMPOS, 2016, p. 77; YOUNG, 2002, p. 1141) e maximalistas, esta última definida por “formulações teóricas ambiciosas, extensas e profundas, além do necessário para justificar o resultado das decisões concretas” (CAMPOS, 2012, p. 160), como também no sentido de que tais construções propõem “quantidade desnecessária de informação para se obter a melhor alternativa de ação” (ARGUELHES; LEAL, 2009, p. 201).

Portanto, a investigação se justifica na constatação de que o ônus de defesa da constitucionalidade da lei já foi debatido ou eventualmente foi ou será suprido pelo Legislativo, não cabendo a assunção, pelo STF, do papel de “poder constituinte reformador” (VIEIRA, 2008, p. 445) neste aspecto, o que, por consequência, afasta a narrativa de deferência da Corte.

Em síntese, são estes posicionamentos recorrentes na temática trabalhista abordada. A discussão não se limita à constitucionalidade das leis, mas também na reiterada defesa das reformas ali dispostas como medidas benéficas para a dinâmica socioeconômica do país.

Isto posto, a seleção dos julgados dispostos neste capítulo objetiva primordialmente aqueles advindos de ações de controle concentrado de constitucionalidade de normas federais, pois o propósito é investigar a relação institucional entre o STF e o Poder Legislativo federal.

Contudo, considerada a dinâmica do controle de constitucionalidade no direito brasileiro e a formação destes precedentes, incluem-se na análise aqueles julgados em sede de controle difuso em que o STF dispõe de argumentos igualmente maximalistas para confirmar a constitucionalidade de ato jurídico diverso (notadamente a súmula nº 331 do TST) – no sentido de abarcarem fundamentações

amplas, que ultrapassam os limites da controvérsia constitucional posta, e igualmente vinculantes a casos futuros, diante da profundidade dos debates acerca da natureza e razões das normas julgadas (SUNSTEIN, 2008, p. 826-828). Estes julgados serviram para a formação de precedentes da Corte sobre os temas abordados, de modo que a inquirição de sua *ratio decidendi* é de relevo para o questionamento que se propõe nesta pesquisa.

O mesmo viés pode ser defendido em relação às ADIs sobre as Medidas Provisórias editadas pelo Poder Executivo no despontar da pandemia de Covid-19 no Brasil. O principal motivo para elencá-las em um debate – que, a princípio, aparenta afastamento dos critérios de investigações principais – se justifica por que se considerou pela reiteração de determinados fundamentos argumentativos pela Corte em defesa da flexibilização das normas constitucionais laborais. Além disso, tem-se em conta a gravidade da formação destes precedentes, que, em síntese, ocasionam permissivo jurídico para a total ausência de participação sindical em negociações que versem sobre redução de direitos basilares dos empregados.

Estabelecidas tais premissas, passa-se à análise das decisões do STF.

1.1.1. Terceirização trabalhista

A Lei federal nº 13.429 de 31 de março 2017 é um marco normativo advindo de momento legislativo de permeabilidade do Congresso Nacional ao discurso de desregulamentação do direito do trabalho e da flexibilização das regras laborais enquanto suposta tábua de salvação da economia brasileira. Esta lei regulamenta a subcontratação, situação esta já há muito existente nas dinâmicas organizacionais e justralhistas, e que no Brasil restou convencionada como terceirização. Não se trata de técnica nova de organização do trabalho, mas o fenômeno de sua expansão é recente, datando da década de 1990 (ANTUNES, 2018, p. 123; SANTOS, 2016, p. 41).

As práticas de terceirização guardam correlação com a precarização do emprego, decorrente diretamente da pulverização do sindicalismo e poder de barganha dos empregados (SUPIOT, 2014, p. 125). A precarização implica, assim, a criação de categorias que impõem desigualdades entre empregados, com amplas desvantagens aos terceirizados, como ganhos salariais menores, jornadas de trabalho maiores sem a correspondente remuneração proporcional pelas horas extras e

ausência de benefícios como vale-alimentação e Participação nos Lucros e Resultados (ANTUNES, 2018, p. 160).

A regulação da terceirização no Brasil, até o mencionado marco normativo, provinha da súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho. Editado no período de expansão desta forma de contratação nos anos 1990, o enunciado impõe requisitos para a legalidade da relação de trabalho intermediada, estabelecendo vínculo de emprego com o tomador de serviços a fim de proteger o empregado contra fraudes na contratação. Apesar destas prescrições, a súmula colaborou para a criação de zona cinzenta de indefinição entre os conceitos de atividade-fim e atividade-meio, designando apenas que as primeiras não poderiam ser objetos de terceirização por constituírem-se de atividades nucleares da empresa (FRAGALE FILHO; SIQUEIRA NETO, 2018, p. 51).

Neste contexto, poucos meses antes da aprovação do texto final da Reforma Trabalhista, foi promulgada a referida lei da terceirização laboral no Brasil. Seu processo legislativo tratou da açodada recuperação de projeto de lei do ano de 1998, cuja tramitação, ao curso de quase 20 anos, é marcada pelas idas e vindas entre a Câmara dos Deputados e Senado federal sem aparente conclusão de seus termos⁹.

Os debates para aprovação da nova regulação pautaram-se pela necessidade de aumentar a competitividade em razão da flexibilização laboral, sequer abordando os problemas da qualidade dos contratos de trabalho terceirizados (FRAGALE FILHO; SIQUEIRA NETO, 2018, p. 60). O parecer da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania da Câmara dos Deputados, em dezembro de 2016, ignora os fundamentos constitucionais que dispõem da valorização do trabalho enquanto fundamento da República e da ordem econômica, e consideram, de forma lacônica, que para a “preservação plena da livre-iniciativa” não se pode impor limitações legislativas à organização do trabalho¹⁰.

Em conjunto da possibilidade de terceirização total (art. 9º, §3º), a lei 13.429/2017 indica, em abstrato, que não haverá configuração de relação de emprego entre o tomador de serviço e o empregado (art. 4º-A, §2º), afastando a aplicação da

⁹ Para verificação da tramitação na íntegra, confira-se a página do Projeto de Lei nº 4.302 de 19 de março de 1998 no sítio da Câmara dos Deputados. Disponível em <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=20794>>. Acesso em 12.1.2021.

¹⁰ Cf. Anexo I - Pareceres legislativos apresentados à Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal (2016-2017).

súmula 331 do TST no que diz respeito ao reconhecimento de vínculo em hipótese de fraude trabalhista.

Ora, a norma poderia prever a natureza do contrato, mas não a natureza da relação entre as partes, vez que esta sempre será fática (CARELLI, 2018, p. 180). Contudo, esta previsão pré-determinada da relação de trabalho não é inovação imposta pela lei de 2017: a lei dos transportadores de cargas (Lei federal nº 11.442 de 2007) e a lei das cabeleireiras, ou salão parceiro (Lei federal nº 13.352 de 2016) trazem em seu bojo dispositivos que esvaziam de antemão a caracterização de vínculo empregatício e, conseqüentemente, afastam as regras de proteção ao empregado e emprego previstas no art. 7º da Constituição de 1988 e da CLT.

A partir deste histórico da regulação do tema, passa-se à discussão sobre como o STF, quando instado a se manifestar, portou-se em relação ele considerando os critérios de seleção de julgados elencados no início deste capítulo.

A Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 324 teve como escopo o conjunto de decisões da Justiça do Trabalho proferidas com base na súmula 331 do TST. Esta ação, proposta pela Associação Brasileira do Agronegócio em 2014, pautou-se na alegada imprecisão dos tribunais trabalhistas sobre as hipóteses de terceirização, o que, em sua causa de pedir, causaria imprevisibilidade ao ambiente dos negócios.

Seu julgamento em 30 de agosto de 2018 foi realizado em conjunto ao Recurso Extraordinário (RE) nº 958.252/MG, afetado como controvérsia representativa de repercussão geral. Esta ação em sede de controle difuso de constitucionalidade questionava a aplicação da mencionada súmula na Justiça do Trabalho, tendo o recorrente sustentado que a ampla liberdade de contratação encontra amparo no arcabouço constitucional.

O voto do Ministro Luiz Fux, relator do Recurso, possui algumas curiosas e paradoxais construções argumentativas: apesar de afirmar ser o Legislativo o *locus* mais adequado para a discussão em questão ser o Legislativo, há assunção expressa do ônus de julgar a matéria pelo STF, mesmo após a aprovação e vigência da Lei 13.429 em março de 2017, em virtude de sua “função [...] de conceder uma resposta à sociedade acerca do modo como deve ser entendida [...] a terceirização”. A gravidade deste aspecto decisório reside no que se poderia apontar como a superação, em tese, da interpretação anteriormente disposta pelo TST pelo referido

arcabouço normativo, com conseqüente perda de objeto deste recurso extraordinário¹¹, o que, por escolha do relator, não foi abordado em seu voto ou naqueles dos demais ministros, vencidos ou não¹².

Em seguida, o Ministro dispõe da necessidade de instrumental empírico para melhor sustentação do voto. Neste sentir, destrincha ao curso de quatro laudas o dossiê elaborado pela CUT e DIEESE, que consta nos autos, e pondera sobre sua imprestabilidade enquanto prova em defesa da inconstitucionalidade da terceirização em razão de suas falhas metodológicas, apontadas no voto. No entanto, logo em seguida argumenta que, diferente dos dados anteriores, os estudos empíricos sobre os benefícios desta forma de organização empresarial são mais “robustos” e, por isso devem ser considerados. O relator aponta em seguida seis estudos internacionais (majoritariamente estadunidenses) e três brasileiros, sem a igual exposição de suas metodologias ou oportunidade de contraditório, vez que tais dados não se encontram acostados nos autos da ação em questão.

O voto do Ministro Luis Roberto Barroso neste julgamento apresenta igualmente certo maximalismo interpretativo, que reside em construções no sentido da obsolescência da legislação trabalhista diante da modernização dos processos produtivos e a desvantagem competitiva de um modelo “engessado” de legislação trabalhista que não permite sua adequação à nova realidade global. O Ministro aponta – sem a apresentação de dados que corroborem a afirmação – que a representação sindical não é prejudicada pela terceirização, e sim pelo fato que a organização dos sindicatos não funciona para esta categoria de empregados em virtude do sistema de unicidade sindical, então caracterizado como obsoleto. Ademais, salienta-se a “desvantagem competitiva” em que o Brasil se encontraria em relação a outros países que tem a terceirização como legítima em seus ordenamentos jurídicos.

¹¹ A partir do levantamento realizado para esta pesquisa, verifica-se que o julgamento por perda de objeto em virtude de superveniência de norma regulamentadora sobre o tema não é desconhecido pelo STF: houve reconhecimento de prejudicialidade do mérito por perda de objeto no caso, por exemplo, na já mencionada ADI 2.288. O objeto da ação era vedação trazida por dispositivos da MP nº 1.950-66/2000 à ultratividade de normas coletivas. A relatora da ação, Ministra Cármen Lúcia, julgou-a prejudicada em razão da superveniência da Lei 13.467/2017, que trata expressamente do tema por conta da alteração do art. 614 da CLT. O julgamento da ADI somente foi finalizado passados 20 anos da sua distribuição, no ano de 2020.

¹² Cf. o teor do voto do Ministro Luiz Fux e resultado do julgamento no Anexo II – Fundamentos decisórios da jurisprudência do STF em matéria laboral (2018-2020).

Os demais votos que acompanharam esta linha proposta pelos Ministros Fux e Barroso (voto dos Ministros Gilmar Mendes e Alexandre de Moraes¹³) foram de relevo para consolidação de precedentes primevos em relação à possibilidade de ampla terceirização no ordenamento jurídico trabalhista atual, pois idêntica construção argumentativa será encontrada no julgamento da ADI nº 3.961 protocolada em abril de 2007 e da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) nº 48, distribuída em 19.8.2017.

Desta feita, sob relatoria do Ministro Luis Roberto Barroso, as ações foram julgadas em conjunto por possuírem como objeto a já mencionada lei dos transportadores de carga de 2007. Em plenário virtual, foi reconhecida a procedência do pleito de constitucionalidade da norma, sob o fundamento de que a Constituição federal não veda a terceirização de atividades meio ou fim. No entendimento final da Corte, a relação entre o transportador de carga e a empresa de transporte é de natureza civil e, portanto, não se sujeita às regras de proteção do direito do trabalho brasileiro.

Há no voto do relator uma principal linha de argumento, construída a partir do seguinte e reiterado silogismo: a Constituição não proíbe a terceirização, pois não impõe uma única forma de estruturação da produção; assim, deve prevalecer a autonomia da vontade para organização e gestão da atividade empresarial, vez que os direitos fundamentais dos trabalhadores já encontram-se assegurados na Constituição e não sofrem maiores riscos de terem sua eficácia comprometida diante do quadro de flexibilização laboral.

Por fim, tem-se em junho 2020 o julgamento em plenário virtual a ADI nº 5.685, que consistia no questionamento da Lei de Terceirizações de 2017. Dentre as violações alegadas, destaca-se a infringência ampla à proteção constitucional aos trabalhadores como disposta no art. 7º e a violação aos princípios constantes no art. 37, pois a norma cria, com a indistinção entre atividades meio e fim, a possibilidade de terceirização da Administração Pública.

¹³ Em determinado trecho do voto, o Ministro Gilmar Mendes chega a afirmar que a manutenção do art. 7º da Constituição somente será possível enquanto houver trabalho formal, e para tanto, a flexibilização do arcabouço jurídico-laboral é medida que se impõe. O ministro Alexandre de Moraes, por seu turno, constrói breve argumentação no sentido de salientar a ausência de proibição da terceirização enquanto técnica de gestão empresarial que, aliás, reputa como válida para o aprimoramento das atividades comerciais no país.

O voto do relator Gilmar Mendes, para a defesa da constitucionalidade da norma, admite a necessidade de conformação do Direito do Trabalho às novas bases econômicas, assim como considera o imperativo de “refundar” os conceitos fundamentais do Direito do Trabalho. Alega, ainda, que o Brasil corre o risco de ser segregado da economia globalizada se não aderir às flexibilizações em curso.

Há novamente a correlação entre terceirização e redução do desemprego, embora o relator oponha ressalvas sobre a simplicidade desta leitura. Todavia, a argumentação é mantida, e os dados advêm de pesquisa realizada por Ives Gandra Martins – inexistente nos autos – que traça comparativos dos índices de desemprego em países europeus antes e depois dos pacotes legislativos de reforma laboral. Não há menção sobre a metodologia eventualmente realizada neste estudo.

Em comum, além das justificativas maximalistas para flexibilização negativa de direitos previstos no art. 7º da Constituição, estes julgados guardam identificação com visão francamente determinista do dito progresso tecnológico-industrial. Não há, na defesa de constitucionalidade das normas como dispostas acima, discussão sobre os propósitos da proteção constitucional conferida aos direitos sociais trabalhistas: a aparentemente urgência na necessidade de readequação destes direitos aos ditames da economia que se configura como imperativo, e não o oposto.

1.1.2. Direito coletivo e atuação sindical

A Reforma Trabalhista de 2017, dentre as diversas alterações nos pilares do direito do trabalho no Brasil, dispõe de normas de franco objetivo de enfraquecimento da representação sindical, vez que a legislação altera dispositivos para retirar parcela considerável do poder de barganha destas entidades, “deslegitimando a representação sindical oficial” (CASAGRANDE, 2018, p. 31-32).

Entre os aspectos destacados no Parecer da Comissão especial, em 12.4.2017, de relatoria do deputado federal Rogério Marinho (PSDB/RN), o sistema sindical brasileiro figura como um dos maiores empecilhos à suposta modernização do direito do trabalho. De argumentos que vão desde a origem “claramente fascista” da contribuição sindical (“[...] uma vez que tinha como principal objetivo subsidiar financeiramente os sindicatos para que dessem sustentação ao governo”) à defesa

da concorrência entre sindicatos, na visão dos congressistas, a figura das entidades coletivas desempenha péssimo papel na economia brasileira¹⁴.

A rigor, os argumentos para a aprovação precipitada da Reforma pautaram-se na construção de inverdades sem fundamentos empíricos sobre o Direito e a Justiça do Trabalho, que terminaram por se enraizar no senso comum e com repercussões nas manifestações e votos de ministros do STF (CARELLI, 2019, p. 33-34; FRAGALE FILHO; SIQUEIRA NETO, 2018, p. 60)

De forma simultânea ao pretense aprimoramento das entidades de classe – no que ainda hoje se pode avaliar contraditório (DELGADO, 2019, p. 124; 159) – a Reforma orientou-se pela prevalência do “negociado sobre o legislado”, isto é, primazia dos acordos entre empregados e empregadores – inclusive individuais, como é o caso do “empregado hiperssuficiente” (art. 444, parágrafo único da CLT) – frente às regras previstas na CLT.

A dimensão desta medida de flexibilização é bastante ampla, como pode ser constatado na redação do controverso arts. 611-A da CLT, no qual consta expressamente a prevalência das ACT ou CCT sobre a legislação. A título meramente exemplificativo, as normas coletivas poderão dispor até mesmo de enquadramento do grau de insalubridade no ambiente laboral (inciso XII), matéria técnica esta afeta às questões de saúde laboral e, até então, cogente sob o aspecto legal (GARCIA, 2018, p. 292).

Em relação ao financiamento dos sindicatos, o STF enfrentou a temática algumas vezes ao curso da década de 2010¹⁵, sendo que estes posicionamentos foram também posteriormente reproduzidos na própria Reforma de 2017.

¹⁴ Cf. Anexo I - Pareceres legislativos apresentados à Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal (2016-2017).

¹⁵ Destes, destaca-se o paradigmático julgamento do RE 590.415, em 30 de abril de 2015, de relatoria do Ministro Luis Roberto Barroso. O objeto do Recurso fora a discussão sobre os efeitos e a validade do Plano de Demissão Voluntária (PDV) entabulado pelo Banco do Brasil. O Plano em comento previa quitação ampla e irrestrita a valores decorrentes do contrato de trabalho em troca de indenização substitutiva imediata. A tese decisória, em síntese, reconhece que a aprovação do PDV através de acordo coletivo, com a participação de empregados, tem eficácia liberatória em relação às verbas resilitórias; o julgado trata-se, assim, de precedente anterior à Reforma de 2017 com a prevalência do “negociado sobre o legislado”. Todavia, em que pese esta delimitação jurídica da controvérsia, o Ministro relator opta por tecer amplas considerações sobre os padrões “corporativos- autoritários”, de vieses alegadamente nazistas, aos quais o sindicalismo brasileiro teria suas bases, e a necessidade premente de se considerar a autonomia da vontade do trabalhador brasileiro enquanto sujeito de direitos.

De fato, há críticas embasadas sobre as contradições do sistema sindical brasileiro, que dispõe de dispositivos de origem autoritária e corporativista concomitantes a preceitos de ampla liberdade associativa e liberdade sindical (DELGADO, 2019, p. 140-141). Neste sentido, em 2003 a Corte aprovou o enunciado da Súmula nº 666, dispondo que a obrigatoriedade da contribuição confederativa (art. 8º, inciso IV da CRFB/1988) – cujo propósito é o financiamento das cúpulas sindicais – somente seria exigível aos filiados do sindicato.

Em 2015, esta súmula foi convertida na Súmula Vinculante nº 40, com eficácia *erga omnes* a todos os órgãos do Judiciário e administração pública (art. 103-A, CRFB/1988).

Sobre este enunciado, dois julgados do Supremo merecem destaque para a compreensão do entendimento desta Corte sobre o financiamento das entidades sindicais; em 2016, houve propositura de Reclamação à Corte por violação da Súmula Vinculante em questão em razão de descontos mensais a título de taxa assistencial. Sustentava o reclamante que esta somente seria devida por aqueles empregados associados após autorização expressa do sindicalizado. O Ministro relator, Edson Fachin, apontou ausência de pertinência deste pedido, uma vez que não violada a Súmula por esta dispor expressamente das contribuições confederativas, inexistindo-se, assim, cabimento processual da Reclamação. Ademais, as denominadas taxas/contribuições assistenciais (art. 513, “e”, da CLT) não se confundem com a contribuição confederativa, posto que seu propósito consiste no financiamento de despesas corriqueiras do sindicato como, por exemplo, aquelas decorrentes dos procedimentos de negociação coletiva (DELGADO, 2019, p.1611).

No entanto, em extravagante exercício expansivo da limitação temática do Tribunal, anteriormente posta pela Súmula Vinculante e reiterada no pelo Ministro Fachin, em fevereiro de 2017, o Ministro relator Gilmar Mendes reconheceu a impossibilidade de exigência compulsória da contribuição assistencial¹⁶, dotando o

¹⁶ Da decisão monocrática do Ministro relator, tem-se que: “[...]Outro não foi o raciocínio utilizado pela Corte, em 11.3.2015, quando converteu em verbete vinculante (n. 40) o enunciado da Súmula 666, com a seguinte redação: A contribuição confederativa de que trata o art. 8º, IV, da Constituição, só é exigível dos filiados ao sindicato respectivo. Logo, o que ficou proclamado foi que a contribuição confederativa, à luz do disposto no art. 8º, IV, da Carta Magna, por não se revestir de caráter tributário, somente pode ser cobrada pelas entidades sindicais de seus respectivos filiados. Esse mesmo raciocínio aplica-se às contribuições assistenciais que, em razão da sua natureza jurídica não tributária, não podem ser exigidas indistintamente de todos aqueles que participem das categorias econômicas ou profissionais, ou das profissões liberais, mas tão somente dos empegados filiados ao sindicato respectivo. Portanto, está correto o entendimento posto no acórdão recorrido. A parte recorrente equivoca-se ao afirmar que,

ARE nº 1.018.549/PR de repercussão geral (sob a afetação temática nº 935). Contudo, em que pese a pendência de julgamento definitivo em 2021 a decisão proferida nos autos vai de encontro com o teor do art. 611-B, inciso XXVI, da CLT¹⁷ como aprovado em novembro do mesmo ano.

Estes precedentes colaboraram para a consolidação dos entendimentos firmados na ADI 5.794, julgada em 29.6.2018, esta sim versando diretamente sobre as alterações promovidas pela Reforma Trabalhista que impuseram a facultatividade do recolhimento da contribuição sindical paga, até então, pelos empregados de forma compulsória.

Esta contribuição difere igualmente daquelas mencionadas supra. Sua previsão infraconstitucional encontra-se regulada entre os arts. 578 e 610 da CLT, consistente no recolhimento único e anual na folha de pagamento do empregado, sendo exigível a toda categoria profissional, independente de filiação. Era igualmente reconhecida pela doutrina (DELGADO, 2019, p. 1609) e pelo STF, em diversos precedentes, inclusive no ARE acima mencionado, a sua natureza eminentemente tributária.

A partir da análise dos votos vencedores no julgamento da ADI no Pleno – proferidos pelos Ministros Luiz Fux, Luis Roberto Barroso, Alexandre de Moraes e Gilmar Mendes – , é possível constatar que o norte dos argumentos ponderados, assim como aqueles debatidos no Congresso, se fixa na necessidade de se impor a

por força da CLT, o exercício de atividade ou profissão, por si só, já torna obrigatória a contribuição para entidade sindical, independentemente da vontade pessoal do empregador ou do empregado. Isso aplica-se apenas para as contribuições sindicais. A interpretação do artigo 513, e, da Consolidação das Leis do Trabalho (de 1943) deve ser feita à luz da Constituição da República de 1988, que consagra os princípios da liberdade de associação e de sindicalização (art. 5º, inciso XX; e art. 8º, inciso V). O princípio da liberdade de associação, nas palavras do Min. Menezes Direito, está previsto no ordenamento jurídico brasileiro desde a Constituição de 1891, tendo sido repetido em todas as Constituições que lhe sucederam. A Carta de 1988, por sua vez, com nítida influência da Constituição portuguesa (art. 46), tratou analiticamente do princípio, enunciando-o de maneira expressa, tanto em sua dimensão positiva (o direito de associar-se e de formar associações) quanto em sua dimensão negativa, a de que ninguém poderá ser compelido a associar-se ou a permanecer associado (art. 5º, inciso XX). (ADI 3.464/DF, Rel. Min. Menezes Direito, Tribunal Pleno, DJe 29.10.2008). E a liberdade de contribuição é mero corolário lógico do direito de associar-se ou não. Portanto, ainda que a Constituição reconheça, em seu art. 7º, XXVI, a força das convenções e acordos coletivos de trabalho, com base nos princípios constitucionais da livre associação ou sindicalização, é impossível a cobrança de contribuição assistencial dos empregados não filiados ao sindicato, pelos motivos já expostos. [...]" (p. 9-11).

¹⁷ Art. 611-B. Constituem objeto ilícito de convenção coletiva ou de acordo coletivo de trabalho, exclusivamente, a supressão ou a redução dos seguintes direitos: [...] XXVI - liberdade de associação profissional ou sindical do trabalhador, inclusive o direito de não sofrer, sem sua expressa e prévia anuência, qualquer cobrança ou desconto salarial estabelecidos em convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho; [...]

devida concorrência aos sindicatos para que prestem melhores serviços aos seus associados, uma vez que sendo a contribuição facultativa, caberiam a estas entidades de classe disputarem entre si a associação de empregados aos seus quadros. Note-se que o referido argumento não é sustentado por bases econômicas verificáveis de que os serviços prestados pelos sindicatos não seriam satisfatórios ou, ainda, que eventual “abertura concorrencial” ocasionasse tal aprimoramento.

Apesar de a contribuição compulsória ter sido salientada como um dos pilares constitucionais de existência do regime sindical brasileiro e que a supressão de tal financiamento sem a substituição por outra fonte de provimento seria como desestabilizadora ao funcionamento das entidades, o referido argumento da concorrência e consequente “modernização” do sistema sindical fez-se presente em todos os votos vencedores¹⁸. Por fim, há a descaracterização do caráter tributário desta contribuição com superação dos precedentes anteriores em sentido contrário.

Este julgado, somado com o anterior ARE de 2017 sobre as demais contribuições aos sindicatos, consolidam as alterações da Reforma Trabalhista no sentido de desmobilização financeira destas entidades de classe.

Em 2020, com a emergência da pandemia de Covid-19, foi editada a Medida Provisória nº 936 de 1º de abril de 2020, que visava a mitigação dos efeitos econômicos negativos em razão das medidas de isolamento social decretadas pelo Poder Público. Com intuito de preservação dos contratos de trabalhos vigentes, a norma permite a suspensão destes, assim como a redução de jornadas e salários, por simples acordo individual entre empregado e empregador¹⁹.

Como se vê, o panorama de crise, diferente dos projetos de lei do Legislativo acima discutidos, encontra-se explícito até mesmo pelo aspecto formal da Medida Provisória. A semelhança ressaltada com as formas legislativas anteriores – que

¹⁸ Foram vencidos neste julgamento os Ministros Edson Fachin, relator inicial da ação, Rosa Weber e Dias Toffoli. Na maioria dos julgados dispostos neste capítulo, os dois primeiros são geralmente vencidos nas matérias trabalhistas abordadas.

¹⁹ Art. 2º Fica instituído o Novo Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda, pelo prazo de cento e vinte dias, contado da data de publicação desta Medida Provisória, com os seguintes objetivos: I - preservar o emprego e a renda; II - garantir a continuidade das atividades laborais e empresariais; e III - reduzir o impacto social decorrente das consequências da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (**covid-19**). Art. 3º São medidas do Novo Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda: I - o pagamento do Benefício Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda; II - a redução proporcional de jornada de trabalho e de salários; e III - a suspensão temporária do contrato de trabalho.

importa para a análise em curso – reside no amparo nesta mesma situação de crise para justificar a aprovação de medidas de flexibilização negativa de direitos laborais.

A Medida foi objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.363, que questionou a violação expressa aos dispositivos constitucionais de proteção à irreduzibilidade salarial sem a participação sindical (art. 7º, VI e XIII, XXVI, e art. 8º da Constituição Federal de 1988). No entanto, em julgamento do referendo de medida cautelar, o Supremo Tribunal Federal considerou a constitucionalidade da norma, dado que a urgência de sua edição é fundamento suficiente para afastar a proteção constitucional.

Ainda sobre a natureza própria da Medida Provisória, os julgadores abordaram a impossibilidade de intervenção judicial, tida como indevida, sobre a matéria, vez que a pendente discussão sobre sua definitividade pelo Poder Legislativo.

Trata-se de nova consolidação de tendência de flexibilização das proteções inerentes ao direito do trabalho pelo Poder Judiciário, inclusive em ofensivas diretas às normas do direito coletivo trabalhista. Na hipótese da decisão em comento, há evidente reforço ao indicativo jurisprudencial desta Corte acerca da desnecessidade da participação sindical na proteção laboral, pondo em risco, novamente, o arcabouço dos direitos fundamentais do trabalho.

Os votos majoritários são assertivos sobre o papel “de atraso” ocasionado pela intervenção dos sindicatos na análise dos contratos excepcionais por conta da necessidade de assegurar o emprego dos trabalhadores durante a situação de crise pandêmica.

Também tratam em seu bojo objetivos genéricos sobre as relações de trabalho que não foram propostos ou sequer discutidos nos limites da finalidade da norma. Neste sentido, vale mencionar a abordagem no voto do Ministro Luis Roberto Barroso, afirmando que as estruturas sindicais não teriam capacidade de atender o número amplo de demandas relativas à aplicação da MP “com proficiência e probidade”. Reitera-se, assim, o que fora anteriormente discutido na ADI 5.794 em termos de crítica ao sistema de unicidade sindical.

Já no voto do Ministro Luis Fux, há exortação à liberdade individual do empregado frente à atuação sindical, além da “insegurança jurídica” ocasionada por “proteção deficiente” dos sindicatos. E apesar de abordada a “autocontenção” da

Corte em razão da posterior análise da MP pelo Congresso, os votos dos Ministros Fux e Gilmar Mendes invariavelmente transitam sobre os benefícios das medidas emergenciais para o país em relação à proteção dos empregos na pandemia.

A gravidade do precedente e o seu contexto de emergência sanitária e econômica global são mais um elo do panorama de transformações no direito do trabalho contemporâneo, que ressignificam conteúdos tradicionais das relações laborais, com aval do Estado, para a desregulamentação de garantias trabalhistas (inclusive no plano constitucional) e amplificam, conseqüentemente, as dificuldades de respostas eficientes do direito coletivo às referidas transformações.

1.2. SENTIDOS DA FLEXIBILIZAÇÃO NEGATIVA PARA O DIREITO LABORAL NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Considerados os méritos das decisões, a partir de potencial abertura à flexibilização dos direitos trabalhistas como protegidos na Constituição de 1988, duas breves ponderações são necessárias.

Ainda que tal tipo de discussão não seja apropriada quando o escopo é eventual discussão dos que se poderia considerar ativismo judicial por parte da Corte (ROBERTS, 2007, p. 570; YOUNG, 2002, p. 1141), este debate, à guisa de conclusão, ainda assim se justifica quando a hipótese se constitui dos limites da atuação jurisdicional. Portanto, por presente a corrosão de alguns dos princípios mediadores entre trabalho e capital como dispostos ao longo da Norma Constitucional e esta análise faz-se justificável.

Os julgados em epígrafe trazem em comum argumentos em defesa de ampliação de competitividade das partes que figuram nas relações trabalhistas (individuais e coletivas) e destacam suposta obsolescência destas relações no contexto contemporâneo de automação do trabalho. Esta tonalidade argumentativa, que beira um certo determinismo tecnológico – aqui entendido como a insuperável e inevitável causalidade entre tecnologia e progresso econômico-social (DE STEFANO, 2020, p. 23-24; WAJCMAN, 2015, p. 27) – é encontrada em igual medida na defesa desta pauta no Poder Legislativo.

Do mesmo modo, a vinculação entre o imprescindível “progresso” como resposta às crises econômicas – que parecem sempre se sobrepor entre si e se

prorrogar indistintamente no tempo – constitui-se de outro motivo apto a fundamentar legislações deste tipo. Neste caso, o paradigma da crise tem como uma das características a leitura de que os riscos socioeconômicos, com vistas de superação deste mesmo contexto, devem ser partilhados por toda a sociedade, sendo certo que tal perspectiva, em um quadro de desigualdade, significa que os cidadãos em situação de maior vulnerabilidade econômica assumirão maior parcela destes riscos (LIMA et al., 2018, p. 211).

Nas relações de trabalho, este compartilhamento dos alardeados riscos econômicos se expressa em relação aos trabalhadores em sua exposição às “[...] situações de trabalho precário e fragilidade laboral” (FERREIRA, 2012, p. 12), no que sociólogo António Casimiro Ferreira identifica a concretização de um direito do trabalho de exceção, em que a função econômica-jurídica das normas laborais sofrem profunda descaracterização de sua formulação instrumental de regulação entre os aspectos jurídicos e econômicos (FERREIRA, 2012, pp. 76, 89-90).

Neste sentir, há abertura para construção de narrativas políticas acerca da excepcionalidade das regras protetivas do direito do trabalho, considerando-se a perspectiva de que não há outra alternativa para a contenção dos efeitos da crise econômica senão a flexibilização negativa de direitos (FERREIRA, 2012, p. 37; 75) que torna-se medida de orientação de políticas públicas e da própria atuação das instituições.

Assim, a *flexibilização* debatida neste capítulo, quando lida também a partir da reafirmação da presunção de constitucionalidade das leis postas pelo Legislativo, implica, necessariamente na corrosão da *mediação* entre capital e trabalho, lógica esta basilar ao Direito do Trabalho e sua proteção enquanto direito fundamental na Constituição de 1988.

O segundo dado versa sobre a verificação de que estas decisões foram proferidas em momento de conjuntura política mais favorável para que a interpretação do STF sobre as temáticas expostas pudesse se consolidar, com a agravante que esta função interpretativa esbarra em eventual assunção de poder constituinte reformador inicialmente de atribuição do Poder Legislativo.

A percepção inicial de que o STF estaria se comportando como uma espécie de “super-legislativo” (LEITER, 2016, p. 55) instiga, portanto, a inquirição sobre sua deferência ou autorrestricção frente às normas aprovadas pelo Legislativo.

1.3. AUTORRESTRICÇÃO JUDICIAL?

Com base na doutrina do teste de racionalidade e escrutínio estrito (*strict scrutiny*) como desenvolvida na Suprema Corte norte-americana e eventualmente aplicada na última década pelo STF²⁰ (ARIGONY, 2019, p. 63), tem-se que o ônus da argumentação de inconstitucionalidade é maior que o de seu inverso, uma vez que esta defesa retórica possui maior amplitude para quem alega os parâmetros de inconsistência de uma norma legal com o plano constitucional (CHEMERINSKY, 2015, p. 790). O raciocínio decorre da presunção de constitucionalidade das normas como debatidas e postas pelo Executivo ou Legislativo, já que estes Poderes, sob a Constituição de 1988, também são agentes de controle destes parâmetros (SILVA, 2021, p. 569-571).

Todavia, o que causa estranheza nos julgados analisados é justamente a assunção de ônus argumentativo tanto maior pelos julgadores quando da defesa da

²⁰ A referida doutrina interpretativa foi aplicada de forma expressa no julgamento da ADI nº 5.105, de relatoria do Ministro Luiz Fux, em 1º.10.2015. Segue-se o trecho inicial do acórdão em questão: “DIREITO CONSTITUCIONAL E ELEITORAL. DIREITO DE ANTENA E DE ACESSO AOS RECURSOS DO FUNDO PARTIDÁRIO ÀS NOVAS AGREMIÇÕES PARTIDÁRIAS CRIADAS APÓS A REALIZAÇÃO DAS ELEIÇÕES. REVERSÃO LEGISLATIVA À EXEGESE ESPECÍFICA DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NAS ADIs 4490 E 4795, REL. MIN. DIAS TOFFOLI. INTERPRETAÇÃO CONFORME DO ART. 47, § 2º, II, DA LEI DAS ELEIÇÕES, A FIM DE SALVAGUARDAR AOS PARTIDOS NOVOS, CRIADOS APÓS A REALIZAÇÃO DO PLEITO PARA A CÂMARA DOS DEPUTADOS, O DIREITO DE ACESSO PROPORCIONAL AOS DOIS TERÇOS DO TEMPO DESTINADO À PROPAGANDA ELEITORAL GRATUITA NO RÁDIO E NA TELEVISÃO. LEI Nº 12.875/2013. TEORIA DOS DIÁLOGOS CONSTITUCIONAIS. ARRANJO CONSTITUCIONAL PÁTRIO CONFERIU AO STF A ÚLTIMA PALAVRA PROVISÓRIA (VIÉS FORMAL) ACERCA DAS CONTROVÉRSIAS CONSTITUCIONAIS. AUSÊNCIA DE SUPREMACIA JUDICIAL EM SENTIDO MATERIAL. JUSTIFICATIVAS DESCRITIVAS E NORMATIVAS. PRECEDENTES DA CORTE CHANCELANDO REVERSÕES JURISPRUDENCIAIS (ANÁLISE DESCRITIVA). AUSÊNCIA DE INSTITUIÇÃO QUE DETENHA O MONOPÓLIO DO SENTIDO E DO ALCANCE DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS. RECONHECIMENTO PRIMA FACIE DE SUPERAÇÃO LEGISLATIVA DA JURISPRUDÊNCIA PELO CONSTITUINTE REFORMADOR OU PELO LEGISLADOR ORDINÁRIO. POSSIBILIDADE DE AS INSTÂNCIAS POLÍTICAS AUTOCORRIGIREM-SE. NECESSIDADE DE A CORTE ENFRENTAR A DISCUSSÃO JURÍDICA SUB JUDICE À LUZ DE NOVOS FUNDAMENTOS. PLURALISMO DOS INTÉRPRETES DA LEI FUNDAMENTAL. DIREITO CONSTITUCIONAL FORA DAS CORTES. ESTÍMULO À ADOÇÃO DE POSTURAS RESPONSÁVEIS PELOS LEGISLADORES. STANDARDS DE ATUAÇÃO DA CORTE. EMENDAS CONSTITUCIONAIS DESAFIADORAS DA JURISPRUDÊNCIA RECLAMAM MAIOR DEFERÊNCIA POR PARTE DO TRIBUNAL, PODENDO SER INVALIDADAS SOMENTE NAS HIPÓTESES DE ULTRAJE AOS LIMITES INSCULPIDOS NO ART. 60, CRFB/88. LEIS ORDINÁRIAS QUE COLIDAM FRONTALMENTE COM A JURISPRUDÊNCIA DA CORTE (LEIS IN YOUR FACE) NASCEM PRESUNÇÃO IURIS TANTUM DE INCONSTITUCIONALIDADE, NOTADAMENTE QUANDO A DECISÃO ANCORAR-SE EM CLÁUSULAS SUPERCONSTITUCIONAIS (CLÁUSULAS PÉTREAS). ESCRUTÍNIO MAIS RIGOROSO DE CONSTITUCIONALIDADE. ÔNUS IMPOSTO AO LEGISLADOR PARA DEMONSTRAR A NECESSIDADE DE CORREÇÃO DO PRECEDENTE OU QUE OS PRESSUPOSTOS FÁTICOS E AXIOLÓGICOS QUE LASTREARAM O POSICIONAMENTO NÃO MAIS SUBSISTEM (HIPÓTESE DE MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL PELA VIA LEGISLATIVA)”.

constitucionalidade das normas trabalhistas questionadas, e não o inverso, quando bastaria – se de fato restasse adotada postura interpretativa minimalista e autocontida – a reafirmação da presunção de constitucionalidade destas normas. Em alguns casos, ao mesmo tempo em que se afirmam expressamente deferentes ao Poder Legislativo²¹, os Ministros não se limitam a discutir os parâmetros de adequação da lei ao sistema constitucional, e sim em que medida essa norma pode ser benéfica para a economia do país e no combate ao desemprego.

Além de ventilada postura autocontida, a inquirição destes precedentes como possíveis exemplos de deferência do STF advém, ainda, da contraposição comum entre “ativismo judicial” e “autorrestrrição” como opostos imediatos quando consideradas as implicações da atuação do Judiciário em relação ao Poder Legislativo e Executivo (CAMPOS, 2012, p. 154; POSNER, 1983, p. 14). Este aspecto será retomado ao curso desta pesquisa, mas, por ora, cumpre discutir se há indícios de efetiva postura autocontida dos julgadores a partir de definições advindas de teorias normativas sobre a temática.

Neste sentido, parte-se do referencial trabalhado pelo magistrado e teórico estadunidense Richard Posner, que classifica alguns critérios de autorrestrrição judicial de relevo para a teoria constitucional norte-americana.

A utilização critérios dispostos pelo autor enquanto instrumental analítico para esta etapa do ensaio se justifica por tratar-se de teoria constitucional positiva. Neste sentido, difere-se de demais marcos teóricos sobre esta temática em que se tratam teorias normativas construídas a partir estratégias ou mesmo propostas decisórias sobre os julgamentos constitucionais (BALKIN, 2004, pp. 1535-1538).

Deste modo, a abordagem de Posner se distingue destas por sistematizar padrões de comportamento judicial tal como expressos nas cortes federais norte-americanas, o que justifica a discussão dos critérios por ele elencados para o exame das decisões dispostas neste capítulo.

²¹ Esta fundamentação explícita do que se considera uma postura deferente é, de fato, minoria nos julgados aqui dispostos, sendo apenas encontrada da seguinte forma no voto do Ministro Luiz Fux no RE nº 958.252: “[...] A seara específica a esse debate localiza-se no Poder Legislativo e na sociedade, restando inviável requerer-se desta Corte que determine, à míngua de outra lei regulamentadora quando dos fatos narrados, o afastamento de sua incidência à contratação de mão-de-obra por empresa interposta”. Já na ADI nº 6.363 constata-se a mesma argumentação nos votos dos Ministros Fux e Gilmar Mendes. Por todos, cf. Anexo II – Fundamentos decisórios da jurisprudência do STF em matéria laboral (2018-2020).

Apesar da multiplicidade de definições possíveis de restrição judicial, Posner elenca duas concepções basilares, ambas necessariamente identificadas ao aspecto institucional da atuação das cortes e sob a ótica de separação de poderes (1983, p. 11; 14); a primeira, denominada autorrestrrição estrutural (*structural self-restraint*) advém de identificação tradicional de deferência em contexto de limitação constitucional frente à atuação dos demais Poderes. Já a segunda acepção, identificada como autorrestrrição prudencial (*prudencial self-restraint*), versa sobre a preservação política dos Tribunais em relação a outras instituições, assim como a conservação da autoridade das decisões judiciais (POSNER, 1983, p. 10-13).

Para o objetivo que se pretende, o escopo será a primeira acepção, pois como descrito supra, certo sentido de preservação política da Corte a eventuais ataques institucionais dos demais Poderes em virtude das decisões ali proferidas não parece ser uma possibilidade plausível, uma vez que há convergência com o *status quo* vigente em relação à flexibilização de direitos trabalhistas conforme a previsão constitucional. Isto resta evidenciado na própria coerência da postura do STF em relação às Reformas Trabalhistas de 2017, em plena consonância com as mesmas fundamentações políticas opostas no Congresso para aprovação destes marcos normativos, como já restou demonstrado.

A classificação de autorrestrrição estrutural tem como principal elemento a atuação modesta do Judiciário enquanto Poder constituído, na medida em que há real intenção dos órgãos julgadores em não ampliar suas competência e atribuições no plano constitucional em detrimento da redução daquelas pertinentes aos demais Poderes (POSNER, 1999, p. 318).

A partir disto, dois mecanismos de autocontenção são identificados como limites para a atuação jurisdicional, sendo inclusive apontados pelos julgadores quando defendem tal postura: sob o viés formalista, haverá restrição judicial quando o julgador limitar-se à mera aplicação da lei, não se imiscuindo na criação de conteúdos que originalmente não constam no texto legal (POSNER, 1983, p. 3-4; 2012, p. 520). De outro modo, haverá restrição pautada na capacidade epistêmica do órgão julgador, posto que haveria em tela a compreensão de sua limitação técnica em relação ao conhecimento amplo das premissas e consequências da matéria *sub judice* (POSNER, 2012, p. 521).

Ao apontar as formas de autorrestrrição, Posner salienta que o minimalismo judicial (*judicial minimalism*) não pode ser disposto como sinônimo de *self-restraint* por ser esta técnica decisória que não preocupa em limitar o papel desempenhado pelo Judiciário na dinâmica de separação de poderes, mas antes, mecanismo de interpretação pragmático cujo escopo são as consequências de determinada decisão (2012, p. 521). Contudo, decisões minimalistas parecem ser empregadas por julgadores que se pautam em seus limites epistêmicos para alcance da maior amplitude de informações possíveis, aptas a fundamentar a decisão (SUNSTEIN, 2008, p. 827), o que condiz com a definição anterior dos motivos que orientam uma atuação de contenção judicial.

Para Cass Sunstein, o minimalismo judicial não se confunde com afastamento da função jurisdicional e, defende ainda o autor, que seja este método interpretativo desejável ou possível em todos os casos concretos, posto que sempre dependerão de ponderação concreta dos custos e das consequências de determinada decisão judicial (2008, p. 825-826).

Sob a leitura conjunta de ambos os teóricos, portanto, é de se vislumbrar certa identificação entre autorrestrrição e minimalismo, vez que a limitação epistêmica do Judiciário como posta é idêntico fundamento para se verificar quando esta postura é assumida ou não pela entidade julgadora. Do contrário, um binômio autorrestrrição e aportes decisórios maximalistas dificilmente seria verificável, pois esta variação possui tendência de desconsiderar esta mesma limitação epistêmica; por trazerem ampla quantidade de informações para se chegar ao resultado, fundamentações decisórias maximalistas implicam o aumento dos custos da decisão e das chances de erro (ARGUELHES; LEAL, 2009, p. 201), consequências estas que não estão no horizonte de um julgador que se preocupe com a contenção das competências interpretativas de uma Corte.

Consideradas tais premissas, os julgados objeto deste estudo não são exemplares de autorrestrrição judicial dado que trazem, nas teses decisórias consolidadas, defesa de constitucionalidade de normas a partir de ônus argumentativo expansivo. No entanto, mesmo afastando a aplicação desta taxinomia – que poderia ser a conclusão imediata se considerada a manutenção integral das normas debatidas – não há implicação iminente de que estar-se-ia diante de ativismo judicial pelo STF.

2. INTERAÇÕES INSTITUCIONAIS E LIMITES DA ATUAÇÃO DO STF

O presente capítulo visa o prosseguimento da investigação acerca da atuação do STF a partir dos julgados trazidos na seção anterior, considerando as escolhas argumentativas ali dispostas sob o escopo da separação de poderes e limitações institucionais impostas a este órgão de cúpula do Judiciário.

Não se objetivou, a princípio, definir aquelas condutas como expressão de ativismo judicial, apesar de ser abordado na conclusão do capítulo anterior que tais julgados não se expõem, necessariamente, postura de autocontenção. O contraponto de ativismo ao debate da autorrestrrição, contudo, interessa como instrumental teórico do que pela tentativa de assentar esta caracterização à Corte, porquanto a abordagem sobre o tema recai sobre a limitação dos poderes interpretativos do Judiciário em relação aos Poderes Legislativo e Executivo.

Em seguida, as taxinomias discutidas serão abordadas em relação à Era *Lochner* da Suprema Corte dos Estados Unidos. Este exercício comparativo se justifica por dois motivos; o primeiro, versa sobre a semelhança discursiva entre esta conformação da Corte estadunidense em relação às normas protetivas do direito do trabalho quando das grandes transformações do capitalismo e das relações de classe do início no século XX. Quando levados aos Judiciário os conflitos envolvendo as formas de organização social do trabalho, os julgadores se portaram de forma igualmente conservadora em defesa dos empregadores e de visão estritamente liberal da Constituição norte-americana.

O segundo motivo trata-se da característica atuação política daquela Corte, impondo, como se verá, o que se pode pontuar como redução do grau de indistinção institucional entre si em relação ao Legislativo. O objetivo desta comparação é partir da multidimensionalidade do ativismo judicial (especialmente no plano temporal e geográfico), e servirá de ferramenta para discussão para as formas pelas quais ambos órgãos de cúpula do Judiciário se portaram ao expandir seu próprio poder frente aos demais (VIEIRA, 2008, p. 443; 445).

2.1. CONTROLE JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDADE E FORMAS DE EXPRESSÃO DO ATIVISMO JUDICIAL

O controle judicial de constitucionalidade, ou *judicial review*²², consiste em função interpretativa exercida pelos órgãos do Judiciário ou por uma Corte Constitucional, apta a invalidar atos normativos advindos do Legislativo ou Executivo se reputados contraditórios à Constituição, de forma incidental ou direta, a partir de um caso concreto ou de forma e abstrata, ou seja, do ato em tese (BRANDÃO, 2018, p. 20; WHITTINGTON, 2009, p. 6).

No modelo brasileiro, o controle judicial convive com outras formas de controle de constitucionalidade, exercidos pelos demais Poderes. Ademais, a sistemática brasileira, nos moldes institucionais de inspiração norte-americana desde a Constituição de 1891, declina igualmente competência interpretativa a uma Corte Suprema como também aos demais órgãos do Poder Judiciário.

É possível determinar a partir disto a função típica deste Poder sob a égide de separação de poderes, consistindo no exercício jurisdicional da atividade interpretativa dos sentidos da Constituição, na medida em que cabe a este Poder a resolução de conflitos em sede de jurisdição constitucional (CINTRA; DINAMARCO; GRINOVER, 2012. p. 31-32; SILVA, 2012, p. 557-558; SILVA, 2021, p. 568;571). Neste propósito, o exercício desta atribuição é um instrumento típico do constitucionalismo, com a criação de instituição, intencionalmente apartada da influência política imediata – pelo menos no aspecto normativo (FRIEDMAN, 2004, p.1285) – com vistas de controle e ingerência sobre os demais Poderes (TUSHNET, 2008, p. 19).

Esta atribuição pode ser eventualmente problematizada quando consideradas as funções do Judiciário advindas da concepção madisoniana de freios e contrapesos (*checks and balances*), significando que “[...] cada Poder do Estado deve exercer principalmente, mas não exclusivamente, a função que lhe corresponde e lhe dá o nome” (REIS, 2018a, p. 301).

Neste ínterim, os liames entre atuação política e jurídica tornam o processo de distinção entre eles mais complexo. Assim como as Cortes Supremas em análise, o *judicial review* é uma construção política, inserida em relações dos demais atores constitucionais (ESKRIDGE JR.; FRICKEY, 1994, p. 28; WHITTINGTON, 2009, p. 4)

²² Assume-se, doravante, por esta sinonímia que o mecanismo em comento encontra-se na atual fase do constitucionalismo disseminado em diversos sistemas constitucionais ao redor do mundo, não sendo apenas uma particularidade do direito norte-americano (BRANDÃO, 2018, p. 83; TUSHNET, 2008, p. 18).

e neste aspecto, as nuances sobre sua competência interpretativa e isolamento político passam a ser questionadas quando se depara com competências constitucionais mais complexas e proteções constitucionais mais amplas, como é o caso da Constituição brasileira de 1988. Em alguns casos, há posituação expressa das possibilidades de atuação²³ (BRANDÃO, 2018, p. 26). Em outras hipóteses, todavia, a delimitação de atribuições institucionais não positivadas ou mesmo não concedidas a outros Poderes podem ser objeto de autoatribuição de Cortes constitucionais²⁴ (SILVA, 2021, p. 510-511). Sobre esta atuação, para além dos limites institucionais que serão considerados legítimos em determinados contextos constitucionais, é que o debate sobre ativismo judicial se deterá.

A ressalva no uso deste termo até aqui em relação às decisões discutidas anteriormente advém de precaução com o entendimento corriqueiro que identifica “ativismo judicial” como sinônimo de simples discordância interpretativa sobre uma decisão da Corte (SILVA, 2019, p. 509), ou, ainda, discordância por considerar os julgamentos judiciais como simplesmente arbitrários (CAMPOS, 2012, p.136). Em verdade, ambos os sentidos parecem soar como certo desgaste da expressão em si, pois impõem um afastamento de compreensão menos superficial do debate sobre as competências constitucionais do órgão de cúpula do Poder Judiciário, um dos objetivos centrais deste trabalho.

Como apontado anteriormente, a inquirição aqui posta se pauta na noção de que o ativismo judicial seria o oposto imediato de conduta autocontida por parte dos julgadores. Apesar disto, a definição aparenta ir além do que simples contraposição pois – ainda a título de justificativa da terminologia em questão – seu propósito se ampara no exame dos limites da atuação judicial do STF.

Deste modo, o desígnio da discussão entabulada consiste na sistematização de definições de ativismo judicial para, em seguida, adentrar em investigação se estes

²³ Um exemplo disto é a Súmula Vinculante advinda da Emenda Constitucional nº 45 de 2004. José Carlos Vasconcellos dos Reis aponta a característica eminentemente normativa deste instrumento, o que o afastaria, à primeira vista, da atribuição jurisdicional do Poder Judiciário. Apesar de seu conteúdo material legislativo, o jurista considera esta uma legítima função atípica, inserida na lógica da separação de poderes do Estado como disposta no art. 2º da Constituição de 1988 (BONIZZATO; REIS, 2018, p. 300-302).

²⁴ Carlos Alexandre de Azevedo Campos considera a própria instituição original do *judicial review* em *Marbury v. Madison* (1803) como exemplo desta expansão não expressa na Constituição norte-americana e, conseqüentemente, emblemático exemplar de ativismo judicial (2012, p. 39).

mesmos parâmetros condizem com o que se considera eventual atuação ativista do Supremo a partir dos precedentes trabalhistas objeto deste estudo.

As definições dispostas possuem em comum a inquirição sobre a autoridade constitucional e epistêmica do Poder Judiciário para os casos concretos que lhe são submetidos. No mais, o objetivo igualmente considerado não é de questionamento do controle de constitucionalidade exercido pelas Cortes superiores, mas antes, a forma pela qual esta atividade jurisdicional se relaciona com seus próprios limites, se alargados ou violados em determinados precedentes.

Ativismo judicial é termo marcado por multidimensionalidade de definições (CAMPOS, 2012, p. 25; ROBERTS, 2007, p. 574-575). Outra dificuldade da conceitualização (e, eventualmente, de sua sistematização) decorre de que a caracterização de ativismo é impossível de se alcançar a partir de perspectiva abstrata, pois duas premissas serão sempre observadas: a primeira, que a Corte, ou julgadores ou determinada decisão serão ativistas a partir de um caso concreto ou conjunto deles (LIMA, 2013, p. 145; YOUNG, 2002, p. 1171); a segunda, de que a interação institucional entre o Judiciário e demais Poderes deverá ser sempre utilizada como critério, uma vez que objetiva-se contestar a limitação do primeiro frente aos demais (CAMPOS, 2012, p. 142; GREEN, 2009, p. 1209; YOUNG, 2002, p. 1163). Por fim, dada a necessidade de aferição concreta de decisões assim qualificadas, o ativismo judicial não pode ser avaliado *a priori* como mecanismo de atuação legítima do Poder Judiciário (CAMPOS, 2012, p. 145-147).

A expansão das atribuições do Poder Judiciário é outro fator que deve ser pautado quando se pretende abordar o tema. No caso do STF, esta expansão pode ser explicada sob dois eixos; de forma ativa, exercida pelo próprio Judiciário, pelo o que Rodrigo Brandão identifica como “um viés juriscêntrico que enfatiza a interpretação judicial da Constituição e, inversamente, dá pouco relevo à interpretação da Constituição fora das Cortes” (2018, p. 178). Por outro lado, o STF é utilizado no que se poderia dizer de forma passiva quando, em presumível ingerência e interferência dos Poderes entre si, os demais delegam a solução dos casos altamente controvertidos à Corte Suprema (ARGUELHES, 2009, p. 7), notadamente quando as questões em julgamento envolvem de alto custo político para estes entes.

Pautadas estas premissas, a seguir busca-se trazer as definições do que seriam posturas judiciais tidas como ativistas.

O debate encontrou terreno fértil para seu desenvolvimento no constitucionalismo norte-americano, já que as discussões em torno do *judicial review* em alguma medida sempre abarcaram certo temor de abuso de autoridade por parte do Judiciário e indevida interferência nos processos democráticos (FRIEDMAN, 2005, p. 309; GREEN, 2009, p. 1209). Além disso, a discussão sobre ativismo judicial não é novidade nos Estados Unidos, remontando ao precursor uso do termo em 1947 por Arthur Schlesinger²⁵, e assumindo algumas facetas de maior ou menor importância para a teoria constitucional desde então (CAMPOS, 2012, p. 32).

Apesar de reiteradas críticas à vagueza do vocábulo quando inicialmente cunhado, na leitura de Schlesinger a contraposição identificada entre autocontenção e ativismo é o que se pode considerar uma transposição à teoria constitucional dos fundamentos da nota de rodapé nº 4, de autoria do *Justice* Harlan Fisk Stone²⁶, no julgamento do caso *Carolene Products Co. v. United States*, de 1938 (GREEN, 2009, p. 1208;1212).

²⁵ A concepção do termo ao final da década de 1940 não é por mero acaso, vez que o artigo de Schlesinger encontra-se inserido na crítica majoritária à jurisprudência da Era *Lochner* da Suprema Corte. O ano de publicação do artigo coincide com o marco de dez anos da crise constitucional de 1937 que encerrou o controverso período com a agressiva proposta de reformulação da Corte por Roosevelt (GREEN, 2009, p. 1202). Sobre o tema, cf. o tópico 2.2.1 deste capítulo.

²⁶ O texto da nota de rodapé em questão é relativamente breve, e seu teor merece reprodução integral: “There may be narrower scope for operation of the presumption of constitutionality when legislation appears on its face to be within a specific prohibition of the Constitution, such as those of the first ten amendments, which are deemed equally specific when held to be embraced within the Fourteenth. It is unnecessary to consider now whether legislation which restricts those political processes which can ordinarily be expected to bring about repeal of undesirable legislation, is to be subjected to more exacting judicial scrutiny under the general prohibitions of the Fourteenth Amendment than are most other types of legislation. Nor need we enquire whether similar considerations enter into the review of statutes directed at particular religious, or national, or racial minorities: whether prejudice against discrete and insular minorities may be a special condition, which tends seriously to curtail the operation of those political processes ordinarily to be relied upon to protect minorities, and which may call for a correspondingly more searching judicial inquiry” (*United States v. Carolene Products Company*, 304 U.S. 144 *apud* LUSKY, 1982, p. 1095-1096). Ao ponderar sobre a necessidade de escrutínio estrito para a invalidação de normas, Stone dispõe padrões diversos de controle de constitucionalidade, a depender do direito questionado: o *judicial review* pode ser valorado e aplicado de forma mais ou menos intensa a depender da vulnerabilidade de determinada situação jurídica, na medida em que estão expostas aos processos majoritários de decisão que podem vir a limitar direitos civis das minorias (CAMPOS, 2012, p. 183-184; COVER, 1982, p. 1291-1292). Neste precedente, aponta-se, ainda, o caso da interpretação da cláusula do devido processo substantivo para proteção de liberdades econômicas, que, contudo, sofreria releitura na Corte Warren para proteção da privacidade e autonomia pessoal (UROFSKY, 2001, p. 11). Tal transformação hermenêutica – que fundamentará as bases teóricas da mencionada Corte Warren e o julgamento de *Brown v. Board of Education of Topeka* (1954) – pode ser entendida a partir da construção teórica da Constituição enquanto um documento vivo (*living document*), a permitir alterações de seus sentidos pelas transformações sociais (CAMPOS, 2012, p. 57).

Contudo, algumas sistematizações contemporâneas vão além desta contraposição, identificando alguns fatores que indicam que a postura assumida pelo Judiciário se coaduna com o que se considera ativismo. Em comum, partem da realidade do controle de constitucionalidade e de que há limites mais ou menos consolidados sobre o papel de interpretação das cortes.

Para Ernest Young, o ativismo judicial possui seis dimensões: substituição, pelo teor da decisão, de normas estaduais ou federais; disjunção do texto normativo ou de interpretações históricas sobre este; tergiversação de precedente judicial anteriormente consolidado; construções interpretativas maximalistas; intrusão na atuação cotidiana dos demais Poderes; e julgamento a partir de preferência partidárias explícitas dos julgadores (2002, p. 1144). Sob a perspectiva de separação de poderes, a premissa comum de todas as definições perpassa a recusa do órgão julgador em ser deferente aos entendimentos sobre a matéria anteriormente firmados por outros intérpretes, na medida em que esta conduta implica a reafirmação de sua própria autonomia interpretativa (YOUNG, 2002, p. 1145).

A anulação de normas debatidas e aprovadas pelos demais Poderes será, como se verá a seguir, a característica em comum de todas as análises sobre o ativismo judicial. Apesar das diferenças de nomenclatura que serão dispostas por cada autor que enfrente o tema, trata-se de rediscussão do que Alexander Bickel identificou como “dificuldade contramajoritária”. A controvérsia, tal como identificada, advém de função contramajoritária exercida pela Corte constitucional em virtude do *judicial review*, possibilitando, em sua forma, que o controle constitucional ocorra não em “nome da maioria dominante” (cuja expressão de força popular encontra-se na eleição para composição dos Poderes de Estado) “mas contra esta”, nisto residindo a problemática de legitimidade da atuação jurisdicional (BICKEL, 1986, p. 16-17; 27).

A obra de Bickel, originalmente publicada em 1962 no contexto da Corte Warren, orientou fortemente a discussão sobre a teoria constitucional também sobre o foco do ativismo judicial. Apesar de serem conceitos que não se confundem, ambos possuem semelhança no objeto de discussão, que é a legitimação da atuação do Judiciário a partir de suas funções constitucionais e sua relação institucional com os demais poderes constituídos.

No ensaio de Young, a definição é revisitada nestes termos, com o acréscimo de que o ativismo judicial neste molde não se restringe à anulação das normas legais

ou administrativas como também em interpretação tão diversa aos sentidos originalmente propostos que, por fim, equivaleria a sua verdadeira substituição pela decisão judicial (YOUNG, 2002, p. 1146).

Em William Marshall tem-se classificação muito semelhante à proposta de Young. As distinções consistem em apenas dois aspectos, a saber: a definição da atuação no limite das competências constitucionais da Corte como categoria autônoma, entendida como *jurisdictional activism* (2002, pp. 104; 120); e o ativismo não-originalista (*non-originalist activism*), que é o desvio de aplicação de método interpretativo muito comum da Suprema Corte estadunidense²⁷ (MARSHALL, 2002, p. 114).

Por seu turno, Keenan Kmiec ao traçar os usos de ativismo judicial na história constitucional estadunidense, elenca cinco significados contemporâneos: a invalidação de ações constitucionais de outros Poderes; a desvinculação aos próprios precedentes sobre determinada temática; a criação de direitos a partir do Judiciário; desvios interpretativos de metodologias já consolidadas pela Corte; e o julgamento orientado por resultados, geralmente correlatos à determinada agenda político-partidária (2004, p. 1444;1476).

Craig Green possui classificação diversa dos demais e dispõe que o ativismo vem sendo classificado na atualidade como 1) erro judicial grave; 2) decisão que possua resultados indesejáveis; 3) decisões que anulam normas advindas de outros Poderes e 4) uma verdadeira miscelânea destes e diversos outros fatores (2009, p.1201).

Apesar destes apontamentos, discorda do uso das três primeiras como sinônimo de ativismo, uma vez que estas definições, se consideradas em si mesmas, somente possuem características substantivas gerais de uma decisão judicial e, por isso mesmo, não funcionam para descrever com precisão o fenômeno (GREEN, 2009, p. 1201; 1217-1219).

Assim, com o propósito de conferir maior especificidade à questão, Green propõe a definição de ativismo como a extrapolação ou abuso do papel constitucional

²⁷ O originalismo consiste, em linhas gerais, em teoria interpretativa de averiguação histórica dos sentidos da norma constitucional a partir da intenção primeva dos constituintes, ou *framers*, com a sua elevação à categoria de direito constitucional. Indica, ainda, certa fidelidade estrita com o texto (WHITTINGTON, 2008, p. 284). Dieter Grimm identifica seu uso exacerbado como reação conservadora ao ativismo dito progressista da Corte Warren dos Estados Unidos (2016, p. 207). Por ser teoria demarcada por particularidades muito patentes do direito norte-americano, optou-se em não ingressar na discussão aprofundada sobre esta temática neste estudo.

conferido ao Judiciário, que, no sistema do *common law* é praticamente exercido sem supervisão final dos demais Poderes (2009, p. 1222). Esta constatação de ativismo judicial perpassa, necessariamente, a aferição de padrões de comportamento para o Judiciário situados em contexto histórico e institucional (GREEN, 2009, p. 1255-1258).

No caso do STF em particular, foram realizadas abordagens acadêmicas na década de 2010 por Carlos Alexandre de Azevedo Campos, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, e por Flávia Danielle Santiago Lima, da Universidade Federal de Pernambuco. Em comum, as pesquisas tem como objetivo de sistematizar condutas ativistas ou autocontidas nas decisões desta Corte. De forma geral, ambos identificam as expressões de ativismo judicial muito semelhantes àquelas descritas na Suprema Corte norte-americana, indicando, em suas conclusões, que a dificuldade de relatar este fenômeno reside em seu caráter multifacetário, que variam no contexto político-institucional e histórico (CAMPOS, 2012, p. 152; LIMA, 2013, p. 146).

Campos identifica cinco dimensões de ativismo judicial no STF. Destas, destacam-se duas: ativismo estrutural, que se pauta na forma como a Corte se porta diante de decisões prévias de outros Poderes e o quanto interfere em áreas que são tipicamente reservadas a outros atores políticos (2012, p. 301). Esta dimensão, identificada com aquelas decisões sensíveis notoriamente no campo de políticas de Estado, chama atenção por patente desembaraço da Corte em ampliar seus poderes às custas dos demais intérpretes legitimados da Constituição (CAMPOS, 2012, p. 302).

Outra dimensão que se correlaciona com essa ausência de constrição diz respeito ao que considera como ativismo judicial antidialógico, quando o Tribunal assume, de forma reiterada, que dispõe da última palavra sobre uma questão constitucional mais ampla que o próprio caso (CAMPOS, 2012, p. 319). Neste sentido, a Corte parece desconsiderar a possibilidade, amplamente destacada nos debates sobre os diálogos constitucionais²⁸, acerca da construção coordenada sobre os

²⁸ Em linhas gerais, as teorias normativas de diálogos constitucionais propõem oposição à supremacia judicial por não entenderem que a última palavra acerca da interpretação constitucional cabe ao Judiciário. Tradicionalmente posiciona-se a origem da problemática no trabalho de Peter Hogg e Alison Bushell acerca da “cláusula não obstante” (*notwithstanding clause*) contida na Carta de Direitos e Liberdades do Canadá de 1982. O dispositivo em questão versa sobre a possibilidade de superação legislativa de declaração de inconstitucionalidade de lei pronunciada anteriormente pelo Judiciário (HOGG; BUSHHELL, 1997, p. 82). Posteriormente, outras pesquisas foram desenvolvidas sobre a temática, pautadas inclusive na noção de que os diálogos constitucionais não se restringem à relação entre Legislativo e Judiciário. Por todos, cf. BATEUP, Christine. The dialogic promise: asserting the

sentidos da Constituição (CAMPOS, 2012, p. 320-321) ou mesmo reconhecer que a decisão judicial pode-se constituir apenas do início do debate mais robusto com as instituições ou a sociedade civil (FRIEDMAN, 2004, p. 1290-1291; HOGG; BUSHELL, 1997, p. 79-81). Campos considera, de maneira bastante incisiva, que esta dimensão de ativismo judicial é a única que pode ser reputada, *a priori*, como ilegítima (2012, p. 324).

Por fim, Rodrigo Brandão enfrenta o tema considerando que o ativismo tal como exercido pelo STF se identifica com o afastamento da Corte de um papel de legislador negativo, na medida em que as decisões judiciais não contemplam apenas a utilização de princípios constitucionais abstratos como também o uso de argumentos que extrapolam a esfera jurídica (2018, p. 219).

Aponta-se ainda alguns mecanismos adotados pelo STF que poderiam ser reputadas posturas ativistas, notadamente em relação aos métodos de interpretação constitucional empregados pela Corte, como a declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto ou, no caso específico dos remédios constitucionais, “a atribuição de efeitos constitutivos às decisões no mandado de injunção, suprimindo omissões legislativas com base na analogia” (BRANDÃO, 2018, p. 220).

Ainda em relação aos métodos interpretativos empregados pela Corte, e um caráter velado de imposição de sua própria visão sobre as demais, Virgílio Afonso da Silva descreve o que conceitua como uma interpretação contra a vontade do legislador consubstanciada na interpretação conforme a Constituição. Aqui, há para o autor uso da reafirmação da sobreposição de papel institucional do STF ao “[...] possibilitar que o Supremo Tribunal Federal se mantenha fiel, ao menos aparentemente, ao seu dogma da legislação negativa, e, ao mesmo tempo, corrija ou estenda, quando entender necessário, a obra do legislador” (SILVA, 2006, p. 203).

À guisa de conclusão parcial, tem-se que estas definições são trabalhadas em contexto semelhante da mencionada expansão perceptível do Judiciário na dinâmica política dos Estados Unidos e do Brasil (CAMPOS, 2012, p. 140-141), extraindo-se, portanto, que a discussão normativa sobre formas de expressão do ativismo judicial, necessariamente, se situa no campo institucional. Ademais, o conceito de ativismo

normative potential of theories of constitutional dialogue. In: **Brooklyn Law Review**, v. 71, n. 3, p. 1109-1180, 2006.

não é monolítico (SILVA, 2021, p. 511): para se construir a noção do que seria uma conduta ativista ou autocontida no âmbito das Cortes Supremas, o escopo deverá se deter em temáticas específicas, julgadores individualmente considerados ou decisões particulares (FALCÃO; CERDEIRA; ARGUELHES, 2011, p.8).

2.2. ERA LOCHNER À BRASILEIRA?

Ao curso deste estudo, partindo do viés qualitativo das decisões abordadas, alguns indícios relativos aos elementos discursivos dos julgados apontaram para o que seria uma possível reencenação da Era *Lochner* (1905-1937) da Suprema Corte norte-americana, pelo STF, em terras brasileiras. Neste contexto, a partir de perspectiva baseada em história constitucional comparada, há especial relevo na semelhança entre as jurisprudências do STF no período que imediatamente antecede e sucede as Reformas Trabalhistas na década de 2010 e a mencionada Era *Lochner*.

O aspecto de destaque reside na relação dos argumentos – muitas vezes metajurídicos (BOBBIT, 1982, p. 61; BRANDÃO, 2018, p. 202) ou oriundos de deduções sobre a Constituição (CAMPOS, 2016, p. 77) – aptos a priorizar a livre-iniciativa sobre demais princípios utilizados por ambas as Cortes para a convalidação de normas trabalhistas que favorecem amplamente empregadores em detrimento de empregados.

Portanto, partindo-se das classificações como apontadas no tópico supra, pretendeu-se a seguir um exercício comparativo, utilizando como premissa a Era *Lochner* por seus elementos descritivos. Apesar das diferenças patentes entre os dois momentos constitucionais, os diversos julgados da Corte norte-americana trazem em si atuação política que expõem noção refratária do que seria a separação de poderes.

2.2.1. Conformação conservadora da Suprema Corte norte-americana e ativismo contramajoritário: a Era *Lochner*

A definição da Era *Lochner* da Suprema Corte norte-americana como período marcado pelo ativismo judicial conservador advém da notória atuação do Judiciário no sentido de reiterada anulação de normas federais regulatórias de direitos sociais. Na definição de William Marshall, a Corte agia no que, como visto acima, denomina ativismo contramajoritário por sua conduta de invalidação reiterada de normas postas

por órgãos democraticamente eleitos, e, portanto, legítimos por sua determinação majoritária (2002, p. 104;107).

O caráter conservador destes julgados é assim definido por Mark Graber, pois em contraste às políticas públicas e legislativas de caráter progressista – que representavam o *status quo* da política dos anos compreendidos entre 1905 e 1937 – o Tribunal, em reação, adota posturas mais conservadoras que os órgãos eleitos sobre os limites da regulação estatal nas relações privadas (2006, p. 678). A mesma perspectiva pode ser considerada igualmente quando posta em oposição à opinião pública, cuja tendência geral no debate era colocar-se de forma favorável à regulação do trabalho com vias de estancar o conflito aberto entre empregados e empregadores (BERNSTEIN, 2005, p. 1479-1480; FREEMAN, 2019, p. 112).

Em relação ao paradigmático precedente *Lochner v. New York* (1905), é possível verificar o julgamento como uma resposta deste Poder aos supostos perigos da organização dos trabalhadores e da conseqüente ameaça anarquista advinda da sindicalização (NOURSE, 2009, p.776-777). A crítica constitucionalista sobre o julgamento, no entanto, considera que os fundamentos jurídicos postos não necessariamente refletem a legitimidade social sobre o debate (FRIEDMAN, 2001, p. 1454), motivo pelo qual se sustenta até os dias atuais as críticas e impopularidade de *Lochner*.

O precedente que denomina o período de jurisprudência conservadora e ativista da Corte versa sobre a limitação da jornada de padeiros em 10 horas diárias, por ato normativo promulgado pelo Legislativo do Estado de Nova York (*Bakeshop Act*, de 1895), proferido como resposta às denúncias e pressão da categoria profissional para melhoria das condições de trabalho, que tornaram-se frequentes nos meios de imprensa.

O fundamento da invalidação da legislação nos tribunais estaduais e, posteriormente, na Suprema Corte, pautou-se na aplicação da 5ª e 14ª Emendas, que delimitam o devido processo substantivo e a proteção do cidadão frente a possíveis arbitrariedades do Estado. No caso, restou caracterizado o entendimento de intervenção estatal indevida nas relações privadas por limitação abusiva à liberdade de contratação. Ademais, foi considerada que a norma carecia de vinculação ao poder de polícia do Estado de Nova York, posto que não fora vislumbrada violação plausível ao interesse público apta a ocasionar tal nível de ingerência estatal, ainda que a

regulação fosse pautada para a melhoria da salubridade do ambiente de trabalho e da saúde dos trabalhadores.

Apesar do amplo apoio de setores empresariais ao resultado da decisão divulgado pelos veículos da imprensa à época (NOURSE, 2009, p. 778-779), as críticas jurídicas e políticas não tardaram a aparecer. A “marca” do ativismo judicial contramajoritário, tal como apontado posteriormente, versa sobre a interpretação imprópria da cláusula constitucional do devido processo substancial com intuito de favorecer o livre mercado (BERNSTEIN, 2005, p.1470-1471).

Neste aspecto, em voto dissidente tido (até os dias atuais) como exemplar sempre mencionado de restrição judicial, posicionou-se o *Justice* Oliver Wendell Holmes ao indicar que a Constituição não privilegia uma determinada doutrina econômica em detrimento de outras e, ainda, que caberia ao demais poderes que não o Judiciário a apreciação de desenhos regulatórios e políticas públicas (LEONARD, 2005, p. 1004).

No entanto, esta tendência de restrição judicial propalada por Holmes permaneceu refratária na Corte, e durante o período posterior à decisão de 1905, os precedentes são marcados pela invalidação sistemática de legislações federais e estaduais sob os mesmos eixos interpretativos de *Lochner*: liberdade contratual e devido processo substantivo²⁹ (RODRIGUES, 1992, p. 130 e 139). Deste modo, a jurisprudência acerca da regulação das relações laborais permaneceu relativamente uniforme por quase 30 anos.

Alguns deste julgados destacam-se por consolidar a posição do Tribunal neste sentido, assim como reafirmam as características do que se considera – até a atualidade – como ativismo judicial.

²⁹ Os fundamentos do devido processo legal (*substantial due process*) encontram-se dispostos na 5ª e 14ª Emendas à Constituição norte-americana, esta última de seguinte teor: “*No state shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any state deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws*”. Em linha gerais, este princípio corresponde à proteção do cidadão frente aos poderes estatais, impondo que eventuais privações de direitos e bens deverão ocorrer, necessariamente, conforme ditames do regramento infraconstitucional do processo legal – seja ele judicial ou legislativo. Como será apontado a seguir, a tese de que as leis estaduais de proteção ao trabalho violavam a previsão constitucional do devido processo foi uma das construções doutrinárias mais duradouras do período, geralmente alinhada com a impossibilidade de violação de direitos individuais dos empregadores, como a ampla liberdade de contratação e de gestão do empreendimento comercial (CHOUDHRY, 2004, p. 8;12).

Em *Hammer v. Dagenhart* (1918) foi derrubada lei federal que proibia comércio interestadual de produtos fabricados com mão-de-obra infantil. O fundamento da decisão guarda correlação com a 14ª Emenda no sentido de que os Estados-membros não poderiam editar lei que propusesse intervenção comercial sobre outra delimitação territorial, pois há carência de interesse público razoável para tanto.

Em matéria semelhante, por tratar questão sobre os salários de crianças e mulheres, a Corte decidiu em *Adkins v. Children's Hospital* (1923) o que foi considerado a reafirmação de *Lochner*. Neste precedente, o Tribunal entendeu que a delimitação de salário mínimo no Distrito de Columbia para esta categoria de trabalhadores violava a liberdade contratual entre as partes, restringindo, especificamente, as possibilidades negociais do empregador.

Quanto às legislações ditas classistas e o enfraquecimento da organização sindical norte-americana no começo do século XX, duas decisões merecem análise.

Em *Adair v. United States* (1908) a Corte considerou inconstitucional lei federal que invalidava os denominados *yellow dog contracts* – cláusula contratual que permitia a demissão do empregado caso este se sindicalizasse. A referida norma federal foi reputada como violadora da 14ª Emenda à Constituição por imposição de restrição à liberdade de contratação dos empregadores sem amparo em devido processo legal legislativo, uma vez que os fundamentos para impedir a demissão de empregados não possuía nenhum embasamento no interesse público coletivo.

Curiosamente, a liberdade contratual frisada, neste julgamento, por critérios de igualdades entre as partes, foi proveniente de argumento abordado pelo *Justice Harlan*, o mesmo que, em posição minoritária com *Holmes*, adotou postura de restrição judicial em *Lochner* (GILLMAN, 1993, p. 139). Tal incoerência pode corroborar a crítica de David Strauss acerca de fraca construção doutrinária-constitucional da Corte em relação à natureza deste direito enquanto fundamental e, conseqüentemente, o viés ativista de sua atuação (2003, p. 382).

O segundo precedente foi o julgamento do caso *Lawlor v. Loewe* (1915), no qual a greve de empregados e posterior incentivo ao boicote de produtos do empregador foram considerados atos de combinação com o objetivo de frustrar a atividade econômica (“*combination in restraint of trade*”), ante definição da lei antitruste na seara comercial (*Sherman Act*). Neste sentido, Leda Boechat Rodrigues

salienta a patente subversão da vontade original do legislador com a aplicação da referida norma para a hipótese de greve de trabalhadores (1992, p. 125).

Com o início do primeiro mandato presidencial de Roosevelt em 1933, a política progressista então dominante permite a implantação das práticas do New Deal a partir do *National Industrial Recovery Act (NIRA)*, pacote legislativo que flexibilizava as normas constitucionais relativas à cláusula de comércio e poderes tributários para reconstrução social-econômica após a Crise de 1929 (UROFSKY, 2001, p. 4).

A Suprema Corte, no entanto, em manutenção de sua postura resistente, invalida o *NIRA* em *Schechter v. United States* (1935) com os argumentos de que a crise econômica não justifica a criação de poderes governamentais extraordinários, assim como o Executivo exacerbou-se em suas atribuições a partir da violação da cláusula de comércio (UROFSKY, 2001, p. 5).

Diante deste quadro de crescente tensão institucional, a reação do Legislativo e do Executivo frente à reiterada falta de deferência judicial às propostas destes poderes confluiu na política de “empacotamento” da Corte (*Court packing-plan*) pelo presidente Roosevelt em fevereiro de 1937.

A medida, que configurou o auge de nova crise constitucional, de magnitude semelhante àquela do período anterior à Guerra Civil americana (UROFSKY, 2001, p. 7), consistiu em proposta de reorganização do Tribunal, sendo os objetivos imediatos a alteração da composição da Corte com a possibilidade de aumento do número de juízes e, por conseguinte, incremento da influência política de Roosevelt no Judiciário através de seus indicados (RODRIGUES, 1992, p. 120).

A resposta da Suprema Corte à pressão do Presidente veio imediatamente, no julgamento de *West Coast Hotel v. Parrish*, em março de 1937. O precedente foi responsável pela superação jurisprudencial de *Adkins* (assim como de toda a construção jurídica de interpretação do devido processo substantivo do período), garantindo a validade do salário mínimo para mulheres a partir de nova interpretação da cláusula de contrato. A partir de então, a Corte adota postura colaborativa em relação aos programas do New Deal, promovendo a manutenção das regulações econômicas propostas sob o argumento da viabilidade do poder de polícia do Estado (UROFSKY, 2001, p. 9).

A respeito desta sequência de fatos políticos, Rodrigo Brandão identifica intervenção indevida do Poder Executivo no Judiciário, de forma a afetar

expressamente a independência dos juízes e a separação dos poderes (2018, p. 281; 286), não sendo, por fim, a forma correta de interação institucional entre eles. No mesmo sentido, o movimento pendular de a adoção do que seria uma postura diametralmente antagônica de comedimento judicial, vai de encontro ao que Posner identifica como medida de proteção da Corte às investidas de outras instituições políticas (1983, p.13).

No vocabulário constitucional contemporâneo, a Era *Lochner* impõe três sentidos: ativismo judicial, identificado pela assunção de competências pelo Judiciário para tratar, à sua própria maneira, de questões políticas que ainda estavam imaturas no cenário Legislativo, fundamentalismo econômico no mérito das decisões e panorama de crise constitucional (CHOUDHRY, 2004, p. 5; 14). Todavia, a crítica revisionista de *Lochner* do final do século XX advoga pela legitimidade jurídica das decisões com intuito de mitigar o aspecto ativista na atuação da Corte. Os argumentos, em síntese, perpassam a noção da aplicação de doutrinas jurídicas duradouras, que se confundem com a tradição constitucional norte-americana, de modo que os juízes apenas concretizavam nos julgamentos do período noções enraizadas na cultura jurídica e democrática do país (BERNSTEIN, 2005, p. 1521; FRIEDMAN, 2001, p. 1453).

O consenso institucional no *New Deal* indica, por outro lado, a efetiva verificação de ativismo da Corte e sua posterior tendência de abrandamento ou autorrestrrição, já presente nas dissidências dos juízes Harlan e Holmes em 1905. Neste aspecto, Barry Friedman salienta a importante “lição de *Lochner*”: a ilegitimidade social das decisões pode se transformar em ilegitimidade jurídica, tornando sua aplicação prática limitada, se não impossível (2001, p. 1453-1454).

2.2.2. Brasil, década de 2010: conformação conservadora do STF em matéria laboral

A comparação entre os dois momentos constitucionais, antes de tudo, precisa considerar que posturas ativistas em planos temporais e geográficos tão distintos poderão ser igualmente dissonantes. Porém, algumas semelhanças são facilmente verificáveis, notoriamente em relação à temática jurídica laboral; considerados o período compreendido pelos anos de 1900-1930 e as décadas de 2000-2020, o

mundo do trabalho passou por profundas alterações em suas estruturas em ambos os contextos.

As primeiras décadas do século XX nos Estados Unidos estão inseridas no que se convencionou chamar de Era Dourada (*Gilded Age*), período de ampla expansão do capitalismo industrial e monopolista, transformando o país de uma economia

[...] based on small-scale, decentralized, individual businesses to one in which large-scale, concentrated, corporate enterprises prevailed transformation of the US economy from one based on small-scale, decentralized, individual businesses to one in which large-scale, concentrated, corporate enterprises prevailed (GIOCOLI, 2017, p. 33).

O período foi igualmente marcado por violentos conflitos trabalhistas, principalmente no setor siderúrgico, onde os monopólios empresariais predominavam, e as condições de trabalho, eram as mais desumanas (FREEMAN, 2019, p 112;122). O ápice destes conflitos foi a Greve de Homestead em 1892, advinda de conflito salarial entre os metalúrgicos sindicalizados da Associação Almagamada de Trabalhadores de Ferro e Aço (*Amalgamated Association of Iron and Steel Workers*) e a empresa siderúrgica Carnegie (*Carnegie Steel Co.*). A intervenção estatal consistiu no envio de 8500 homens pelo Governo da Pensilvânia para debelar o movimento dos trabalhadores, o que finalmente ocorreu em novembro do mesmo ano (FREEMAN, 2019, p. 114-119).

Na conjuntura dos anos posteriores, a jurisprudência de *Lochner* se caracteriza conservadora por franca resistência da Corte às transformações do mercado e em defesa de ideologia liberal, esta sustentada a partir de parâmetros de interpretação constitucional de tradição consolidada no século XIX (GILLMAN, 1993, p. 10-11; 76).

Por seu turno, o momento brasileiro é caracterizado por flexibilização e desregulação de garantias trabalhistas conquistadas ao curso do século passado e, ainda, a crescente informalização da força laboral caracterizada por trabalhadores sem direitos trabalhistas (ANTUNES, 2018, p. 76; 120-121).

Há em curso, ainda, a denominada “uberização” ou “plataformização” das relações de trabalho, as quais, intermediadas por tecnologias de informação e comunicação, tornam-se “individualizadas e invisibilizadas” e a exploração do labor é realizada praticamente sem regulação (ANTUNES, 2020, p. 347-348). A agravante

neste tipo de transformação inclui a fragmentação da organização coletiva, que em um processo cíclico, dificulta o alcance político e jurídico dos pleitos em defesa da classe (MACHADO, 2020, p. 432-435; 438).

Como se vê, as disputas em ambos os contextos históricos envolvendo capital e trabalho visam a melhoria – o no caso brasileiro, o não retrocesso, ao menos – dos direitos dos trabalhadores. E igualmente em ambos, os órgãos do Judiciário analisados se puseram contra a efetivação destas prerrogativas.

A semelhança persiste igualmente no viés discursivo das decisões como tratadas em ambas as conformações das Cortes em análise. No que tange à interpretação maximalista, de fato há identificação dos julgados examinados na seção anterior com os precedentes da Suprema Corte norte-americana após *Lochner*.

De um lado, estes julgamentos demarcam opção por fundamentações amplas, que terminam por extravasar-se para além do escopo da matéria debatida (SUNSTEIN, 2008, p. 827-828). Por outro, em que pese a necessidade de interpretação do art. 170 da Constituição de 1988 a partir das premissas de mediação entre capital e trabalho e da busca pela justiça social, há fundamentalismo na postura da Corte brasileira quando instada a avaliar os limites da livre-iniciativa frente ao valor do trabalho, majoritariamente favorável ao primeiro princípio orientador; tal como apontado na dissidência de Holmes em *Lochner*, há, no caso brasileiro, equivalente risco de imposição de único sentido sobre as escolhas econômicas constitucionais.

Trata-se, pois, de panorama que, a partir do uso organizado de instituições políticas e econômicas para aprovar no Legislativo e referendar no Judiciário as Reformas Laborais, pressupõe como consequência destes usos claro esgarçamento do consenso que sustenta visão de Estado Social como previsto na atual Constituição brasileira.

A diferença essencial entre a conformação atual do STF em matéria laboral e a Era *Lochner* reside na expressão de ativismo judicial, e não tanto nas consequências deste mesmo ativismo no plano institucional, que nos permitirá explorar como a Suprema Corte brasileira constrói bases de expansão de seu próprio poder no plano constitucional

Como visto, a Suprema Corte norte-americana é revista em investigações constitucionais tida como ativista – e esta conduta, por seu turno, interpretada como por ilegítima – porque decorre de atuação contramajoritária, vez que os precedentes

se caracterizam por substituir de forma plena normas legislativas postas por órgãos eleitos com este fim.

Assim como a opinião pública, os Poderes Legislativos estaduais e federais emitiram diversas normas com intuito de regular as relações entre empresas e empregados a partir da realidade de crescente industrialização dos Estados Unidos na primeira metade do século XX. Deste modo, pode-se afirmar que a Corte norte-americana se posta contra o *status quo* vigente à época em um período em que o insulamento político deste órgão não encontra ecos de legitimidade para expansão do controle de constitucionalidade tal como exercido.

Sendo a anulação reiterada de normas emitidas pelo Legislativo a principal marca do ativismo judicial no período da jurisprudência *Lochner*, o mesmo não pode ser dito do STF quando inserido neste escopo comparativo; como visto, a tendência assumida seria de possível deferência – por manutenção integral dos termos normativos – aos atos do Legislativo sobre temas sensíveis ao Direito do Trabalho. Contudo, o ativismo ocorrido no STF, se finalmente pode-se classificar desta forma a partir dos casos analisados, decorre antes da reafirmação de suas capacidades interpretativas em relação aos demais poderes, aqui entendida como “domínio do sentido indeterminado da Constituição” (BRANDÃO, 2018, p. 223), simultânea ao que pode ser considerada uma deliberada conduta de indistinção institucional.

Um dos aspectos desta indistinção institucional, que será analisada de forma mais detida no capítulo final, consiste na utilização de fundamentos decisórios que não se limitam em discutir os parâmetros jurídicos de constitucionalidade ou não das leis, que são evidentes causas de pedir das ações que tramitam na Corte, mas sim pautar a fundamentação na dimensão política das normas, isto é, se seus efeitos jurídicos são benéficos ou nocivos para o país. Nos precedentes abordados, muitas vezes não há uso de dados empíricos concretos ou abertos ao contraditório das partes da ação constitucional, de modo que, se esta etapa de ponderação já fora cumprida na tramitação do ato normativo no Congresso ou pelo Governo, não caberia ao STF, nos limites de sua competência interpretativa, novamente rediscutir esses critérios como fundamentos decisórios finais.

Se de alguma forma os tribunais constitucionais se distinguem das funções atribuídas aos poderes considerados eminentemente políticos, o insulamento político imposto por seu desenho institucional implica que, em alguma medida, as decisões ali

formuladas padecem de limitação epistêmica para conhecer de forma ampla os efeitos práticos das normas que são ali discutidas (MENDES, 2013, p. 77), pois até mesmo os juízos políticos ali deliberados carecem de crivo qualitativo mais apurado (LEITER, 2016, p. 55-56).

Assim, a ausência de autocontenção por ciência das limitações epistêmicas (HORWITZ, 2007, p. 30; POSNER, 2012, p. 521) desta Corte resta patente. E sob este viés e demais fatores como apontados, pode-se constatar igualmente a ocorrência de postura ativista no STF sobre as temáticas analisadas.

Em síntese, se na Era *Lochner* da Suprema Corte dos Estados Unidos, a reafirmação de sua autonomia interpretativa implicou a ampliação dos poderes judiciais daquela Corte, com forte reação posterior do Poder Executivo, no Supremo Tribunal Federal esta mesma posição é demarcada pela assunção de ônus argumentativo em defesa de constitucionalidade, que a princípio não lhe caberia reiterar, sem que haja, no entanto, o risco verificável neste momento de que esta posição seja entendida como combativa ou mesmo ativista por outros Poderes.

Por estas semelhanças e, principalmente pela diferença como apontada, que se constituiu de hipótese norteadora deste exercício comparativo, buscou-se salientar como em contextos históricos e econômicos análogos os órgãos de cúpula do Judiciário em questão portaram-se quando demandando o controle constitucional de questões laborais.

Neste ponto, algumas breves conclusões são possíveis; a primeira diz respeito à classificação de ativismo judicial no STF. Como alcance deste objetivo de pesquisa, é possível afirmar-se que há viés ativista da Corte em explicitamente confrontar o texto constitucional em defesa de uma visão econômica do Direito do Trabalho constitucional, sendo, aliás, um conjunto de decisões que servem para reafirmar expressamente as fronteiras do Tribunal (ARGUELHES, 2009, p. 10) e de sua supremacia judicial.

Este tipo de ativismo não é passível de generalização para demais temáticas jurídicas ou mesmo identificável em outras conformações deste mesmo Tribunal. Assim, o ativismo judicial deve ser mensurado não tanto pela leitura superficial do conteúdo das decisões (classificação entre progressista ou conservador), pois não se reflete com inteireza as peculiaridades políticas do processo decisório. Sua alegada neutralidade implica a verificação mais ampla das interações do Judiciário com os

outros Poderes e demais instituições sociais cujo nível de organização lhes permite influenciar com êxito os processos decisórios em determinada seara.

Outrossim, o ativismo judicial pode ser identificado como forma de expressão mais contundente da supremacia judicial que foi confiada ao STF na Constituição de 1988 (BOLONHA; RANGEL, 2013, p. 24). Esta forma de atuação pode contribuir para a reafirmação de que os julgamentos em análise constituem-se de *ultimato constitucional* – ainda que nocivo ao aprimoramento do direito do trabalho brasileiro – sobre as controvérsias trabalhistas e conseqüente mitigação da possibilidade de superação legislativa destes entendimentos.

A conclusão, portanto, implica na constatação de que tanto o controle de constitucionalidade quanto a supremacia judicial como “vontades expressas do povo”, consubstanciadas na Constituição, devem ter sua legitimação normativa *ex ante* revistas com cautela (BRANDÃO, 2018, p. 31-32).

O mesmo pode ser dito em relação ao referido ativismo judicial em si próprio considerado. Não sendo possível depreender sua legitimidade de forma apriorística, pode ser reafirmado que a atuação ativista do STF em relação ao direito do trabalho não se presta, aqui, a ser justificado pela “função contramajoritária”, neste caso interpretada como garantia de proteção de grupos com menor força representativa no Legislativo (BARROSO, 2018, p. 2198-2199).

Por derradeiro, a abordagem tratada nesta seção indica que a problemática substancial sobre os limites possíveis do controle judicial de constitucionalidade não se exaure na definição de “ativismo” ou “autorrestrrição”, mas sim na detenção de capacidade do STF em redesenhar suas próprias funções constitucionais e na progressiva indistinção institucional assumida pelo STF, como delineada. Estes aspectos merecerão atenção mais detida, e constituirão o foco da discussão do capítulo subsequente.

3. SUPREMACIA JUDICIAL E INDISTINÇÃO INSTITUCIONAL

Considerado o retrato do controle de constitucionalidade de normas trabalhistas no STF e o instrumental analítico sobre ativismo judicial e dos limites da atuação jurisdicional, a discussão posta a seguir tenciona abordar as repercussões de identificada postura ativista da Corte no que se indicou como sintomas de denominada indistinção institucional e sua correlação com a supremacia judicial no sentido de vinculação e ultimato constitucional aos precedentes do Tribunal.

O ponto de partida são as atribuições que foram concedidas ao Supremo no desenho constitucional de 1988, que passou a acumular a partir de então “[...] funções de tribunal constitucional, órgão de cúpula do poder judiciário e foro especializado” (VIEIRA, 2008, p. 444). Assim, a revisão se detém às condições para que a atuação política do Tribunal ocorresse com maior vigor no âmbito dos três poderes.

Somada às competências expressas no texto constitucional, a Corte empreendeu expansão de suas atribuições a partir de sua função jurisdicional no controle judicial de constitucionalidade. Alguns destes momentos emblemáticos serão analisados neste capítulo, apontando sua correlação com a supremacia judicial entendida (e estendida) pelo STF.

Em seguida, aborda-se no que consiste a indistinção institucional apontada no capítulo precedente. Partindo do pressuposto de que, apesar de verificável possibilidade de atuação político-jurídica, caracterizada como a assunção de prerrogativas legislativas, os Tribunais constitucionais encontram-se limitados por seu desenho institucional, a violação destes mesmos limites significa um quadro de indistinção institucional em relação ao Legislativo?

Para responder essa indagação, é proposta a discussão de dois eixos de análise. O primeiro, relativo às “funções contramajoritárias” comumente identificadas às Cortes constitucionais – STF inclusive – decorrentes de seu insulamento político como disposto em plano normativo. Esta e a outra dimensão, que versa sobre seu atributo, advindo de construção teórica e jurisprudencial, de eminente defensor de direitos fundamentais de minorias, são investigadas como requisitos que distinguem estes órgãos dos demais Poderes. Já o segundo eixo trata-se da necessidade de que as deliberações ali tomadas sejam pautadas em critérios primordialmente jurídicos.

Tal dado também será retomado como objeto de inquirição com respaldo nos precedentes trabalhistas que orientam este estudo.

3.1. DESENHO CONSTITUCIONAL E MECANISMOS DE REAFIRMAÇÃO DA SUPREMACIA JUDICIAL

A Constituição brasileira de 1988 pode ser entendida como exemplar da terceira onda de democratização, assim inserida nos processos de constitucionalismo particulares nos países da América Latina após queda dos regimes autoritários instaurados nas décadas de 1960 e seguintes assim como aqueles ocorridos na Europa após o colapso da União Soviética (CARBONELL, 2010, p. 161-162; HUNTINGTON, 1993, n.p).

Estes modelos de constitucionalismo democráticos são identificados pelo o que Tom Ginsburg considera a igual terceira onda do *judicial review*, advinda da consolidação desta atribuição constitucional em outros sistemas jurídicos em plano global (2008, p. 87). Neste contexto, a centralidade do controle judicial de constitucionalidade ganha especial destaque, na medida em que passa-se a confiar ao Judiciário “[...] a capacidade de exercer jurisdição sobre a legislação produzida pelo poder soberano” em maior escala (VIANNA; BURGOS; SALLES, 2007, p. 40).

Tal consolidação do controle judicial de constitucionalidade teve efeitos diretos nas competências do STF a partir de 1988. Em que pese a manutenção do desenho básico deste Tribunal, provenientes de Constituições anteriores (como o número de membros, formas de nomeação e garantia funcional de vitaliciedade) (SILVA, 2021, p. 497), no plano das atribuições este torna-se fortalecido na sua declinação qualitativa como “guardião da Constituição” (ARGUELHES; RIBEIRO, 2016, p. 409-410), que se coaduna, ainda, com a extensão de direitos constitucionais protegidos no programa normativo.

Neste sentido, Diego Arguelhes e Leandro Ribeiro sistematizam três variáveis – como dispostas expressamente na Constituição de 1988 – que colaboraram ao curso da sua vigência para o fenômeno de crescente expansão política deste Poder plano constitucional.

A primeira é a ampliação do acesso ao Tribunal por diversos atores, sejam eles individuais ou instituições de Estado. Isto advém do hibridismo do controle judicial de constitucionalidade, que abarca, a partir de 1988, mecanismos de dois sistemas: o

norte-americano, de controle difuso e concreto; e o europeu, em que o controle judicial é exercido de forma direta e do ato normativo em abstrato. Deste modo, identificam os autores uma dimensão explicativa do protagonismo do STF, vez que a amplitude das formas de acesso à Corte conseqüentemente lhe permitirá afirmar e manifestar o poder que possui de interpretação da Constituição com maior frequência (ARGUELHES; RIBEIRO, 2016, p. 411-412; 417).

Neste panorama, destaca-se a criação da Ação Direta de Inconstitucionalidade, retirando o monopólio de legitimidade do procurador-geral da República com a ampliação do rol de legitimados que vão de entidades do Executivo e Legislativo à sociedade civil (SILVA, 2021, p. 581-582). A Emenda Constitucional nº 3 de 1993 foi responsável por acrescentar ao art. 102 a redação do §2º, dispondo expressamente dos efeitos vinculantes (ao Judiciário e órgãos do Executivo) das decisões em sede de controle concentrado de constitucionalidade.

Ademais, a afirmação posterior do controle concentrado como disposta na Constituição é vista por Oscar Vilhena Vieira como um dos fatores da “Supremocracia”, salientando o contraste com os regimes anteriores em que o controle difuso e a ausência de uma doutrina consolidada de *stare decisis* contribuíram para a pouca vinculação dos órgãos de Estado às decisões da Corte (2008, p. 444-445). Para Luis Werneck Vianna, passados quase vinte anos da vigência da Constituição, as ações de controle concentrado se caracterizam como verdadeiros instrumentos de governabilidade do país (2007, p. 43-44).

No mesmo sentido, Ran Hirschl aponta que a utilização dos mecanismos de provocação do Judiciário consiste em verdadeira judicialização da política em sentido estrito e uma forma de retroalimentação da supremacia judicial (2006, p. 721-722). A análise se detém em alguns usos de Cortes constitucionais por meio destes instrumentos de controle: de um lado, a oposição poderá utilizá-los para barrar medidas propostas pelo governo ou sua coalização legislativa; por outra via, com a delegação de maiores atribuições decisórias sobre de temas constitucionais sensíveis, atores eminentemente políticos são favorecidos com preservação de eventuais responsabilidades pelos resultados da decisão (HIRSCHL, 2006, p. 744-745).

Outrossim, o amplo acesso processual ao STF guarda correlação com a segunda variável, que é a explícita e reiterada necessidade proteção aos direitos

fundamentais como dispostos na Constituição. De acordo com Arguelhes e Ribeiro, este aspecto consiste nos critérios pelos quais o STF pautará o controle de constitucionalidade. Três fatores presentes na Constituição de 1988 são observados: o maior número de temas regulados diretamente nesta Carta; a existência igualmente ampliada de princípios gerais; e a inovação nas modalidades *judicial review*, com permissivos inclusive de controle de omissões legislativas que ocasionem descompasso com o texto constitucional. Para os autores, são condições que favoreceram a judicialização de questões morais ou políticas que demandarão resolução técnico-jurídica por parte dos julgadores (ARGUELHES; RIBEIRO, 2016, p. 417-418), ainda mais se considerados como parte deste pressuposto algum grau de insuficiência responsiva do Executivo e do Legislativo na efetivação destes direitos (VIANNA; BURGOS; SALLES, 2007, p. 41).

Estas são, aliás, características sempre lembradas sobre o que se convencionou denominar de neoconstitucionalismo, notadamente em relação à natureza permeável e indeterminada das regras e princípios constitucionais (VIANNA; BURGOS; SALLES, 2007, p. 40; REIS, 2018b, p. 41). E uma vez que ampla gama de direitos de natureza programática encontra-se constitucionalizada, sua concretização, no plano de constituições dirigentes³⁰, implica exigência de ativa intervenção estatal, inclusive do Poder Judiciário (CAPPELLETTI, 1999, p. 66-68).

Tanto o Mandado de Injunção (art. 5º, inciso LXXI, CRFB/1988) como a Ação Declaratória de Inconstitucionalidade por Omissão (art. 103, §2º, CFRB/1988) encontram-se inseridos neste propósito, pois uma vez que a Constituição “[...] pode exigir que algo seja realizado, a não realização desta imposição legal também gera uma situação inconstitucional” (SILVA, 2021, p. 583).

Por fim, a terceira dimensão permissiva de expansão do Judiciário em 1988 compreende as garantias de proteção do STF em relação a eventuais retaliações dos demais Poderes à sua atuação. As previsões de independência financeira e funcional indicam que o controle judicial de constitucionalidade possa ser exercido com maior amplitude e segurança por parte do órgão julgador³¹ (ARGUELHES; RIBEIRO, 2016, p. 419).

³⁰ Cf. seção 1.1, disposta no capítulo 1 desta dissertação.

³¹ Contudo, tais garantias não impedem que a interação institucional implique em superação de entendimentos consolidados no STF como, por exemplo, com a alteração do número de membros do Tribunal, alteração de suas competências como positivadas na Constituição ou por emenda

Neste contexto, observou-se que a atuação do STF como inserida no desenho constitucional lhe permitiu a possibilidade de expansão ou restrição em relação às competências que lhe foram expressamente concedidas (ARGUELHES, 2014, p. 28-29; 33). A década de 1990 é marcada particularmente pelo o que Diego Arguelhes destaca postura mais restritiva do STF, o que seria de imediato reputado contraintuitivo em razão da amplitude de poderes que lhe foi confiado na Constituição de 1988 (ARGUELHES, 2014, p. 27).

Algumas hipóteses para esta limitação autoimposta de atribuições são vislumbradas pelo autor, dentre elas a ausência de renovação dos quadros do Supremo após a vigência da Constituição, com a conformação de Ministros que advinham do período da Ditadura Militar (1964-1985) e o que considera uma certa cautela com as “regras do jogo” do regime democrático recém instaurado, em que a atuação da Corte poderia gerar retaliações de outros Poderes (ARGUELHES, 2014, p. 35-36). Estas explicações chamam atenção para pensar-se a atuação do STF não apenas pautada em variáveis de seu desenho institucional como também através do que Arguelhes considera como preferências substanciais dos julgadores (2014, p. 40); disto impõe lembrar que, apesar de sua competência jurisdicional, a Corte é um órgão político (SILVA, 2021, p. 500) e que este seu desempenho pode ocasionar alterações expressivas acerca dos sentidos da Constituição, tanto em relação aos Poderes constituídos (ARGUELHES, 2014, p. 27) quanto em relação aos direitos fundamentais ali dispostos.

Com efeito, um exemplo paradigmático de como o Tribunal pôde reduzir atribuições expressas foi a interpretação dada sobre os limites da própria Corte nos Mandados de Injunção.

Como exposto acima, este mecanismo processual para plena concretização de direitos fundamentais é oponível na ausência de normas reguladoras que tornem inviável o exercício de um direito tal como previsto na Constituição. No julgamento do MI nº 107-3, em novembro de 1989, a tese firmada no Tribunal reconhece a autoaplicabilidade do dispositivo sem que, contudo, os efeitos da decisão deste mecanismo processual pudessem ser impostos de forma coercitiva aos demais Poderes de Estado em mora legislativa, nem mesmo de forma provisória. De forma

constitucional que supere a interpretação judicial sobre determinado tema (ARGUELHES; RIBEIRO, 2016, p. 420; BRANDÃO, 2018, p. 281; 322-335).

lacônica, o Ministro relator, Moreira Alves, chega a reconhecer que sobre o Mandado de Injunção que “[...] na prática, a decisão dele decorrente poderá não ser cumprida”; assim, priorizando determinada visão de separação de poderes como entendida até então, a ação se tornou medida praticamente nula no direito constitucional brasileiro.

O entendimento sobre sua extensão, para que este remédio constitucional viabilizasse a supressão regulamentadora através de decisão judicial, somente foi possível em 2007 nos julgamentos de Mandados de Injunção acerca do direito de greve de servidores públicos³². À época, havia ocorrido a renovação praticamente completa dos quadros do Tribunal e as teses majoritárias constatam que omissões legislativas persistentes por quase duas décadas da vigência da Constituição não eram mais justificáveis (SILVA, 2021, p. 330-331).

Por outro lado, o movimento de ampliação autoatribuída pelo órgão de cúpula do Judiciário pode ser verificado em outras frentes. Apesar de serem formas de atuação que nem sempre são operacionalizadas pela Corte com grande frequência, Virgílio Afonso da Silva pontua que, apenas pelo fato deste Tribunal deter tais competências, já implica-se a extensão de seu poder construído e acumulado (2021, p. 511).

Ainda em correlação com as perspectivas oportunizadas pela Constituição de 1988 em relação aos legitimados ativos no controle concentrado, o STF, de forma semelhante ao julgamento inicial sobre os limites do Mandado de Injunção, optou por criar requisitos mais rígidos de acesso em relação ao rol disposto no art. 103, como a distinção entre “legitimados universais” e “legitimados especiais”. Sobre estes últimos, o Tribunal dispôs de critério, inexistente na Constituição, acerca da “pertinência temática” entre o pedido formulado e a área de atuação da entidade de classe³³ (ARGUELHES, 2014, p. 31; SILVA, 2021, p. 381-382).

³² MI nº 708 e 670, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes e MI nº 712, de relatoria do Ministro Eros Grau, julgados em 25.10.2007.

³³ A construção jurisprudencial do critério de “pertinência temática” encontra-se assim sistematizada no voto do Ministro Celso de Mello na Medida Cautelar em ADI nº 1.157, julgada em 1º de dezembro de 1994: “[...] é importante rememorar, neste ponto, que o requisito da pertinência temática – que se traduz na relação de congruência que deve existir necessariamente entre os objetivos estatutários ou as finalidades institucionais da entidade autora e o conteúdo material da norma questionada em sede de controle abstrato – foi erigido à condição de pressuposto qualificados da própria legitimidade ativa “*ad causam*” para efeito de instauração do processo objetivo de fiscalização concentrada de constitucionalidade. Como se sabe, esse requisito foi inicialmente exigido apenas no que concerne às entidades de classe (DI 138-MC/RJ, Rel. Min. SYDNEY SANCHES – ADI 396/DF, Rel. Min. PAULO BROSSARD – ADI 893/PR, Rel. Min. CARLOS VELLOSO, v.g.). Posteriormente, e a partir do julgamento da ADI 1.114/DF, Rel. Min. ILMAR GALVÃO, o vínculo da pertinência temática passou a ser considerado indispensável também às próprias Confederações sindicais”.

Como consequência fática do conjunto de jurisprudências construídas sob este eixo, Juliana Cesário Alvim Gomes identificou verdadeiro “paradoxo de permeabilidade” no STF, pois, em que pese a atuação relevante da Corte em pautas atinentes às minorias sociais, há dificuldade de acesso destes grupos, que precisarão, necessariamente, de representação construída por meio de negociação política com os legitimados ativos à propositura da ação (2020, p. 56-57; 59). Assim, este tipo de restrição jurisprudencial tem como corolário o efetivo “ocultamento de [...] defensores mais legítimos” destas pautas (GOMES, 2020, p.61), que são impedidos de acesso direto ao Supremo, ainda que o texto constitucional expresso não esteja assim consignado.

Outro exemplo pretérito de expansão do STF consiste na revisão judicial de emendas à Constituição, que não possui previsão expressa dentre as atribuições do Tribunal. A polêmica em torno da assunção desta competência decorre da possibilidade – ainda que não exercida – de que o Supremo interfira diretamente no processo deliberativo que ocorre no Legislativo e que, possivelmente, não há paralelos de semelhança com outras Cortes constitucionais no mundo (SILVA, 2021, p. 601)³⁴.

Consoante jurisprudência consolidada, o STF é competente para analisar parâmetros de constitucionalidade de emendas constitucionais que versem sobre as cláusulas pétreas dispostas no art. 60, §4º da Constituição³⁵. Como repercussão fática disto, o STF cria um “poderoso canal de atuação para si”, já que abre-se a via para

³⁴ Virgílio Afonso da Silva chama atenção para as peculiaridades que tornam essa competência tão polêmica: a primeira, que não se trata de controle de constitucionalidade de leis, mas sim de uma emenda constitucional, que possui natureza normativa diversa, portanto; o objetivo não é a discussão de um texto aprovado pelo legislativo, mas sim bloquear a deliberação no Congresso; por fim, reitera a ausência expressa de previsão constitucional para tanto (2021, p. 601).

³⁵ No primeiro julgado sobre o tema na ADI nº 833, julgada em abril de 1993, tem-se o seguinte acórdão com a patente criação desta competência constitucional: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ANTECIPAÇÃO DO PLEBISCITO A QUE ALUDE O ART. 2º DO ADCT DA CONSTITUIÇÃO DE 1988. - NÃO HÁ DÚVIDA DE QUE, EM FACE DO NOVO SISTEMA CONSTITUCIONAL, É O S.T.F. COMPETENTE PARA, EM CONTROLE DIFUSO OU CONCENTRADO, EXAMINAR A CONSTITUCIONALIDADE, OU NÃO, DE EMENDA CONSTITUCIONAL - NO CASO A Nº 2, DE 25 DE AGOSTO DE 1992 - IMPUGNADA POR VIOLADORA DE CLÁUSULAS PÉTREAS EXPLÍCITAS OU IMPLÍCITAS. - CONTENDO AS NORMAS CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS EXCEÇÕES À PARTE PERMANENTE DA CONSTITUIÇÃO, NÃO TEM SENTIDO PRETENDER-SE QUE O ATO QUE AS CONTÉM SEJA INDEPENDENTE DESTA, ATÉ PORQUE É DA NATUREZA MESMA DAS COISAS QUE, PARA HAVER EXCEÇÃO, É NECESSÁRIO QUE HAJA REGRA, DE CUJA EXISTÊNCIA AQUELA, COMO EXCEÇÃO, DEPENDE. A ENUMERAÇÃO AUTÔNOMA, OBTIVAMENTE, NÃO TEM O CONDÃO DE DAR INDEPENDÊNCIA ÀQUILO QUE, POR SUA NATUREZA MESMA, É DEPENDENTE. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE QUE SE JULGA IMPROCEDENTE.

que parlamentares questionem, através de Mandado de Segurança, a tramitação de emenda constitucional, o que não seria possível se ponderada a legitimada ativa *ad causam* para a propositura de ADI, que exige que o partido político possua representação no Congresso Nacional para propô-la (2016, p. 425).

Em breve panorama geral, estes tratam-se de alguns dos aspectos mais polêmicos acerca do exercício da atividade jurisdicional-constitucional do STF. Diversos outros fatores, como o denominado fenômeno de crescente monocratização do processo decisório no Supremo³⁶, são facetas inseridas no cenário de franca assunção de comportamentos políticos da Corte com repercussão em sua capacidade de influenciar a dinâmica de concretização de direitos fundamentais, implementação de políticas públicas, e, por fim, a relação institucional entre os três Poderes.

Estes são elementos que implicam a forma com o Supremo entende e amplia a noção de supremacia judicial. Esta, contudo, ser lida como uma construção política e não como um consectário lógico do controle de constitucionalidade (MENDES, 2013, p. 82-83; WHITTINGTON, 2009, p. 9). E não se tratando de mera condição normativa, os indícios apontados nos exemplos anteriores trançam as formas de expressão de supremacia judicial para que o STF amplie ou reduza os atributos vinculantes das decisões judiciais (BOLONHA; RANGEL, 2013, p. 23).

Neste ponto, conceituação basilar acerca da supremacia judicial impõe a sua caracterização como atribuição interpretativa de determinada Corte constitucional que pode implicar em vinculação dos demais Poderes à decisão sobre a inconstitucionalidade ou não de determinada norma (WHITTINGTON, 2009, p. 6). Por seu turno, o controle de constitucionalidade trata-se de mecanismo decorrente da primazia substancial e formal da constituição sobre todo o ordenamento jurídico (SILVA, 2021, p. 42) podendo ser exercido pelo Judiciário e/ou outros Poderes.

Com esta distinção delimitada, as justificativas teóricas dos debates sobre ativismo e judicialização da política decorrem justamente da avaliação de que a mera possibilidade constitucional de controle judicial de constitucionalidade não implica – necessariamente – que o órgão que detenha esta competência disponha de

³⁶ A problematização deste fator de atuação do STF consiste, em linhas gerais, na discussão sobre a legitimidade de exercício do poder judicial por ministros individualmente considerados, com influência o processo político-constitucional, a partir de decisões ou pronunciamentos monocráticos com algum grau de definitividade – em que pese a necessidade de crivo posterior do órgão colegiado do Tribunal (ARGUELHES; RIBEIRO, 2018, p. 14-15; 29).

supremacia para ditar o sentido último do texto constitucional (BARBOSA; LIMA, 2018, p. 112; BRANDÃO, 2018, p. 221; SILVA, 2021, p. 602).

Contudo, como mencionado anteriormente, o constituinte de 1988 realiza opção expressa pela supremacia judicial (BRANDÃO, 2018, p. 219); a qualificação do STF enquanto guardião das normas fundamentais (art. 102, *caput*, CRFB/1988) versa sobre atribuição que – mesmo que considerada como mera pretensão retórica – é relembra pelos Ministros do Corte com frequência nos julgamentos (ARGUELHES; RIBEIRO, 2016, p. 410) para justificar tanto o controle de constitucionalidade quanto a vinculação do processo decisório da Corte.

Com respaldo neste arcabouço, a abordagem relativa às decisões trabalhistas do STF, como discutido no capítulo 1, indica que possibilidade aberta pelo exercício ampliativo das competências interpretativas da Corte lhe permite nestes julgados priorizar uso de critérios políticos de decisão em detrimento de parâmetros jurídicos – estes mais próximos da normatividade do texto constitucional – como forma de expressão de sua supremacia judicial.

3.2. INDISTINÇÃO INSTITUCIONAL NA ATUAÇÃO DO STF

Como visto, a hipótese de que o STF, em exercício expansivo de suas atribuições interpretativas, atua de forma indistinta no aspecto institucional em relação ao Legislativo, é o eixo central deste estudo. Os indícios jurisprudenciais e teóricos apontados até aqui apontam neste sentido, e este tema será finalmente esmiuçado a seguir.

As controvérsias acerca da jurisdição constitucional têm origem e renovação constante pelo fato de que esta, diferente da jurisdição comum, possui francos elementos políticos no teor intrínseco das normas constitucionais (STONE SWEET, 2000, p. 139; MENDES, 2013, p. 73). Portanto, a deliberação relativa aos parâmetros de compatibilidade de normas ordinárias possuirá limites fluídos desta relação entre seu teor jurídico e político e, particularmente nos casos de constituições minuciosas e programáticas, a função de criação do direito exercida pelos Poderes constituídos possui pouca distinção em seu aspecto substancial (CAPPELLETTI, 1999, p. 25-26; 74).

Na leitura de Conrado Hübner Mendes, a identificação da função criativa do direito não significa que o Judiciário e Legislativo serão semelhantes; é justamente nas conformações institucionais que residem a distinção entre ambos, vez que suas capacidades epistêmicas, a importância simbólica de cada um no plano político-constitucional, seu capital político e o tempo decisional são fatores que não os tornam equivalentes imediatos (2013, p. 77; 82).

Para o autor, a produção legislativa como realizada pelo Judiciário opera em quatro bases além da interpretação legal propriamente dita; além disso, o processo em questão envolve transformação de entendimentos pretéritos, criação de parâmetros semânticos, reforma do texto constitucional e, de forma mais ampla, a possibilidade de “refundação”, caracterizada como a instauração de novas formas de organização política no regime constitucional (MENDES, 2013, p. 79)

Acerca da distinção institucional entre os mesmos Poderes, Alec Stone Sweet assevera que esta reside na especialização do Judiciário enquanto órgão de natureza legislativa. Uma vez que Legislativo não possui limitações para discutir matérias constitucionais – e fundamentá-las com base em critérios ideológicos ou partidários – o tribunal constitucional está restrito à obrigatória vinculação de suas decisões em preceitos jurídicos mínimos (STONE SWEET, 2000, p. 62; 144-145).

Mauro Cappelletti, por seu turno, salienta igualmente que a distinção entre Judiciário e Legislativo será em relação ao aspecto procedimental, ou, a forma pela qual cada Poder cria o direito. A diferença essencial entre ambos versa sobre o viés quantitativo da produção normativa como realizada no Judiciário, pois o tribunal constitucional está necessariamente restrito àquelas matérias que lhe são postas, assim como restrito às leis e precedentes jurisprudenciais (CAPPELLETTI, 1999, p. 25-26).

Assim, a interpretação constitucional, por medida de igual recriação do direito posto, somente é possível de ser exercida por uma corte constitucional em razão de sua “passividade processual”, ou seja, inércia para apreciação *ex officio*, derivada da função jurisdicional. Outro fator permissivo de distinção institucional dos tribunais constitucionais e o Legislativo decorre do insulamento político advindo do procedimento de escolha dos componentes da Corte, implícita nesta característica a consequente imparcialidade por parte dos julgadores – aqui, entendida no sentido do

poder de veto em proteção de minorias aliadas do processo legislativo majoritário (CAPPELLETTI, 1999, p. 76-79).

Neste quadro, os recortes teóricos acima expõem em comum a constatação de que as atribuições constitucionais terão, invariavelmente, nuances políticas, presentes inclusive na competência interpretativa das cortes constitucionais. Este é a mesmo sentido de críticas asseveradas por teorias constitucionais positivas ao purismo de separação de poderes de caráter estritamente normativo, porquanto a desconsideração de que tribunais constitucionais possam agir (ou agem) de forma política pode dificultar a percepção prática do problema ou, quando muito, ser inócuas para o debate teórico contemporâneo acerca da legitimidade do *judicial review* (DAHL, 1957, p. 280-281; FRIEDMAN, 1993, p. 586; 2004; p. 1285; STONE SWEET, 2000, p. 130; 151).

E é sobre esta perspectiva que se propõe discussão sobre o uso de termos relativos à atuação do STF como “terceira câmara legislativa”, “terceiro poder” ou “poder constituinte reformador” (VIEIRA, 2008, p. 445), que são até mesmo referenciados pelos autores tratados acima (CAPPELLETTI, 1999, p. 46; STONE SWEET, 2000, p. 62).

Com efeito, o uso destes termos deve ser utilizado se inserido em panorama de indistinção funcional de uma Corte constitucional na atividade padrão, isto é, se consideradas suas atribuições constitucionais em comum a todos os Poderes constituídos de (re)criação do direito constitucional (MENDES, 2013, p. 81). Como apontado, esta constitui-se de atividade que não possui variação substancial se exercida pelo Legislativo, Judiciário ou Executivo: todos são igualmente competentes para concretizar os ditames da constituição através de suas funções típicas e de freios e contrapesos.

Deste modo, os termos em questão não parecem se relacionar com a problemática de expansão do Poder Judiciário, mas antes, com o exercício normativo de suas funções jurisdicionais.

Como disposto acima, as distinções institucionais que caracterizam a atuação jurisdicional da Corte são bem demarcadas e, dentre estas, sobressai o papel eminentemente técnico-jurídico para a interpretação constitucional e o correlato insulamento político de seus componentes para exercício da função de julgadores. Assim, uma vez ultrapassadas estas barreiras, o que se tem indício de indistinção

institucional – e não mais apenas funcional – da Corte em relação aos demais poderes constituídos.

Esta classificação é negativa, pois parte-se da *não verificação* de variáveis teóricas acima dispostas, que caracterizam a medida que STF se distingue – como corte constitucional e *lawmaker* – dos demais Poderes no plano institucional. Ademais, esta ponderação não busca rechaçar as expressões acima; do contrário, a proposta pondera que elas sejam relidas sob a ótica das funções típicas do Judiciário.

A escolha deste termo, portanto, recai na investigação de que não se constata no STF, a partir dos julgamentos analisados, insulamento político e “contramajoritário” – aqui entendido como sinonímia de proteção de minorias pela Corte (BARROSO, 2018, p. 2199) – e prioridade de vinculação à fundamentação por parâmetros jurídicos pautados no art. 7º da Constituição.

No mais, a perspectiva de indistinção institucional desdobra-se na inquirição se esse “mecanismo” funciona como forma de reafirmação da supremacia judicial da Corte concomitante à ausência de panorama de conflitos abertos com o Poder Legislativo ou Executivo

Pautadas tais premissas, passa-se à discussão das variáveis da denominada indistinção institucional da Corte.

3.2.1. Insulamento político: contramajoritário *ma non troppo*

O desenho do STF na Constituição de 1988 visa reafirmar a posição de insulamento político, conformado na necessidade de julgamentos imparciais e técnicos pela Corte.

Como é cediço, as garantias se estendem à vitaliciedade dos Ministros do Tribunal, vez que estes não perderão o cargo sem procedimento apuratório de conduta ou poderão ser aposentados contra sua vontade até a idade limite de 75 anos de idade (art. 95, inciso I, CRFB/1988). Como se vê, este conjunto de regras, assim como a previsão de autonomia orçamentária (que em verdade, se estende a todo o Poder Judiciário) consubstancializam-se da possibilidade de que o exercício jurisdicional ocorra sem o risco de represálias diretas por agentes externos à instituição.

Já o procedimento de composição do STF é composto pela etapa de nomeação dos candidatos ao cargo de Ministro pelo Presidente da República e de aprovação pelo Senado Federal (art. 101, parágrafo único, CRFB/1988). A fase que tramita no Senado possui duas etapas: a audiência, também conhecida como sabatina, ocorre na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ) e é o momento em que o candidato é submetido ao escrutínio dos senadores. Após esta fase, há a deliberação dos Senadores sobre a aceitação ou não da indicação em votação secreta e por contagem de votos da maioria absoluta (art. 288, inciso III, “d” e art. 383, inciso VI, RISF). A decisão final do Senado é definitiva na hipótese de rejeição do candidato, dado este que somente ocorreu em cinco indicações, todas elas no século XIX (SILVA, 2021, p. 498).

Este é o panorama normativo do insulamento político do STF como previsto em 1988. No entanto, as teorias constitucionais positivas chamam atenção à participação do Legislativo e Executivo no processo de composição da Corte como relevante fator na dinâmica posterior do controle judicial de constitucionalidade. Nisto, reside o primeiro aspecto de desconstrução do termo “contramajoritário”, no sentido primevo de crítica às cortes constitucionais enquanto órgãos não eleitos por processos majoritários de escolha e como isto poderia ser fator de dissonância de sua atuação com vontade popular.

Partindo da intrínseca correlação entre direito constitucional e política, resta praticamente inviável considerar o absoluto insulamento das Cortes, mesmo que em certa medida os sistemas de indicação sejam realmente validáveis e necessários por inseridos em desenhos de freios e contrapesos (FRIEDMAN, 2006, p. 333; SILVA, 2021, p. 499-500). No plano empírico, todavia, o “rito de ocupação” como previsto pode ter consequências das mais variadas, dentre elas a possível ingerência do Chefe de Poder do Executivo ou de seu partido político nas decisões do STF (BONIZZATO, 2018, p. 117; ESKRIDGE; FRICKEY, 1994, p. 53).

Em artigo de 1957, Robert Dahl aduziu de forma precursora ao apontar que a Suprema Corte norte-americana poderia atuar como importante *player* da formulação de políticas públicas nacionais, notadamente quando a questão constitucional envolvesse grandes desacordos e demandasse, assim, soluções que extrapolariam a interpretação pautada em tecnicidades jurídicas (1957, p. 280-281). E, baseando-se nos parâmetros de composição do Tribunal como dispostos na Constituição norte-

americana³⁷, Dahl afirma que o problema acerca da legitimidade deste órgão – contramajoritário, por não eleito – para exercício do *judicial review* não é uma preocupação de todo, pois os julgadores tenderiam a decidir exatamente conforme as maiorias integrantes do Legislativo e do Executivo (1957, p. 282-283).

Jack Balkin reconhece, igualmente em razão mesmo dos processos de indicação dos membros da Corte, a tendência que sua composição reflita posicionamentos políticos majoritários. Assim, as decisões tendem a ser mais responsivas e em consonância com o Congresso e governo (2004, p. 1538-1539). Ademais, em uma visão mais pessimista sobre o proposto insulamento do Tribunal, Balkin pondera que decisões como *Brown v. Board of Education* – mais impositivas no sentido mesmo de transformação de entendimentos constitucionais – somente são possíveis se e quando as elites políticas assim o permitirem, dependendo, portanto, consenso político generalizado entre os três poderes (2004, p. 1540-1544). O papel dos movimentos sociais, nesta análise, resta mitigado, o que salienta uma possibilidade de que a Corte não seja tão permeável às demandas de minorias, postas por elas próprias (BALKIN, 2004, p. 1558; 1562-1563).

Isto posto, verifica-se que a partir de elementos decisórios empíricos – como os analisados no capítulo inicial deste estudo – não se pode afirmar que a conduta dos julgadores em jurisdição constitucional será apartada da vontade de uma maioria identificável e espelhada no Legislativo ou Executivo.

O segundo eixo sobre disposição contramajoritária das Cortes constitucionais revolve o insulamento normativo e sua correlação com a problemática da legitimidade no exercício do *judicial review*. Aqui, a função contramajoritária passa a ser segundo eixo de indistinção institucional e forma de expressão lida como sinonímia de defesa de direitos fundamentais.

A legitimidade correlacionada ao insulamento do Tribunal ganha novo vigor na obra sempre referenciada de Alexander Bickel, que sinaliza a “dificuldade contramajoritária” como o problema de conciliação entre o insulamento do Judiciário e a conformação democrática do governo (1986, p. 16-17). Em suas conclusões, o teórico concebe contraparte ao problema de representatividade dos julgadores

³⁷ Aos quais, reitera-se, as Constituições brasileiras republicanas se inspiraram para a conformação do STF; há igualmente indicação de candidato a *Justice* por parte do Presidente da República seguida de sabatina no Senado federal (Article II, Section 2, Clause 2, da Constituição dos Estados Unidos).

constitucionais a partir do “papel profético”³⁸ desempenhado pela Corte no sentido mesmo de orientação do debate constitucional e de proteção de valores constitucionais caros, que poderiam ser facilmente corruptíveis no processo democrático liderados pelas maiorias políticas (BICKEL, 1986, p. 22-33; 239).

A teoria normativa de Bickel de identificação entre a representação contramajoritária e a proteção de direitos fundamentais encontra ecos na virada jurisprudencial da Suprema Corte no voto do *Justice Stone* em *Carolene Products*³⁹ e a construção do papel deste Tribunal como reduto de proteção substancial dos direitos das minorias no governo, independente da composição ou natureza destes grupos (COVER, 1982, p.1295).

Partindo assim do conceito de “minorias insuladas”, John Hart Ely constrói, de forma semelhante a Bickel, teorização acerca da legitimidade de intervenção do *judicial review* porquanto consubstanciada em reduto de representação (*representation-reinforcing*) destes grupos, o que não ocorreria em instituições majoritárias. Ely salienta ainda, em analogia à regulação econômica às falhas de mercados, o que considera desempenho anti-truste da Corte que pode – dado seu insulamento – equacionar desequilíbrios de representação democrática (1980, p. 102-104).

Tanto as leituras de Bickel quanto de Ely do papel da Suprema Corte são realizadas em defesa normativa do ativismo progressista da Corte Warren nos paradigmáticos casos *Brown*. Contudo, em que pese o mérito destas teorias na justificação de postura realmente democrática do Judiciário, alguns sopesamentos

³⁸ Por mais curiosa e vaga que seja, a expressão é de fato empregada nestes termos: “[...] But in another sense, the matter is far advanced once it is seen that the Court must pronounce only those principles which can gain ‘widespread acceptance,’ that it is at once shaper and prophet of the opinion that will prevail and endure” (BICKEL, 1986, p. 239). Neste sentido, Flavia Danielle Santiago Lima chama atenção para as expressões contundentes pelas quais Bickel é conhecido (2013, p. 57), e Barry Friedman salienta que posteriormente o autor revisou o emprego destes termos (2004, p.1288). Contudo, há paralelos da expressão no direito constitucional brasileiro; em discutido artigo acadêmico, Luis Roberto Barroso defende o ativismo judicial e atribuiu ao STF o papel de “Corte iluminista” (2018, p. 2207). Como se verá adiante, apesar de sua força retórica, este tipo de denominação concede um caráter quase místico ao Tribunal (BRANDÃO, 2018, p. 221-223), além de possivelmente não colaborar para o debate que se propõe.

³⁹ Acerca deste precedente e sua influência nas teorias constitucionais, remete-se o leitor à seção 2.1, nota 26 *supra*. Aliás, a título de correlação (ou coincidência?) com a constatação “iluminista” de Luis Roberto Barroso disposta anteriormente, Louis Lusky – jurista que atuou como *legal clerk* na Suprema Corte à época do julgamento em questão – comenta, de forma elegíaca, o caráter igualmente iluminista desta construção teórica: “The Footnote was being offered not as a settled theorem of government or Court-approved standard of judicial review, but as a starting point for debate the spirit of inquiry, the spirit of the Enlightenment” (1982, p. 1098).

fazem-se necessário neste ponto, pois Cortes constitucionais podem ser contramajoritárias e isso implica, simultaneamente, não representar simples sinônimo de franca defesa de minorias. A Era *Lochner*, debatida no capítulo anterior, é o exemplo maior desta constatação.

No panorama desenvolvido, portanto, a adoção de perspectiva “mítica” do Tribunal como reduto contramajoritário, (BARROSO, 2018), ainda que retórica, indis põe o debate às nuances relativas ao desempenho institucional mais realista destes órgãos (PILDES, 2013, p.3). Assim, no que tange a atuação contramajoritária – seja na concepção de puro insulamento político, seja na variação de legitimidade funcional de representação de minorias e reduto de defesa de direitos fundamentais – esta não pode ser tomada como dogma (FRIEDMAN, 1993, p. 586; 2004; p. 1285) permissivo de exercício ampliativo de supremacia judicial e posterior vinculação do sentido último da Constituição como lido pelo STF.

Por não observada nos precedentes trabalhistas como apontados, tal fator consiste no primeiro aspecto de indistinção institucional do STF em relação ao Legislativo.

3.2.2. Argumentos políticos e vinculantes

O segundo eixo de indistinção institucional e forma de expressão da supremacia judicial se dá por critérios políticos priorizados na deliberação do Tribunal nos julgados analisados na primeira seção deste estudo. Como declinado, as teses majoritárias não se limitam a discutir os parâmetros jurídicos a constitucionalidade ou não das normas em relação aos dispositivos do art. 7º da Constituição, mas sim deliberar sobre as vantagens e desvantagens do arranjo legislativo enquanto políticas públicas trabalhistas.

Inserido enquanto critério político de expressão da supremacia judicial, impõem-se a constatação cumulativa de algumas variáveis qualitativas para sua inquirição, a saber: a predominância de argumentos políticos na decisão, a criação de parâmetros de julgamento de idêntica natureza, a verificação de ativismo judicial e o compromisso com os poderes eleitos (BOLONHA; RANGEL, 2013, p. 23-25).

Assim, tomadas como paradigmas as decisões trabalhistas de escopo desta dissertação, tem-se o seguinte quadro analítico: acerca da variável dos argumentos

políticos, verifica-se em discussão dos julgados constantes no capítulo 1 que os dois pilares mais controvertidos de projeto amplo de reforma laboral – terceirização e atuação sindical – foram enfrentados não tanto pelas razões jurídicas do art. 7º da Constituição, mas pelo viés de suposta obsolescência do arcabouço justralhista e a consequente necessidade de sua atualização às demandas do mercado globalizado.

No que se refere à criação dos parâmetros decisórios políticos, que guardam correlação com a variável acima, tem-se que estes são constituídos por entendimentos não normativos, ou seja, inerentes à própria norma questionada em contraponto com a Constituição, e sim respaldados em dados políticos (BOLONHA; RANGEL, 2013, p. 24); nos casos em análise, o STF se pauta não tanto pela a discussão do teor das normas em si, que podem vir a ser constitucionais ou não, e sim se as consequências advindas delas o serão (ARGUELHES, 2005, p. 9; STONE SWEET, 2000, p. 144).

Tratando-se de teorias de interpretação jurídica, o parâmetro acima pode ser classificado no que se identifica uma opção por construção argumentativa consequencialista. Neste tipo de espectro decisório, de ordem pragmática (ARGUELHES; LEAL, 2009, p. 186), o julgamento deverá dispor de apresentação de fundamentos que buscam identificar “estados imediatos ou imediatamente futuros” decorrentes das consequências deste entendimento judicial (BRANDÃO; FARAH, 2020, p. 835).

Para emprego de elementos decisórios consequencialistas, há necessária correlação com algum grau de empirismo, vez que o julgador deverá se amparar em dados robustos e concretos sobre determinado tema (BRANDÃO; FARAH, 2020, p. 836). Sem este arsenal, no entanto, restaria ineficaz a apreciação das repercussões sistêmicas da decisão. Neste sentido, Arguelhes e Leal traçam crítica às teorias maximalistas, que se distanciam das construções consequencialistas de ordem pragmática na medida em que

[...] não levam a sério – ou simplesmente desconsideram – os constrangimentos decorrentes da busca pela quantidade necessária de informação para se obter a melhor alternativa de ação. Além dos custos de decisão e das chances de erro [...] (2009, p. 201).

Assim, parâmetros consequencialistas, quando mal empregados ou desvirtuados, correm o risco de tornarem-se meros critérios impressionistas sobre determinada situação e por este motivo, sua utilização requer cautela (BRANDÃO; FARAHA, 2020, p. 837).

Revolvendo, portanto, os julgados objeto deste estudo, não se constata argumentação consequencialista pelos critérios acima. As teses majoritárias não dispõem de dados empíricos consolidados sobre as repercussões de flexibilização de normas de proteção laboral, ou, quando o fazem – como foi o caso do voto do Ministro Fux no RE nº 958.252/MG – estes dados sequer estão abertos ao contraditório.

Nisto então, exsurge uma indagação que sintetiza o mau emprego do que se entende como práticas consequencialistas: com base em quais padrões empíricos os Ministros entendem que a constitucionalidade das normas questionadas implicaria em efetivas melhorias no ambiente laboral brasileiro?⁴⁰ A resposta, até aqui, parece ser que talvez não vislumbrem mesmo com clareza eventual conclusão a esta ponderação e, ainda, que a opção deliberada pela alternativa de ampla flexibilização dos direitos laborais seja explicada, novamente, pela variável do ativismo judicial.

A postura ativista fora analisada no capítulo 2; ainda que postas ressalvas iniciais, pode-se afirmar em conclusão a sua ocorrência. Em relação à variável correspondente ao grau de compromisso do STF com os poderes de conformação majoritária, esta fora igualmente inquirida à guisa de conclusão do capítulo inicial, considerando que não haveria que se falar em autorrestrição por parte do Tribunal, mas antes, seu oposto, proveniente de forma velada de expansão de sua supremacia judicial a partir de teses maximalistas e com pouca aderência à limitação epistêmica deste órgão jurisdicional.

Deste modo, consideradas tais variáveis inseridas no critério político de expressão da supremacia judicial exercida pelo STF, é que se verifica a indistinção institucional em sua atuação: a Corte não apenas detém a prerrogativa de ponderar sobre a inconstitucionalidade de uma norma – poder este normativo, advindo da própria Constituição – como também considera-se apta discutir e escolher política econômica constitucional de forma bastante ampla, em que pese sua eventual

⁴⁰ A indagação provém de provocação semelhante sobre o emprego desta técnica decisória a partir de discussão de Diego Arguelhes e Fernando Leal sobre o voto do Ministro Marco Aurélio na ADI nº 2.130 (2009, p. 198).

limitação epistêmica e a quantidade insuficiente de dados para se chegar a tal conclusão.

3.2.3. Indistinação institucional enquanto comportamento estratégico

O STF dispõe de mecanismos constitucionais que são utilizados em sua atividade típica de interpretação da Constituição para ampliar ou reduzir seu poder frente ao Legislativo e Executivo. A indistinação institucional, declinada neste ensaio, se caracteriza como um instrumento de expansão; de uma via, esta indistinação consiste na indisposição para agir conforme conviria à tão alardeada função contramajoritária no sentido de guardião de direitos fundamentais, eis que os direitos laborais expressos no art. 7º da Constituição não merecem, até onde se sabe, outra qualificação que não esta. Por outro viés, caracteriza-se pela não priorização de argumentos jurídicos para afastar a inconstitucionalidade, empregados de forma paralela à assunção de ônus argumentativo político tanto maior em defesa dos efeitos propalados pelas normas infraconstitucionais de “reforma” do direito do trabalho.

Neste ponto, cabe a discussão se estas posturas de indistinação consistem em comportamento estratégico da Corte para reafirmar expressão de supremacia judicial.

O Supremo Tribunal não está sozinho nas dinâmicas constitucionais e sim inserido em um desenho que pode lhe impor limitações basilares e impedi-lo, de uma forma ou de outra, de tomar atitudes políticas que extravasem muito estes limites sem consequente risco de repressão pelos demais Poderes (ARGUELHES, 2014, p. 36; EPSTEIN et al., 2001, p. 592). Como visto, o ativismo judicial e o impasse final da Era *Lochner* da Suprema Corte dos Estados Unidos constitui-se em um bom exemplo deste panorama.

Neste contexto, o Tribunal pode assumir comportamentos estratégicos como forma de legitimar sua atuação e, simultaneamente, impor suas preferências políticas no plano constitucional (EPSTEIN et al., 2001, p. 595).

O conceito impõe a observação das condutas dos atores políticos na persecução de determinado resultado, inseridos neste contexto enquadramentos institucionais ou normativas aos quais estão sujeitos (STONE SWEET, 2000, p. 4-12). Neste ínterim, a atuação “indistinta” do STF sobre as reformas trabalhistas não apenas colaboraria para sua proteção como instituição – pela não expressão de ativismo

judicial expesso, velado sob a forma de uma autocontenção que não se sustenta de todo –como também reafirmaria a exteriorização de seu poder como última palavra definitiva dos sentidos da Constituição. O contexto político ao qual está inserida lhe é favorável para tanto e dificilmente este conjunto de decisões serão superadas até novas conformações legislativas do Legislativo e do Tribunal.

Afinal, esta é um diagnóstico importante que conduz, novamente, à problemática da legitimidade da jurisdição constitucional, que gravitou todas as temáticas enfrentadas neste estudo. Com efeito, ela retorna neste ponto sob dois vieses conclusivos: o primeiro, que se a função das cortes constitucionais pode ser legitimada simplesmente por seu papel efetivo na proteção de direitos fundamentais, houve de fato uma falha na proteção dos direitos trabalhistas dispostos na Constituição e, neste raciocínio, pode-se questionar de forma mais incisiva a legitimidade do STF em tal postura. Esta não foi a opção pautada para este estudo. Contudo, cumpre apontar que a escolha política pelo liberalismo de mercado, e consequente flexibilização ampla de regras de proteção mínimas do trabalho, não refletiu os propósitos elencados na Constituição de 1988.

O derradeiro, que supremacia judicial não deve ser legitimada *a priori*, pois até mesmo no Judiciário – a quem foi confiada ou entendida como dada a palavra final no processo democrático – decisões ruins podem ser tomadas e ter por consequência efeitos jurídicos duradouros em escolhas políticas nacionais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As decisões judiciais que originaram esta pesquisa foram proferidas em contexto de maior permeabilidade política nas instituições de Estado aos discursos de defesa de flexibilização do Direito do Trabalho. O Supremo Tribunal Federal, longe de marcar posição contrária a estes debates, vinha ao longo da década de 2010 consolidando entendimentos no sentido da necessidade de reestruturação dos modos de produção empresariais, assim como na defesa de atualização dos fundamentos do sindicalismo brasileiro – cujas bases encontram-se nos modelos de organização corporativistas da primeira metade do século XX – com a Constituição de 1988.

Neste panorama, a concentração dos julgados analisados a partir do ano de 2018 não é trivial: apesar de a Corte apresentar reiterados indícios de como se posicionaria quando o questionamento acerca da constitucionalidade das Reformas finalmente fosse levado ao Judiciário, os julgamentos ocorrem todos em conjuntura política de convergência entre este Poder e o Legislativo, pelo menos em relação ao direito laboral. Deste modo, as possibilidades de que conflitos ou superação legislativa destes precedentes não são uma “ameaça” à supremacia judicial, pois o STF, de fato, deteve a última palavra vinculante sobre a Constituição.

Os eixos decisórios elencados foram assim priorizados por exporem duas frentes desafiadoras ao direito trabalhista. A terceirização, que compreende frente ampla de precarização por enfraquecimento de garantias coletivas e individuais de trabalho justo, e o direito sindical, cujos desgastes impostos pela Lei 13.467/com a instituição da facultatividade da contribuição sindical são reiterados nos precedentes analisados. Outrossim, a ADI 6.363, ainda que possuísse efeitos limitados diante de seu objeto (constitucionalidade de Medida Provisória), trouxe a perspectiva de que negociações sensíveis sobre prerrogativas individuais de trabalho possam ser suprimidas sem a participação de entidade coletiva na deliberação em questão.

No mérito destas teses decisórias, a gravidade destes julgamentos reside na justificativa de interminável panorama de crise econômica a qual o país atravessa, apta a justificar qualquer medida de flexibilização desta natureza. Assim, o que se constata é desvinculação entre os pilares substanciais do direito do trabalho e de sua proteção constitucional, amparada em modelo de constitucionalismo social. Neste aspecto reside a importância destas decisões para o direito do trabalho,

precipuaente quanto à proteçãõ dos trabalhadores, ora posta em xeque, e que é a prõpria razãõ de ser deste ramo jurõdico enquanto instrumento de pacificaçãõ social.

Por fim, em que pese a discordãncia jurõdica perante as Reformas Trabalhistas e os precedentes em comento, seus efeitos, para a realidade das relações de trabalho nos anos vindouros, estãõ alẽm do propõsito e da metodologia empregada desta pesquisa.

De todo modo, a constataçãõ que sobressai – e que nãõ seria possõvel sem a anãlise qualitativa dos fundamentos dos julgados – é que a despeito do que se poderia considerar como posturas de verdadeira deferẽcia do Judiciãrio às escolhas polõticas do Legislativo, a Corte nãõ se porta de forma autocontida: nãõ sãõ os critõrios jurõdicos que respaldam a constitucionalidade das normas de flexibilizaçãõ laboral, e sim seus possõveis desdobramentos para incremento de postos de trabalho, aprimoramento das relações de trabalho ou aumento da competitividade econõmica do Brasil no plano global. Como visto, o Supremo nãõ detẽm e nãõ parece querer se utilizar de dados consistentes para tais ilações.

Ainda assim, a apuraçãõ de que nãõ há autorrestricãõ nãõ implica, de imediato, que a Corte foi ativista nos julgamentos. Ao final, de fato é possõvel caracterizã-la desta forma, mas algumas ressalvas sãõ necessãrias.

O referencial teõrico relativo ao ativismo judicial foi utilizado para investigaçãõ sobre os limites de competẽcias no controle judicial de constitucionalidade assente da funçãõ interpretativa das cortes constitucionais. Como descrito, posturas ativistas podem ocorrer em diversas dimensões, o que nãõ implica o uso corriqueiro (e desgastado) do termo como sinonõmia de julgamentos controversos ou de decisões que padecem de forte rejeiçãõ no ambiente jurõdico ou polõtico.

Em comum, as definições exploradas consistem na disposiçãõ do Poder Judiciãrio em expandir sua autoridade constitucional em detrimento dos entendimentos dos demais poderes constituõdos, sem que, contudo, haja necessariamente nestes processos imposiçãõ de polõticas pùblicas ou substituiçãõ evidente de normas pela decisãõ judicial; estas ùltimas apenas sãõ algumas das formas de expressãõ do ativismo judicial.

Tambẽm em virtude de suas diferentes facetas, objetivou-se demonstrar com a anãlise acerca da Era *Lochner* da Suprema Corte norte-americana que o

ativismo judicial não pode ser legitimado como ferramenta de atuação aprimorada das cortes constitucionais em defesa de direitos fundamentais. A comparação abarcou três aspectos, consubstanciados a semelhança conjuntural e discursiva da atuação da Corte dos Estados Unidos e o STF, assim como uma noção de como aqueles tribunais entendem a separação de poderes.

No primeiro plano, sobressaem as circunstâncias de demandas de melhoria ou, no caso brasileiro, de não retrocesso, das condições de trabalho. Os momentos em que os julgamentos são dispostos expõem situações de intensa transformação do direito às formas de exploração do trabalho humano. O segundo plano, por seu turno, importa na igual defesa obstinada da livre-iniciativa enquanto prerrogativa a ser exercida de forma ampla pelas empresas em detrimento dos direitos protetivos das relações de trabalho.

Por fim, uma visão mais rígida de separação de poderes é confrontada tanto pela Suprema Corte quanto pelo STF, eis que ambos os tribunais entendem pela possibilidade de utilização de sua função decisória para expansão de sua atuação política frente aos demais Poderes constituídos.

Ademais, verificou-se neste exercício comparativo que a sempre referenciada “função contramajoritária” das cortes constitucionais, posta como sinônimo imediato de exercício protetivo de direitos fundamentais de grupos de menor representação no Legislativo ou no governo não se sustenta de todo. Os precedentes que se seguiram a *Lochner v. New York* sobre direito laboral são o exemplo cabal de que decisões constitucionais podem vir a ser mesmo nocivas para a concretização e o desenvolvimento de direitos desta natureza.

À guisa de conclusões parciais, identificou-se assim no Supremo postura igualmente ativista e conservadora. No entanto, essa definição não encerra a investigação do objeto principal da pesquisa, ainda que seja uma questão correlata à supremacia judicial. Dessa forma, o capítulo final prossegue na investigação sobre este tópico, partindo do desenho constitucional do STF na Constituição de 1988.

A Carta concedeu condições materiais para que o STF se tornasse um *player* político de peso na dinâmica constitucional. Três destas variáveis foram analisadas: a primeira, de que houve ampliação dos canais de acesso ao Tribunal em virtude da adoção de sistema híbrido de controle de constitucionalidade. A consequência desta inquirição decorre da própria natureza da jurisdição constitucional

que, por impor inércia ao Judiciário, somente lhe permite que se manifeste quando instado através de processo judicial. Assim, quanto maior o acesso ao Tribunal por mecanismos processuais, maiores as possibilidades de sua manifestação e participação na política constitucional cotidiana. Neste sentido, destaca-se o fortalecimento das Ações Diretas de Constitucionalidade como mecanismos em que o pronunciamento do Supremo terá efeitos vinculantes a todos os órgãos do Judiciário e do Executivo.

O segundo aspecto consiste na identificação entre estes amplos a ampliação do acesso à Corte com a igual extensão de direitos fundamentais protegidos após 1998 no plano constitucional. Já a terceira variável diz respeito às garantias de atuação do STF ante à perspectiva de eventuais retaliações dos outros poderes constituídos.

Neste cenário, desde a promulgação da Constituição, o Supremo já utilizou de instrumental interpretativo ora para reduzir a amplitude de sua performance institucional, ora para ampliá-la. Alguns exemplos notáveis destas práticas foram apontados, como a interpretação da utilidade prática dos Mandados de Injunção em 1989, a criação de critérios específicos – mais restritivos – para o acesso de legitimados ativos no controle concentrado de constitucionalidade à Corte e, ainda, a autoatribuição para cassação prévia de emendas constitucionais com potencial de alteração das cláusulas pétreas do art. 60, §4º da Constituição. Em síntese, tratam-se estas de prerrogativas utilizadas para a reafirmação de sua própria supremacia judicial.

Contudo, apesar da patente qualificação do STF enquanto guardião da Constituição, o controle de constitucionalidade das leis é igualmente exercido pelo Legislativo e Executivo, e nisto reside a indistinção funcional da Corte. Sob esta ótica, não há que se sustentar ainda na atualidade critérios abstratos e rígidos de separação de poderes que desconsiderem a dinâmica institucional entre estes: reconhece-se que há vieses políticos nos julgamentos proferidos por tribunais constitucionais, ainda que em menor medida, se há por base desenhos normativos que possibilitem determinado grau de seu insulamento político.

Neste ponto, o STF pode ser reputado indistinto no plano funcional e, todavia, distinto no plano institucional, pois que o insulamento político mínimo e a

tecnicidade jurídica das decisões as características de seu desenho que o tornam instituição diferenciada das demais no controle de constitucionalidade.

Do insulamento como pautado nos mecanismos de composição da Corte a partir da Constituição, tem-se o desdobramento na função contramajoritária que, apontada supra, legitimaria a atuação do Tribunal como reduto de oposição e proteção de direitos fundamentais de grupos com representação minoritária no governo. Como demonstrado, esta teoria de legitimação versa sobre construção lastreada de forma ampla no precedente *Carolene products v. United States*, julgado pela Suprema Corte norte-americana em 1938. Posteriormente, o voto do *Justice Stone* serviu de amparo para teorias constitucionais doutrinárias de apoio às decisões do dito ativismo progressista da Corte Warren.

Duas premissas dessa característica não se amparam diante do conjunto de decisões que orientaram este estudo: o insulamento político não é sustentável como absoluto para além do plano normativo e, se o STF se distingue por sua “mítica” função de protetor de subrepresentados no processo legislativo, isso não foi verificado quando se porta na defesa dos interesses de grandes corporações empresariais para consolidação de flexibilização do regramento trabalhista constitucional.

Por outro lado, o peso dos argumentos consequencialistas, em defesa da constitucionalidade das normas porque, em tese, seriam favoráveis como política nacional de combate ao desemprego, trata-se de outro desvirtuamento da competência institucional de tecnicidade jurídica declinada ao Supremo.

Diante deste quadro, tem-se a confirmação da hipótese inicial acerca do comportamento do STF em atuação institucional não diferenciada do Legislativo. Note-se que a indistinção institucional como debatida foi constatada segundo sua atuação específica sobre direito constitucional do trabalho. Trata-se, portanto, de um “retrato”, identificado em um momento particular do STF sobre um conjunto delimitado de decisões e temáticas. Assim, não se visa discutir com maior amplitude se este tipo de comportamento poderá ser verificado em outros contextos, conformações ou julgamentos do Tribunal.

Deste modo, ingressa na agenda de pesquisa a discussão acerca da legitimidade deste tipo de conduta, as consequências na dinâmica com o Legislativo e Executivo e, principalmente, os efeitos práticos de eventual retrocesso na proteção dos direitos laborais como protegidos na Constituição de 1988.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Ricardo. **O privilégio da servidão**: o novo proletariado de serviços na era digital. São Paulo: Boitempo, 2018.

_____. Trabalho digital, “indústria 4.0” e uberização do trabalho. In: CARELLI, Rodrigo de Lacerda; CAVALCANTI, Tiago Muniz; FONSECA, Vanessa Patriota (orgs.). **Futuro do trabalho**: os efeitos da revolução digital na sociedade. Brasília: ESMPU, 2020.

ARIGONY, Alexandre Foch. **A presunção de constitucionalidade das leis regulatórias e econômicas na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. 2019. 194f. Dissertação (Mestrado em Direito da Regulação) – Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, RJ, 2019.

ARGUELHES, Diego Werneck. Argumentos consequencialistas e Estado de Direito: subsídios para uma compatibilização. In: **Anais do XIV Congresso Nacional do CONPEDI**, 2005, Fortaleza. Disponível em <<http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/XIVCongresso/171.pdf>>. Acesso em 7.4.2021.

_____. O Supremo *na* política: a construção da supremacia judicial no Brasil. In: **Revista de Direito Administrativo**, v. 250, p. 5-12, 2009.

_____; Poder não é querer: preferências restritivas e redesenho institucional no Supremo Tribunal Federal pós-democratização. In: **Universitas JUS**, v. 25, n. 1, p. 25-45, 2014.

_____; HARTMANN, Ivar A. Timing control without docket control: how individual Justices shape the Brazilian Supreme Court’s agenda. In: **Journal of Law and Courts**, v.5, n.1, p. 105-140, 2017.

_____; LEAL, Fernando. Pragmatismo como (meta) teoria normativa da decisão judicial: caracterização, estratégias e implicações. In: SARMENTO, Daniel (coord.). **Filosofia e teoria constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____; RIBEIRO, Leandro Molhano. Criatura e/ou criador: Transformações do Supremo Tribunal Federal sob a Constituição de 1988. In: **Revista Direito GV**, v.12, n. 2, p. 405-440, mai./ago. 2016.

_____. Ministrocracia: O Supremo Tribunal individual e o processo democrático brasileiro. In: **Novos Estudos CEBRAP**, v.37, n.1, p. 13-32, jan./abr. 2018.

BALKIN, Jack. What *Brown* teaches us about constitutional theory. In: **Virginia Law Review**, v. 90, n.6, p. 1537-1577, out. 2004.

BARBOSA, Antonio Ezequiel Inácio; LIMA, Martonio Mont'alverne Barreto. Influência da teoria dos diálogos institucionais e da última palavra provisória no pensamento constitucional brasileiro contemporâneo. In: **Revista de Investigações Constitucionais**, v.5, n.1, p. 109-128, jan./abr. 2018.

BARROSO, Luis Roberto. Contramajoritário, representativo e iluminista: os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas. In: **Revista Direito e Práxis**, v.9, n.4, p. 2171-2228, 2018.

BATEUP, Christine. The dialogic promise: asserting the normative potential of theories of constitutional dialogue. In: **Brooklyn Law Review**, v. 71, n. 3, p. 1109-1180, 2006.

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

_____. Política econômica e direito econômico. In: **Revista da Faculdade de Direito (USP)**, v. 105, p. 389-406, jan./dez. 2010.

_____; MASSONETTO, Luis Fernando. A constituição dirigente invertida: a blindagem da Constituição Financeira e a agonia da Constituição Económica. In: **Boletim da Faculdade de Direito – Universidade de Coimbra**, v. XLIX, p. 57-77, 2006.

BERNSTEIN, David E. *Lochner v. New York*: a centennial retrospective. In: **Washington University Law Review**, v. 83, n. 5, p. 1474-1527, 2005.

BICKEL, Alexander M. **The least dangerous branch**: The Supreme Court at the bar of politics. 2ª ed. New Haven, Londres: Yale University Press, 1986.

BOBBIT, Philip Chase. **Constitutional fate**: theory of the Constitution. New York, Oxford: Oxford University Press, 1982.

BOLONHA, Carlos; RANGEL, Henrique. As formas de expressão da supremacia judicial: uma proposta metodológica. In: **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, v.5, n.1, p. 21-30, jan./jun., 2013.

BONIZZATO, Luigi. Algumas questões sobre Poderes, Instituições, Tecnicidade e Juridicidade: relações e interações com a Constituição. In: In: BONIZZATO, Luigi; REIS, José Carlos Vasconcellos. **Direito constitucional**: questões clássicas, contemporâneas e críticas. 2ª ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais**: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição? 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

_____; FARAH, André. Consequencialismo no Supremo Tribunal Federal: uma solução pela não surpresa. In: **Revista de Investigações Constitucionais**, v.7, n. 3, p. 831-858, set./dez. 2020.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 4.302 de 16 de março de 1998.** Dispõe sobre as relações de trabalho na empresa de trabalho temporário e na empresa de prestação de serviços a terceiros, e dá outras providências. Disponível em

<<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2079>>. Acesso em 12.1.2021.

_____. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 6.787 de 23 de dezembro de 2016.** Altera o Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943 - Consolidação das Leis do Trabalho, e a Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, para dispor sobre eleições de representantes dos trabalhadores no local de trabalho e sobre trabalho temporário, e dá outras providências. Disponível em <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2122076>>. Acesso em 12.1.2021.

_____. Câmara dos Deputados. **Lei federal nº 9.868 de 10 de novembro de 1999.** Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm>. Acesso em 10.7.2021.

_____. Congresso Nacional. **Lei federal nº 11.442, de 5 de janeiro de 2007.** Dispõe sobre o transporte rodoviário de cargas por conta de terceiros e mediante remuneração e revoga a Lei nº 6.813, de 10 de julho de 1980. Disponível em <<http://tiny.cc/y4kicz>>. Acesso em 10.9.2019.

_____. Congresso Nacional. **Lei federal nº 13.352, de 27 de outubro de 2016.** Altera a Lei nº 12.592, de 18 de janeiro 2012, para dispor sobre o contrato de parceria entre os profissionais que exercem as atividades de Cabeleireiro, Barbeiro, Esteticista, Manicure, Pedicure, Depilador e Maquiador e pessoas jurídicas registradas como salão de beleza. Disponível em <<http://tiny.cc/zxhicz>> Acesso em 10.9.2019.

_____. Congresso Nacional. **Lei federal nº 13.429, de 31 de março de 2017.** Altera dispositivos da Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, que dispõe sobre o trabalho temporário nas empresas urbanas e dá outras providências; e dispõe sobre as relações de trabalho na empresa de prestação de serviços a terceiros. Disponível em <<http://tiny.cc/l0hicz>>. Acesso em 10.9.2019.

_____. Congresso Nacional. **Lei Federal nº 13.467 de 13 de julho de 2017.** Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis n^o 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Disponível em <<http://tiny.cc/52egcz>>. Acesso em 9.9.2019.

_____. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 175 de 14 de maio de 2013.** Dispõe sobre a habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas de mesmo sexo. Disponível em <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/1754>>. Acesso em 28.2.2020.

_____. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 16 de julho de 1934.** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso em 23.4.2021.

_____. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 18 de setembro de 1946.** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm. Acesso em 23.4.2021.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 23.4.2021.

_____. Presidência da República. **Medida Provisória nº 881 de 30 de abril de 2019.**

Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, estabelece garantias de livre mercado, análise de impacto regulatório, e dá outras providências. Disponível em <http://tiny.cc/27egcz>. Acesso em 9.9.2019.

_____. Presidência da República. **Medida Provisória nº 927, de 22 de março de 2020.** Dispõe sobre as medidas trabalhistas para enfrentamento do estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020, e da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (covid-19), e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/mpv/mpv927.htm. Acesso em 10.6.2020.

_____. Presidência da República. **Medida Provisória nº 936, 1º de abril de 2020.** Institui o Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda e dispõe sobre medidas trabalhistas complementares para enfrentamento do estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020, e da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (covid-19), de que trata a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, e dá outras providências. Disponível em <https://www.congressonacional.leg.br/materias/medidas-provisorias/-/mpv/141375#>. Acesso em 10.6.2020.

_____. Senado Federal. **Regimento Interno:** Resolução nº 93, de 1970. Texto editado em conformidade com a Resolução no 18, de 1989, consolidado com as alterações decorrentes de emendas à Constituição, leis e resoluções, até outubro de 2019. Disponível em <https://www25.senado.leg.br/documents/12427/45868/RISF+2018+Volume+2.pdf/f830dfab7-476e-b958-a0321a2aa276>. Acesso em 22.7.2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 48.** Requerente: Confederação Nacional do Transporte. Intimados: Presidente da República; Congresso Nacional. Relator: Ministro Luis Roberto Barroso. 19 de dezembro de 2017. Disponível em

<<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5245418>>. Acesso em 9.9.2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 833**. Requerente: Governador do Estado de Paraná; Requerido: Congresso Nacional. Relator: Ministro Moreira Alves. 14 de abril de 1993. Disponível em <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22ADI%20833%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true>. Acesso em 3.7.2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 2.288**. Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores em Transportes Aquaviário, Aéreo, na Pesca e nos Portos – CONTTMAF. Requerido: Presidente da República. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. 4 de junho de 2020. Disponível em <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1838028>>. Acesso em 18.11.2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 3.961**. Requerente: Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho – ANAMATRA. Intimados: Presidente da República; Congresso Nacional. Relator: Luis Roberto Barroso. Sessão virtual de 3 a 14 de abril de 2020. Disponível em <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2559843>>. Acesso em 18.11.2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.842**. Requerente: Procurador-Geral da República. Intimados: Presidente da República; Congresso Nacional. Relator: Ministro Edson Fachin. 14 de junho de 2016. Disponível em <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4292176>>. Acesso em 18.11.2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.105**. Requerente: Solidariedade. Intimados: Presidente da República; Congresso Nacional. Relator: Ministro Luiz Fux. 1º de outubro de 2015. Disponível em <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10499116>>. Acesso em 1º.5.2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.685**. Requerente: Rede Sustentabilidade. Intimados: Presidente da República; Congresso Nacional. Relator: Ministro Gilmar Mendes. 16 de junho de 2020. Disponível em <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5163507>>. Acesso em 18.11.2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.794**. Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores em Transporte Aquaviário e Aéreo, na Pesca e nos Portos – CONTTMAF e outros. Intimados: Presidente da República; Congresso Nacional. Relator: Ministro Edson Fachin. Redator do acórdão: Ministro Luiz Fux. 29 de junho de 2018. Disponível em <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5288954>>. Acesso em 28.2.2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.938**. Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores Metalúrgicos. Intimados: Presidente da República; Congresso Nacional. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. 29 de maio de 2019. Disponível em <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5447065>>. Acesso em 18.11.2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.363**. Requerente: Rede Sustentabilidade. Intimado: Presidente da República. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. 17 de abril de 2020. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754462782>>. Acesso em 12.1.2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26**. Requerente: Partido Popular Socialista. Requerido: Congresso Nacional. Relator: Ministro Celso de Mello. 13 de junho de 2019. Disponível em <<http://stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADOM&s1=26&proc=26>>. Acesso em 28.2.2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 324**. Requerente: Associação Brasileira do Agronegócio. Intimado: Tribunal Superior do Trabalho. Relator: Ministro Luis Roberto Barroso. 30 de agosto de 2018. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF324eRE958.252VotoDoMMA.pdf>>. Acesso em 8.9.2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção nº 107-3**. Requerente: José Emídio Teixeira Lima. Requerido: Presidente da República. Relator: Ministro Moreira Alves. 23 de novembro de 1989. Disponível em <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1487634>>. Acesso em 3.7.2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.157-0/DF**. Requerente: Confederação dos Servidores Públicos do Brasil – CSPB; Requeridos: Governador do Estado de Minas Gerais; Assembleia Legislativa do estado de Minas Gerais. Relator: Ministro Celso de Mello. 1º de dezembro de 1994. Disponível em <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumerolIncidente=%22ADI%201157%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true>. Acesso em 4.7.2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação 21.851/PR**. Reclamante: Valítio Arnoldo Ropke. Reclamado: Juiz do Trabalho da Vara do Trabalho de Marechal Cândido Rondon. Intimados: Cosan Lubrificantes e Especialidades S.A.; Securittá LTDA. Relator: Ministro Edson Fachin. 17 de maio de 2016. Disponível em <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4838662>>. Acesso em 29.1.2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Referendo na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.348**. Requerente: Partido Socialista Brasileiro – PSD.

Intimado: Presidente da República. Relator: ministro Marco Aurélio Mello. Redator para o acórdão: Ministro Alexandre de Moraes. 29 de abril de 2020. Disponível em <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5881596>>. Acesso em 18.11.2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 590.415**. Recorrente: Banco do Brasil S.A. (Sucessor do Banco Estado de Santa Catarina S.A. – Besc); Recorrido: Claudia Maira Leite Eberhardt. Relator: Ministro Luis Roberto Barroso. 30 de abril de 2015. Disponível em <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=859096>> Acesso em 23.2.2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 760.931/DF**. Recorrente: União Federal. Recorridos: Priscila Medeiros Nunes; Evolution Administradora de Serviços Terceirizados Ltda. Relatora: Ministra Rosa Weber. Redator para o acórdão: Ministro Luiz Fux. 30 de março de 2017. Disponível em <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13589144>>. Acesso em 18.11.2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 958.252/MG**. Recorrente: Celulose Nipo Brasileira S/A – CENIBRA. Recorridos: Ministério Público do Trabalho; Sindicato dos Trabalhadores nas Indústrias Extrativas de Ganhães e Região – SITIEEXTRA. Relator: Ministro Luiz Fux. 30 de agosto de 2018. Disponível em <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=750817537>>. Acesso em 11.8.2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Repercussão Geral no Recurso Extraordinário com Agravo nº 1.018.459/PR**. Recorrente: Sindicato dos Trabalhadores nas Indústrias Metalúrgicas, de Máquinas, de Veículos Automotores, de Autopeças e de componentes e partes para Veículos Automotores da Grande Curitiba. Recorrido: Ministério Público do Trabalho. Relator: Ministro Gilmar Mendes. 23.2.2017. <Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5112803>> Acesso em 29.1.2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Pleno – Julgada constitucional jornada de 12 horas diárias para bombeiro civil**. [S.l.:s.n]. 2016. 1 vídeo (3:27:18). Disponível em <<https://youtu.be/lobW8tTUgVk?t=4080>>. Acesso em 29.9.2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 666**. A contribuição confederativa de que trata o art. 8º, IV, da Constituição, só é exigível dos filiados ao sindicato respectivo. 24 de setembro de 2003. Disponível em <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula666/false>>. Acesso em 29.1.2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante nº 40**. A contribuição confederativa de que trata o art. 8º, IV, da Constituição Federal, só é exigível dos filiados ao sindicato respectivo. 11 de março de 2015. Disponível em <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula792/false>>. Acesso em 29.1.2021.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula nº 331**. Contrato de prestação de serviços. Legalidade (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação). 31 de maio de 2011. Disponível em <https://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html>. Acesso em 3.7.2021.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001

_____. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. A evolução do ativismo judicial na Suprema Corte norte-americana. In: **Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro**, nº 60, p. 59-117, abr./jun. 2016.

_____. **Dimensões do ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal**. 2012. 378f. Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, 2012.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

CARBONELL, Miguel. El neoconstitucionalismo: significado y niveles de análisis. In: CARBONELL, Miguel; JARAMILLO, Leonardo García (ed.). **El canon neoconstitucional**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010.

CARELLI, Rodrigo de Lacerda. La reforme du droit du travail de 2017. In: **Chronique Internationale de l'IRES**, v. 166, p. 29-37, 2019.

_____. O ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal e o debate sobre a terceirização. In: **Revista do TST**, v. 80, n. 3, p. 239-256, 2014.

_____. O princípio da proteção em xeque. In: **Revista do TST**, v.83, n.4, p. 316-325, out./dez. 2017.

CASAGRANDE, Cássio. Reforma Trabalhista incongruente: Reforma é totalmente inconsistente e efeitos serão contrários aos pretendidos. In: CARELLI, Rodrigo de Lacerda; CASAGRANDE, Cássio. **Reforma trabalhista: reflexões críticas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018

_____; FERNANDES, João Renda Leal. O caso Janus v. AFSCME no STF: um caso de amor incompreendido. **Jota**. São Paulo, 10 de julho de 2020. Disponível em <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-caso-janus-v-afscme-no-stf-um-amor-incompreendido-10072020>>. Acesso em 11.1.2021.

CHEMERINSKY, Erwin. **Constitutional Law: principles and policies**. 5ª ed. Nova York: Wolters Kluwe, 2015.

CHOUDHRY, Sujit. The *Lochner* Era and comparative constitutionalism. In: **I.CON**, v. 2, n. 1, p. 1-55, 2004.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. Teoria geral do processo. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

COUSO, Javier. As “constituições econômicas” da América Latina: a tensão permanente entre livre mercado e direitos socioeconômicos. In: **Revista Culturas Jurídicas**, v. 6, n. 14, mai./ago. 2019.

COVER, Robert M. The origins of judicial activism in the protection of minorities. In: **The Yale Law Journal**, v. 91, n.7, p. 1287-1316, jun. 1982.

DAHL, Robert. Decision-making in a democracy: the Supreme Court as a national policy maker. In: **Journal of Public Law**, n. 6, p. 279-295, 1957.

DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. **A nova razão do mundo**: ensaio sobre a sociedade neoliberal. 1ª ed. São Paulo: Boitempo, 2016.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 18ª ed. São Paulo: LTr, 2019.

DE STEFANO, Valerio. Automação, inteligência artificial e proteção laboral: padrões algorítmicos e o que fazer com eles. In: CARELLI, Rodrigo de Lacerda; CAVALCANTI, Tiago Muniz; FONSECA, Vanessa Patriota (orgs.). **Futuro do trabalho**: os efeitos da revolução digital na sociedade. Brasília: ESMPU, 2020.

ELY, John Hart. **Democracy and distrust**: a theory of judicial review. Cambridge (MA): 1980.

EPSTEIN, Lee; KNIGHT, Jack; MARTIN, Andrew D. The Supreme Court as a *strategic* national policymaker. In: **Emory Law Journal**, v. 50, p. 583-611, 2001.

ESKRIDGE JR, William N.; FRICKEY, Philip. Foreword: Law as equilibrium. In: **Harvard Law Review**, v. 108, n. 26, p. 26-108, 1994.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Constitution of the United States**. Disponível em <https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm> Acesso em 28.10.2019.

_____. Suprema Corte. **Lochner v. New York, 198 U.S. 45 (1905)**. Disponível em <www.oyez.org/cases/1900-1940/198us45>. Acesso em 5.2.2020.

_____. Suprema Corte. **Adair v. United States, 208 U.S. 161 (1908)**. Disponível em <[https://www.oyez.org/cases/1900-1940/208us161](http://www.oyez.org/cases/1900-1940/208us161)>. Acesso em 5.2.2020.

_____. Suprema Corte. **Lawlor v. Loewe, 235 U.S. 522 (1915)**. Disponível em <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/235/522/>>. Acesso em 5.2.2020.

_____. Suprema Corte. **Hammer v. Dagenhart, 247 U.S. 251 (1918)**. Disponível em <<https://www.oyez.org/cases/1900-1940/247us251>>. Acesso em 5.2.2020.

_____. Suprema Corte. **Adkins v. Children's Hospital, 261 U.S. 525 (1923)**. Disponível em <<https://www.oyez.org/cases/1900-1940/261us525>>. Acesso em 5.2.2020.

_____. Suprema Corte. **Schechter v. United States, 295 U.S. 495 (1935)**. Disponível em <<https://www.oyez.org/cases/1900-1940/295us495>>. Acesso em 5.2.2020.

_____. Suprema Corte. **West Coast Hotel v. Parrish 300 U.S. 379 (1937)**. Disponível em <<https://www.oyez.org/cases/1900-1940/300us379>>. Acesso em 5.2.2020.

_____. Suprema Corte. **United States v. Carolene Products Company, 304 U.S. 144 (1938)**. Disponível em <<https://www.oyez.org/cases/1900-1940/304us144>>. Acesso em 11.2.2020.

_____. Suprema Corte. **Brown v. Board of Education of Topeka, 347 U.S. 483 (1954)**. Disponível em <<https://www.oyez.org/cases/1940-1955/347us483>>. Acesso em 11.2.2020.

FALCÃO, Joaquim; CERDEIRA, Pablo de Camargo; ARGUELHES, Diego Werneck. **I Relatório Supremo em números: o múltiplo Supremo**. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2011.

_____. HARTMANN, Ivar A; CHAVES, Vitor P. **III Relatório Supremo em números: O Supremo e o tempo**. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2014.

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

FRAGALE FILHO, Roberto; SIQUEIRA NETO, José Francisco. Reforma Trabalhista: uma cartografia das discussões equivocadas, esquecidas e frustrantes. In: **Revista Fevereiro – Política, teoria e cultura**, v.10, p. 48-62, 2018.

FREEMAN, Joshua B. **Mastodontes: a história da fábrica e a construção do mundo moderno**. São Paulo: Todavia, 2019.

FRIEDMAN, Barry. Dialogue and judicial review. In: **Michigan Law Review**, v. 91, n. 4, p. 577-682, 1993.

_____. Leadership and majoritarianism: a response. In: **Constitutional Commentary**, n. 11, p. 7-11, 1994.

_____. The history of the countermajoritarian difficulty, part three: the lesson of *Lochner*. In: **New York University Law Review**, v. 76, n. 5, p. 1383-1455, 2001.

_____. The importance of being positive: the nature and function of judicial review. In: **University of Cincinnati Law Review**, v. 72, p. 1257-1303, 2004.

_____. The politics of judicial review. In: **Texas Law Review**, v. 84, n. 2, p. 257-337, dez. 2005.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Reforma trabalhista: análise crítica da Lei 13.457/2017**. 3ª ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

GILLMAN, Howard. **The constitution besieged: the rise and demise of Lochner Era police powers jurisprudence**. Durham (North Carolina): Duke University Press, 1993.

GINSBURG, Tom. The global spread of constitutional review. In: WHITTINGTON, Keith E.; KELEMEN, R. Daniel; CALDEIRA, Gregory A. **The Oxford Handbook of Law and Politics**. New York: Oxford University Press, 2008

GIOCOLI, Nicola. The (rail)road to *Lochner*: Reproduction cost and the Gilded Age controversy over rate regulation. In: **History of Political Economy**, v. 49, n.1, p. 31-58, 2017.

GOMES, Juliana Alvim Cesário. Cancelas invisíveis: “Embargos auriculares”, legitimidade ativa e permeabilidade social seletiva do Supremo Tribunal Federal. In: **Revista de Estudos Institucionais**, v.6, n.1, p. 55-82, jan./abr. 2020.

GRABER, Mark A. Does it really matter? Conservative courts in a conservative era. In: **Fordham Law Review**, v. 75, n.13, p. 675-708, nov. 2006.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica**. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

GREEN, Craig. An intellectual history of judicial activism. In: **Emory Law Journal**, v. 58, n. 5, p. 1195-1264, 2009.

GRIMM, Dieter. **Constitutionalism: past, presente, and future**. New York: Oxford University Press, 2016.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática**. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

HIRSCHL, Ran. The new constitutionalism and the judicialization of pure politics worldwide. In: **Fordham Law Review**, v. 75, p. 721-754, 2006.

HUNTINGTON, Samuel P. **The third wave: democratization in the late 20th century**. 2ª ed. Norman, OK: University of Oklahoma Press, 1993. Ebook Kindle.

HOGG, Peter W. BUSHELL, Allison A. The Charter dialogue between courts and legislatures (or perhaps the charter isn't a bad thing after all). In: **Osgoode Hall Law Journal**, v. 35, n.1, p. 75-124, 1997.

HORWITZ, Paul. Three faces of deference. In: **Notre Dame Law Review**, v.83, 2008, p. 1-102

KMIEC, Keenan D. The origin and current meanings of "Judicial Activism". In: **California Law Review**, v. 92, p. 1441-1478, 2004.

LEITER, Brian. Direito constitucional e julgamento moral e a Suprema Corte como super-legislativo. In: BOLONHA, Carlos; BONIZZATO, Luigi; MAIA, Fabiana (Orgs.). **Teoria institucional e constitucionalismo contemporâneo**. Curitiba: Juruá, 2016.

LEONARD, Gerald. Holmes on the *Lochner* Court. In: **Boston University Law Review**, v.85, p. 1001-1015, 2005.

LIMA, Flávia Danielle Santiago. **Ativismo e autocontenção no Supremo Tribunal Federal: uma proposta de delimitação do debate**. 2013. 300f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, 2013.

LIMA, Henrique Figueiredo; SILVA, Sayonara Grillo Coutinho Leonardo; CARNEIRO, Antonio Leonardo Silva; LEAL, Luana Angelo. Judicialização das reformas institucionais de austeridade: estudo do cenário brasileiro à luz do marco conceitual de jurisprudência de austeridade. In: **Revista das relações sociais e trabalhistas**, v. 4, n.2, p. 203-221, mai./ago. 2018.

LUSKY, Louis. Footnote redux: A "Carolene Products" reminiscence. In: **Columbia Law Review**, v. 82, n.6, p. 1093-1109, out./1982.

MACHADO, Sidnei. Representação coletiva dos trabalhadores em plataformas digitais. In: CARELLI, Rodrigo de Lacerda; CAVALCANTI, Tiago Muniz; FONSECA, Vanessa Patriota (orgs.). **Futuro do trabalho: os efeitos da revolução digital na sociedade**. Brasília: ESMPU, 2020.

MARSHALL, William P. Conservatives and the seven sins of judicial activism. In: **University of Colorado Law Review**, v. 73, p. 101-140, 2002.

MENDES, Conrado Hübner. **Constitutional courts and deliberative democracy**. New York: Oxford University Press, 2013.

_____. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. 2008. 224f. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, 2008.

NOURSE, Victoria F. A tale of two *Lochners*: The untold history of substantive due process and the idea of fundamental rights. In: **California Law Review**, v. 97, p. 751-800, jun. 2009.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Declaração relativa aos fins e objetivos da Organização Internacional do Trabalho.** A Conferência Geral da Organização Internacional do Trabalho, reunida em Filadélfia na sua vigésima sexta sessão, adota, neste décimo dia de Maio de 1944, a presente Declaração dos fins e objetivos da Organização Internacional do Trabalho, bem como dos princípios nos quais se deveria inspirar a política dos seus Membros. Disponível em < <http://tiny.cc/5x0tcz>>. Acesso em 16.9.2019.

_____. **Recomendação nº 198, relativa à proteção do trabalho.** Disponível em < <http://tiny.cc/zsfscz>>. Acesso em 15.9.2019.

PILDES, Richard. Institutional formalism and realism in constitutional and public law. In: **New York University Public Law and Legal Theory Working Papers**, n.3, 2013.

POLANYI, Karl. **A grande transformação:** as origens de nossa época. 2ª ed. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

POSNER, Richard A. **The Federal Courts:** challenge and reform. 2ª ed. Cambridge: Harvard University Press, 1999.

_____. The meaning of judicial self-restraint. In: **Indiana Law Journal**, v. 59, n.1, p. 1-24, 1983.

_____. The rise and fall of judicial self-restraint. In: **California Law Review**, v. 100, n.3, p. 519-536, jun. 2012.

REIS, José Carlos Vasconcellos. A teoria das normas constitucionais revisitada. In: BONIZZATO, Luigi; REIS, José Carlos Vasconcellos. **Direito constitucional:** questões clássicas, contemporâneas e críticas. 2ª ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

_____. A ascensão normativa da jurisprudência no Direito Constitucional brasileiro: Súmula Vinculante e Repercussão Geral no Recurso Extraordinário. In: BONIZZATO, Luigi; REIS, José Carlos Vasconcellos. **Direito constitucional:** questões clássicas, contemporâneas e críticas. 2ª ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

ROBERTS, Caprice L. In search of judicial activism: dangers in quantifying the qualitative. In: **Tennessee Law Review**, v. 74, p. 567-621, 2007.

RODRIGUES, Leda Boechat. **A Corte Suprema e o direito constitucional americano.** 2ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1992.

ROSENBERG, Gerald N. **The hollow hope:** Can courts bring about social change? Chicago: University of Chicago Press, 1991.

SANTOS, Thayssa Botelho. **Esse é tempo de trabalhos partidos:** vestígios da fissuração no local de trabalho brasileiro. 2016. 233f. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – Universidade Federal Fluminense, Niterói, RJ, 2016

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 35ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direito constitucional brasileiro**. São Paulo: EDUSP, 2021.

_____. Interpretação conforme a Constituição: entre a trivialidade e a centralização judicial. In: **Revista Direito GV**, v.2, n. 1, p. 191-210, jan./jun.2006,

SILVA, Sayonara Grillo Coutinho Leonardo; MOURA, Eleonora Kira Valdez. O que os atores demandam perante o Supremo Tribunal Federal em matéria trabalhista? In: **Revista do Direito Público**, v. 9, n.2, p. 115-133, mai./ago. 2014.

STONE SWEET, Alec. **Governing with judges: constitutional politics in Europe**. New York: Oxford University Press, 2000.

STRAUSS, David A. *Why Lochner was wrong?* In: **The University of Chicago Law Review**, v. 70, n.1, p. 373-386, 2003.

SUPIOT, Alain. **Crítica do direito do trabalho**. Lisboa: Calouste Gulbekian, 2016.

SUPIOT, Alain. **O espírito de Filadélfia: a justiça social diante do mercado total**. Porto Alegre: Sulina, 2014.

_____. **Le travail n'est pas une marchandise. Contenu et sens du travail au XXIe siècle**: Leçon de clôture prononcée le 22 mai 2019. Paris: Collège de France, 2019.

SUNSTEIN, Cass. Beyond judicial minimalism. In: **Tulsa Law Review**, v. 43, p. 825-842, 2008.

TAYLOR, Matthew M. DA ROS, Luciano. Os partidos dentro e fora do poder: a judicialização como resultado contingente da estratégia política. In: **Dados – Revista de Ciências Sociais**, v. 51, n. 4, p. 825-864, 2008.

TUSHNET, Mark. **Weak Courts, strong rights: judicial review and welfare rights in comparative constitutional law**. Princeton, NJ: Princeton University Press, 2008.

UROFSKY, Melvin I. **The Warren court: justices, rulings, and legacy**. Santa Barbara (California): ABC Clio, 2001.

VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. Dezessete anos de judicialização da política. In: **Tempo Social – Revista de Sociologia da USP**, v.12, n.2, p. 39-85, 2007.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. In: **Revista de Direito GV**, v.4, n.2, p. 441-464, 2008.

WAJCMAN, Judy. **Pressed for time:** the acceleration of life in digital capitalism. Chicago: University of Chicago press, 2015.

WHITTINGTON, Keith E. Constitutionalism. In: WHITTINGTON, Keith E.; KELEMEN, R. Daniel; CALDEIRA, Gregory A. **The Oxford Handbook of Law and Politics**. New York: Oxford University Press, 2008.

_____. **Political foundations of judicial supremacy:** the Presidency, the Supreme Court, and constitutional leadership in U.S. history. 2^a ed. Princeton, NJ: Princeton University Press, 2009.

YOUNG, Ernest P. Judicial Activism and conservative politics. In: **University Of Colorado Law Review**, v. 73, n.4, p. 1139-1216, 2002.

ANEXO I – PARECERES LEGISLATIVOS APRESENTADOS À COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO, JUSTIÇA E CIDADANIA DO SENADO FEDERAL (2016-2017)

Projeto de Lei	Documento	Relator/nº de páginas (inteiro teor)	Data de apresentação	Resultado
PL 4.302/1998	Parecer apresentado à CCJ no “Projeto de Lei nº 4.302-c, de 1998 substitutivo do Senado Federal ao Projeto de Lei nº 4302-B, de 1998, que ‘altera dispositivos da Lei nº. 6019, de 3 de janeiro de 1974, que dispõe sobre o trabalho temporário nas empresas urbanas e dá outras providências e dispõe sobre as relações de trabalho na empresa de prestação de serviços a terceiros’”.	Deputado Federal Laércio Oliveira (SD/SE) 8 páginas	17 de novembro de 2016	Lei Federal nº 13.429, de 31 de março de 2017

- Parecer do relator Deputado Laércio Oliveira p. 7-8

Antes de iniciar a análise da constitucionalidade, juridicidade e técnica legislativa, competência desta Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania na apreciação da matéria em comento, tomo a liberdade de apresentar opinião quanto ao mérito da proposta e as alterações pretendidas pelo órgão colegiado que antecedeu. Entendo que, das alterações apreciadas na Comissão de Trabalho, Administração e Serviço Público, cumpre destacar que em razão da redação do substitutivo do Senado Federal ser mais precisa, tanto em relação à técnica legislativa, mas principalmente com base na juridicidade e constitucionalidade. A matéria na forma proposta por aquela Casa Legislativa se mostra condizente com os princípios constitucionais de livre exercício da atividade econômica e interferência mínima do Estado no mercado. Portanto, opino, no mérito, pela rejeição dos destaques de nºs. 1 a 5, de 2008, aprovados na CTASP. Cabendo, nesse ponto, ressalva ao Destaque nº 2/08 da CTASP, que rejeitou o § 5º do art. 5º-A, cuja redação foi dada pelo Substitutivo apresentado no Senado, restabelecendo o art. 10 do texto da Câmara. O dispositivo restabelecido determina que a empresa contratante deve ser solidariamente responsável pelas obrigações trabalhistas e previdenciárias referentes ao período em que ocorrer a prestação de serviços. Tendo em vista que a responsabilidade subsidiária oferece uma dupla garantia ao trabalhador, pois torna imputável tanto a contratante como a contratada e garante o direito dos empregados, entendo que deve prevalecer a redação proposta para o art. 5º-A, acrescido à Lei nº 6.019, de 1974, dada pelo art. 2º Substitutivo do Senado, que estabelece a responsabilidade subsidiária como regra. Da mesma forma, deve prevalecer a redação do Substitutivo do Senado, rejeitando-se, conseqüentemente, o Destaque nº 4/08 da CTAPS, que restabeleceu como § 3º o § 2º do art. 9º do texto da Câmara proposto para a referida Lei, pois trazer tal distinção para as atividades temporárias é problemático. Por sinal, juridicamente é desnecessária tal previsão, mediante a clareza do princípio da reserva legal, insculpido no artigo 5º, inciso II, da Constituição, que em tudo fundamenta a livre iniciativa, constante no art. 1º da Constituição, como fundamento do Estado Democrático de Direito, como decorrência e repercussão econômico do próprio princípio da liberdade. Qualquer regulamentação, portanto, dispensa este tipo de esclarecimento e deve deixar autorização plena para as empresas contratarem serviços vinculados a sua atividade de forma ampla, prezando pela clareza e pela preservação máxima

da livre iniciativa, protegendo o atual exercício das atividades das empresas, que demanda a formação de redes de produção, uso intensivo de tecnologia da informação, e ganhos de produtividade. Eventual diferenciação entre atividade-fim e atividade-meio mostra-se um empecilho, pois as empresas da atualidade trabalham em redes de produção e, por isso, precisam contratar de tudo. O importante é que contratem de forma correta. Assim, deve ser mantida a redação proposta pelo art. 1º do Substitutivo do Senado para o §2º do art. 9º da Lei nº 6.019, de 1974. Porém, seguindo o disposto regimentalmente e superando a opinião apresentada linhas acima, informo que cabe exclusivamente a esta Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, se manifestar sobre a constitucionalidade, a juridicidade, além da técnica legislativa da proposta e das alterações promovidas pela Comissão de Trabalho, Administração e Serviço Público. Compete à União, conforme estatui a Constituição Federal em seu artigo 22, inciso I, legislar privativamente sobre direito do trabalho, e ao Congresso Nacional, conforme o art. 48 da Carta Magna, deliberar sobre a matéria. Assim, após análise do Substitutivo em questão declaro que estão obedecidas as normas constitucionais cujo exame cabe a esta Comissão, tanto pela competência legislativa da União (art. 22, inciso I) em tratar tais matérias, pelo respeito às atribuições do Congresso Nacional, com posterior pronunciamento do Presidente da República (art. 48), quanto, por fim, pela legitimidade da iniciativa concorrente (art. 61, caput). No tocante à juridicidade, também me manifesto favoravelmente à matéria, pois respeita todos parâmetros jurídicos e constitucionais relativos à regulamentação de atividade laboral. Respeitando, ainda, as regras constantes da Lei Complementar nº 95, de 26 de fevereiro de 1998, que dispõe sobre elaboração, redação, alteração e consolidação das leis. Em virtude do exposto, votamos pela constitucionalidade, juridicidade e boa técnica legislativa do Substitutivo do Senado Federal ao Projeto de Lei nº 4.302-B, de 1998

Projeto de Lei	Documento	Relator/nº de páginas (inteiro teor)	Data de apresentação	Resultado
PL 6.787/2016	Parecer apresentado à CCJ “ao Projeto de Lei nº 6.787, de 2016, do poder executivo, que ‘altera o decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943 - consolidação das leis do trabalho, e a lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, para dispor sobre eleições de representantes dos trabalhadores no local de trabalho e sobre trabalho temporário, e dá outras providências”	Deputado Federal Rogério Marinho (PSDB/RN) 87 páginas	12 de abril de 2017	Lei Federal nº 13.467, de 13 de julho de 2017

- Parecer do relator Deputado Rogério Marinho p. 17-30

Os filósofos alemães definem o zeitgeist como o espírito do tempo, o espírito da época, é o conjunto do clima intelectual e cultural do mundo. As leis são construídas e escritas com o objetivo de atender o zeitgeist em que estão inseridas. O Brasil de 1943 não é o Brasil de 2017. Há 74 anos éramos um país rural, com mais de 60% da população no campo. Iniciando um processo de industrialização, vivíamos na ditadura do Estado Novo, apesar disso, o governo outorgou uma legislação trabalhista que preparava o país para o futuro. Uma legislação que regulamentava as necessidades do seu tempo, de forma a garantir os

patamares mínimos de dignidade e respeito ao trabalhador. Hoje, estamos no século XXI, na época das tecnologias da informação, na época em que nossos telefones celulares carregam mais capacidade de processamento do que toda a NASA quando enviou o homem à lua. As dinâmicas sociais foram alteradas, as formas de se relacionar, de produzir, de trabalhar mudaram diametralmente. Novas profissões surgiram e outras desapareceram, e as leis trabalhistas permanecem as mesmas. Inspiradas no fascismo de Mussolini, as regras da CLT foram pensadas para um Estado hipertrofiado, intromissivo, que tinha como diretriz a tutela exacerbada das pessoas e a invasão dos seus íntimos. O respeito às escolhas individuais, aos desejos e anseios particulares é garantido pela nossa Lei Maior. Não podemos mais negar liberdade às pessoas, não podemos mais insistir nas teses de que o Estado deve dizer o que é melhor para os brasileiros negando-os o seu direito de escolher. Precisamos de um Brasil com mais liberdade. Temos uma lei trabalhista que ainda diz que a mulher não merece as proteções legais se for empregada de seu pai ou marido, que ainda divide o país em 22 regiões, incluindo o Território do Acre. Pasmem, nossa lei ainda diz que a mulher casada não precisa pedir permissão do marido para litigar na Justiça trabalhista. Apesar desses exemplos, existem pessoas que insistem em dizer que a legislação não precisa de atualizações. 18 Estou convicto de que precisamos modernizar a legislação trabalhista brasileira. Precisamos abandonar as amarras do passado e trazer o Brasil para o tempo em que estamos e que vivemos, sem esquecer do país que queremos construir e deixar para nossos filhos e netos. Sustentamos o entendimento de que a CLT tem importância destacada na sua função de estabilizar as relações de trabalho, mas que, evidentemente, sofreu desgastes com o passar dos anos, mostrando-se desatualizada em vários aspectos, o que não é de se estranhar. É com essa visão particular que vislumbramos a presente modernização: a necessidade de trazer as leis trabalhistas para o mundo real, sem esquecer dos seus direitos básicos e das suas conquistas históricas que, por sua importância, estão inseridos no artigo 7º da Constituição da República. Precisamos evoluir, precisamos nos igualar ao mundo em que os empregados podem executar as suas atividades sem que estejam, necessariamente, no estabelecimento; em que a informatização faz com que um empregado na China interaja com a sua empresa no Brasil em tempo real; um mundo em que se pode, e se deve, conferir maior poder de atuação às representações sindicais de trabalhadores e de empregadores para decidirem, de comum acordo, qual a melhor solução para as partes em momentos determinados e específicos. O compromisso que firmamos, ao aceitar esta tarefa, não foi com empresas, com grupos econômicos, com entidades laborais, sindicatos ou com qualquer outro setor. O nosso compromisso é com o Brasil. É com os mais de 13 milhões de desempregados, 10 milhões de desalentados e subempregados totalizando 23 milhões de brasileiros e brasileiras que foram jogados nessa situação por culpa de equívocos cometidos em governos anteriores. O momento pelo qual passamos é simbólico. Desde 1901, ano em que primeiro se aferiu o Produto Interno Bruto do país, não passamos por uma situação tão difícil. Já são três anos consecutivos de crescimento negativo, de perdas econômicas, de perda de conquistas. São pessoas que, de uma hora para outra, perdem seus empregos, se veem afundadas em dívidas e 19 tomadas pela desesperança, tudo isso por culpa e dolo daqueles que aparelharam o Estado brasileiro e locupletaram-se dos bens nacionais. O Brasil não pode mais esperar. Nós, parlamentares, legítimos representantes do povo, precisamos responder aos anseios e necessidades de todos aqueles que esperam soluções concretas aos problemas atuais. Não podemos nos esconder atrás de cortinas de fumaça, não podemos nos valer de discursos panfletários e fugir da realidade concreta que se apresenta à nossa frente. Temos o dever de, dentro dos limites que nos impõe a nossa Constituição, propor medidas legislativas que permitam às pessoas alcançar os seus desejos. Nos parece muito claro quais são esses desejos. O povo anseia por liberdade, anseia por emprego, deseja poder empreender com segurança. Vivemos em um país onde se discute os termos do contrato de trabalho na sua rescisão e não no momento da sua assinatura, uma ilógica inversão que desprotege os empregados e desincentiva as contratações. A preocupação desta Casa, ao examinar a proposição, não pode se restringir ao universo dos empregados formais, é preciso pensar naqueles que estão relegados à informalidade, ao subemprego, muitas vezes por que

a sua realidade de vida não se encaixa na forma rígida que é a atual CLT. A legislação trabalhista brasileira vigente hoje é um instrumento de exclusão, prefere deixar as pessoas à margem da modernidade e da proteção legal do que permitir contratações atendendo as vontades e as realidades das pessoas. No que se refere ao mercado informal, devemos ressaltar que o Instituto Brasileiro de Economia da Fundação Getúlio Vargas (IBRE/FGV) e o Instituto Brasileiro de Concorrência Empresarial (ETCO) divulgam, desde o ano de 2007, o índice de economia subterrânea, que avalia o mercado informal de trabalho. A pesquisa identificou um crescimento nos números desse mercado, atingindo, em 2016, o patamar de 16% do PIB brasileiro. Segundo o estudo, estima-se que em torno de 40% dos trabalhadores brasileiros estejam no mercado informal, ou seja, quatro em cada dez brasileiros não têm qualquer proteção de direitos trabalhistas. 20 Essa modernização trabalhista deve então assumir o compromisso não apenas de manter os direitos dos trabalhadores que possuem um emprego formal, mas também de proporcionar o ingresso daqueles que hoje não possuem direito algum. Esse desequilíbrio deve ser combatido, pois, escudada no mantra da proteção do emprego, o que vemos, na maioria das vezes, é a legislação trabalhista como geradora de injustiças, estimulando o desemprego e a informalidade. Temos, assim, plena convicção de que essa reforma contribuirá para gerar mais empregos formais e para movimentar a economia, sem comprometer os direitos tão duramente alcançados pela classe trabalhadora. Não resta dúvida de que, hoje, a legislação tem um viés de proteção das pessoas que estão empregadas, mas a rigidez da CLT acaba por deixar à margem da cobertura legal uma parcela imensa de trabalhadores, em especial, os desempregados e o trabalhadores submetidos ao trabalho informal. Assim, convivemos com dois tipos de trabalhadores: os que têm tudo – emprego, salário, direitos trabalhistas e previdenciários – e os que nada têm – os informais e os desempregados. A reforma, portanto, tem que almejar igualmente a dignidade daquele que não tem acesso aos direitos trabalhistas. E essa constatação apenas reforça a nossa convicção de que é necessária uma modificação da legislação trabalhista para que haja a ampliação do mercado de trabalho, ou seja, as modificações que forem aprovadas deverão ter por objetivo não apenas garantir melhores condições de trabalho para quem ocupa um emprego hoje, mas criar oportunidades para os que estão fora do mercado. Muito se especulou de que este Projeto de Lei e esta Comissão teriam como objetivo principal retirar direitos dos trabalhadores. Eu afirmo com convicção de que este não é e nunca foi o nosso objetivo e, mesmo que fosse, não poderíamos, em hipótese alguma, contrariar o que está colocado no artigo 7º da Constituição Federal. O Substitutivo apresentado não está focado na supressão de direitos, mas sim em proporcionar uma legislação mais moderna, que busque soluções inteligentes para novas modalidades de contratação, que 21 aumente a segurança jurídica de todas as partes da relação de emprego, enfim, que adapte a CLT às modernizações verificadas no mundo nesses mais de 70 anos que separam o nascimento da CLT deste momento. Cabe, aqui, citar as palavras do Ministro do Tribunal Superior do Trabalho, João Oreste Dalazen, quando, em 2012, no exercício da presidência do Tribunal, referiu-se à importância da CLT no momento de sua edição, oportunidade em que o País começava a deixar para trás a sua condição de sociedade agrícola, ainda sob a influência de uma cultura escravocrata, para dar início ao seu processo para se tornar uma sociedade industrial. Embora reconhecendo essa importância, o Ministro suscitou que a CLT, hoje, deixa a desejar, “primeiro, porque é uma regulação rígida, que engessa toda relação entre patrão e empregado. Segundo, porque é excessivamente detalhista e confusa, o que gera insegurança jurídica. E, terceiro, porque está cheia de lacunas”. Assim, estando evidente que a CLT necessita ser atualizada, reconhecemos, igualmente, que o texto inicial do Projeto de Lei nº 6.787, de 2016, constitui um primeiro passo importante para o início das discussões, mas que as mudanças ali propostas ainda precisam ser aprofundadas. Nesse contexto, diversas questões precisam ser enfrentadas, o que estamos fazendo por intermédio de um Substitutivo à proposição apresentada pelo Poder Executivo. Em nosso país, além do excesso de normas trabalhistas, elas são muito rígidas. E essa rigidez, por sua vez, provoca um alto grau de insegurança jurídica na contratação do trabalhador, fazendo com que, primeiro, o empregador tenha receio de contratar a mão de obra e, depois, que investimentos importantíssimos para

o crescimento do País sejam direcionados a outros países. Como já foi mencionado, é hora de disciplinarmos na CLT as novas modalidades de contratação decorrentes das inovações tecnológicas e as suas consequências, tais como o contrato de trabalho intermitente e o teletrabalho. 22 Os problemas suscitados pelo Ministro Dalazen em relação à CLT nos remetem a outra questão que precisa ser enfrentada com essa reforma: as lacunas e as confusões da lei por ele mencionadas que fazem com que o Brasil seja o campeão de ajuizamento de ações trabalhistas em todo o mundo. De acordo com dados colocados à disposição pelo próprio TST, somente no ano de 2016, as Varas do Trabalho receberam, na fase de conhecimento, 2.756.159 processos, um aumento de 4,5% em relação ao ano anterior. Desses, 2.686.711 foram processados e julgados. A soma da diferença dos processos não julgados no ano com o resíduo já existente nos tribunais totalizou 1.843.336 de processos pendentes de julgamento, em 31 de dezembro de 2016. Se forem acrescidas as execuções das sentenças proferidas, foram iniciadas 743.410 execuções e encerradas 660.860 em 2016, estando pendentes, em 31 de dezembro de 2016, o expressivo número de 2.501.722 execuções. Somando todos esses números, chegamos ao expressivo número de cerca de 4 milhões de novas ações trabalhistas. Além disso, foram remetidos aos Tribunais Regionais do Trabalho (TRT), 760.877 processos, um aumento de 11,9% em relação ao ano anterior. Por fim, o TST recebeu, no mesmo período, 239.765 processos, o que representou, em média, 9.990 processos para cada Ministro, não considerados, aqui, o acervo já existente em cada gabinete. A pergunta a ser feita é: o País suporta tal demanda? Até quando os tribunais trabalhistas suportarão esse volume de processos? No que tange ao excesso de processos tramitando na Justiça do Trabalho, é certo que muitos deles decorrem do descumprimento intencional da lei pelo empregador, mas não podemos desprezar uma grande quantidade que decorra do detalhamento acentuado das obrigações trabalhistas, em conjunto com regras processuais que estimulam o ingresso de ações e a interposição de infundáveis recursos, apesar dos esforços empreendidos pelo TST para redução do tempo de tramitação dos processos. Nas palavras do professor José Pastore, a legislação trabalhista “constitui um verdadeiro convite ao litígio”. 23 Outra consequência desse detalhamento da CLT no âmbito processual é a constatação de que, para casos idênticos ajuizados na Justiça do Trabalho, são proferidas sentenças distintas, o que é próprio da atividade judicial de interpretar a lei e se coaduna com a autonomia dos juízes na aplicação da Justiça. E mais. Em sua função jurisdicional, o juiz não pode deixar de proferir sentença sob o argumento de que não existe lei disposta sobre determinado tema. A própria CLT, em seu art. 8º, determina que, havendo lacuna na lei ou no contrato, o juiz aplicará a jurisprudência, a analogia, a equidade, o direito comparado, em suma, usará dos meios adequados para proferir sua decisão. O fato é que, em consequência dessas interpretações distintas, cabe ao TST exercitar a sua competência de uniformizar as decisões judiciais no âmbito trabalhista, utilizando-se, para tanto, das súmulas e de outros enunciados de jurisprudência. Não resta dúvida quanto à importância das súmulas no balizamento das decisões proferidas na Justiça do Trabalho e como objeto de economia processual, diante da sua finalidade de agilizar o andamento dos processos e dar segurança jurídica às decisões dos Juízes do Trabalho em todo o País. Ocorre, porém, que temos visto com frequência os tribunais trabalhistas extrapolarem sua função de interpretar a lei por intermédio de súmulas, para, indo além, decidirem contra a lei. Assim, um instrumento que deveria ter a finalidade precípua de trazer segurança jurídica ao jurisdicionado, garantindo a previsibilidade das decisões, é utilizado, algumas vezes, em sentido diametralmente oposto, desconsiderando texto expresso de lei. Exemplo evidente disso é o entendimento esposado pelo TST quanto à ultratividade da norma coletiva, segundo o qual as cláusulas normativas serão mantidas incorporadas ao contrato individual de trabalho até que novo acordo coletivo ou convenção coletiva seja firmado (Súmula nº 277), enquanto a CLT prevê expressamente que a vigência desses instrumentos não ultrapassará o prazo de dois anos (§ 3º do art. 614). 24 A questão foi remetida ao STF, por intermédio da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 323, havendo uma decisão cautelar formulada pelo relator, o Ministro Gilmar Mendes, pela “suspensão de todos os processos em curso e dos efeitos de decisões judiciais proferidas no âmbito da

Justiça do Trabalho que versem sobre a aplicação da ultratividade de normas de acordos e de convenções coletivas, sem prejuízo do término de sua fase instrutória, bem como das execuções já iniciadas”. No que concerne ao fenômeno acima relatado, também chamado de ativismo judicial, cabe ressaltar a advertência do Presidente do TST, Ministro Ives Gandra Martins Filho, de que é urgente se adotar um controle para se evitar que, sob a justificativa de que se está interpretando subjetivamente, o juiz crie ou revogue lei com suas decisões, complementando que “o juiz é livre dentro da lei e não fora dela”. Portanto a modernização das leis trabalhistas também será importante para conter o avanço dessa excessiva busca pelo Judiciário para solução dos conflitos entre as partes, pautando não só o desestímulo ao ativismo judicial, mas criando mecanismos que estimulem a solução desses conflitos antes que seja necessário submetê-los ao Poder Judiciário. E aqui não estamos falando em se impedir o acesso ao Judiciário, direito garantido plenamente pela Constituição Federal, mas em se privilegiar as soluções extrajudiciais na composição dos conflitos. Vemos com muita frequência a celebração de homologações entre as partes, mormente na presença dos representantes sindicais, como exige o § 1º do art. 477 da CLT para os contratos com mais de um ano de vigência, para, tempos depois, o empregado ajuizar reclamação trabalhista requerendo as mesmas parcelas que foram objeto da homologação. Além do volume excessivo de ações trabalhistas já citado, esse procedimento traz enorme insegurança jurídica ao contratante diante da imprevisibilidade para o seu negócio. Em prol da segurança jurídica das relações do trabalho, nosso Substitutivo trata dessa questão suscitando uma proposta que possibilite, utilizando-se de uma expressão do professor Helio Zylberstajn que expõe a 25 redundância da matéria, “rescindir o contrato quando houver a rescisão”. Desse modo, o ato rescisório terá, efetivamente, efeito liberatório em relação às parcelas pagas cuja natureza e valor estejam devidamente especificadas. Em outra abordagem, mas também objetivando a diminuição dos conflitos trabalhistas que são demandados perante a Justiça do Trabalho, estamos propondo a adoção da arbitragem nas relações de trabalho, observadas determinadas peculiaridades que serão examinadas mais adiante, quando do exame pontual do Substitutivo. Além de valorizar e fortalecer os mecanismos alternativos de resolução de conflitos, a nossa sugestão também prevê algum “risco” para quem ingressar com uma ação judicial. Hoje, a pessoa que ingressa com uma ação trabalhista não assume quaisquer riscos, uma vez que grande parte das ações se resolvem na audiência inicial, gerando o pagamento de uma indenização sem que ele tenha que arcar nem mesmo com as custas processuais. Nesse sentido, estamos propondo que o instituto da sucumbência recíproca seja aplicado na Justiça do Trabalho. Portanto, no que se refere ao objetivo de garantir a segurança jurídica, a primeira linha de ação é a de se estimular a solução extrajudicial do conflito; depois, a proposta visa a estabelecer um risco decorrente do ingresso com a ação. Por fim, propõe-se que haja um fortalecimento da negociação coletiva, conferindo maior eficácia às cláusulas que forem acordadas entre as partes. Em suma, é urgente a alteração da legislação vigente, que configura um verdadeiro convite à litigância, como já tivemos a oportunidade de nos referir. Também é objeto do Substitutivo uma regulamentação para o dano extrapatrimonial, visando disciplinar o procedimento para a concessão do dano moral e do dano existencial ou de outros tipos de reparação que venham a ser criados. Um dos pilares do projeto encaminhado para apreciação por esta Casa Legislativa é a possibilidade de que a negociação coletiva realizada por entidades representativas de trabalhadores e empregadores possa prevalecer sobre normas legais, em respeito à autonomia coletiva da vontade. 26 De fato, a justificativa do projeto menciona que o seu objetivo com tal medida é a de “garantir o alcance da negociação coletiva e dar segurança ao resultado do que foi pactuado entre trabalhadores e empregadores”. Muitos mencionam a hipossuficiência dos trabalhadores para criticar a proposta de se ampliar a prevalência do negociado, com o argumento de que os sindicatos laborais são fracos, maus negociadores, e que, por isso, serão “enganados” pelos sindicatos patronais nas negociações, havendo o risco, ainda, de os trabalhadores serem ameaçados de demissão se não se submeterem às condições impostas pelos empregadores. O dia a dia das negociações, no entanto, mostra uma outra realidade, sendo possível verificar que, ao longo dos últimos vinte anos, os sindicatos negociaram aumentos salariais iguais ou

superiores aos índices inflacionários. Somente no ano de 2016, em que o País viveu uma de suas piores crises econômicas, 52% dos sindicatos negociaram índices de aumento superiores à inflação, e a grande maioria das entidades cujos reajustes foram inferiores aos índices inflacionários conseguiram preservar os empregos de seus representados, o que configura um grande ganho em momentos de aumento do desemprego. O que precisamos, na verdade, é fortalecer a estrutura sindical como um todo, fazendo com que as categorias se sintam efetivamente representadas. Nesse sentido, é acertada a ideia contida na proposta do Governo. Ao se abrir espaço para que as partes negociem diretamente condições de trabalho mais adequadas, sem revogar as garantias estabelecidas em lei, o projeto possibilita maior autonomia às entidades sindicais, ao mesmo tempo em que busca conferir maior segurança jurídica às decisões que vierem a ser negociadas. A insegurança jurídica da representação patronal, que não tem certeza se o que for negociado será preservado pela Justiça do Trabalho, é um grande empecilho à celebração de novas condições de trabalho mais benéficas aos trabalhadores e, em última instância, um entrave à contratação de mão de obra. Nessa linha de raciocínio, o foco que se almeja com a presente reforma é a expansão das condições de negociação dos sindicatos diante das rígidas regras da CLT, sem comprometer os direitos assegurados aos 27 trabalhadores. Ao mesmo tempo em que se limita o papel do Estado nas negociações, propõe-se um sistema no qual o interesse das partes seja respeitado, garantindo-se ao trabalhador liberdade ampla para aderir ou não ao que for negociado. Não é admissível, por exemplo, que uma cláusula ajustada entre as partes, como a redução do horário do almoço de sessenta para trinta minutos, seja invalidada pela Justiça do Trabalho depois de dois anos de vigência, implicando a condenação da empresa ao pagamento de indenização. Ou que não se permita a negociação de um tempo mais razoável para a movimentação dos empregados no início e no final da jornada. Exemplos como esses são inúmeros na CLT. Porém o que se está propondo não é a sua revogação, mas, sim, permitir que as entidades possam negociar a melhor solução para as suas necessidades. Repita-se, não se busca com esse dispositivo reduzir direitos dos trabalhadores, mas apenas permitir que regras rígidas da CLT possam ser disciplinadas de forma mais razoável pelas partes, sem que haja o risco de serem invalidadas pelo Judiciário, contribuindo para uma maior segurança jurídica nas relações de trabalho. Em suma, modernizar a legislação sem comprometer a segurança de empregados e empregadores. Neste ponto, é de extrema relevância mencionar que o STF tem se debruçado sobre o tema da prevalência do negociado pelas partes no Direito do Trabalho, e as decisões da Corte Máxima do nosso Judiciário têm se pautado pelo entendimento de que a Constituição Federal buscou prestigiar “a autonomia coletiva da vontade e a autocomposição dos conflitos trabalhistas”, quando, entre os incisos do art. 7º, inseriu como direito dos trabalhadores o “reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho” (art. 7º, XXVI). E mais. Decidiu que “o reconhecimento dos acordos e convenções coletivas permite que os trabalhadores contribuam para a formulação das normas que regerão a sua própria vida” (RE nº 590.415). Esse é, justamente, o espírito das alterações que almejamos nesta oportunidade. Como já expusemos, deve-se fortalecer o entendimento direto entre as entidades sindicais que representam empregados e 28 empregadores, sem que haja a violação dos direitos assegurados aos trabalhadores. A proposta de se estimular o resultado das negociações coletivas, contudo, tem que estar diretamente relacionada com uma estrutura sindical em que as entidades sejam mais representativas e mais democráticas. Embora reconheçamos a existência de inúmeros sindicatos altamente representativos, não podemos fechar os olhos para a outra realidade do nosso sistema sindical, em que proliferam sindicatos de fachada. E, nesse ponto, temos a convicção de que a sugestão de retirar a natureza de imposto da contribuição sindical, tornando-a optativa, será de fundamental importância no processo de fortalecimento da estrutura sindical brasileira. A existência de uma contribuição de natureza obrigatória explica, em muito, o número de sindicatos com registro ativo existentes no País. Até março de 2017, eram 11.326 sindicatos de trabalhadores e 5.186 sindicatos de empregadores, segundo dados obtidos no Cadastro Nacional de Entidades Sindicais do Ministério do Trabalho. Comparativamente, no Reino Unido, há 168 sindicatos; na Dinamarca, 164; nos Estados

Unidos, 130, e na Argentina, 91. Um dos motivos que explica essa distorção tão grande entre o número de sindicatos existentes no Brasil e em outros países do mundo é justamente a destinação dos valores arrecadados com a contribuição sindical. Somente no ano de 2016, a arrecadação da contribuição sindical alcançou a cifra de R\$ 3,96 bilhões de reais. Os sindicatos, sejam eles classistas ou patronais, não mais poderão ficar inertes, sem buscar resultados efetivos para as suas respectivas categorias, respaldados em uma fonte que não seca, que eles recebem independentemente de apresentarem quaisquer resultados. Aqueles que se sentirem efetivamente representados por seus sindicatos, trabalhadores ou empregadores, pagarão suas contribuições em face dos resultados apresentados. Os que não tiverem resultados a apresentar, aqueles que forem meros sindicatos de fachada, criados unicamente com o objetivo de arrecadar a contribuição obrigatória, esses estarão fadados ao esquecimento. 29 O ideal, a nosso ver, era que a contribuição sindical ficasse restrita aos trabalhadores e empregadores sindicalizados. Como um passo inicial, mantivemos a possibilidade de qualquer trabalhador ou empresa de optar pelo pagamento da contribuição, com a ressalva de que o trabalhador interessado deverá manifestar-se prévia e expressamente a favor de seu desconto pelo empregador. Por outro lado, não estamos alterando aspectos relativos à estrutura sindical, como a unicidade sindical, por exemplo, pois esse assunto deve ser tratado em nível constitucional. Todavia a transformação da natureza da contribuição sindical de obrigatória para optativa servirá como primeiro passo para que a reforma sindical seja discutida pelas partes interessadas. É o que esperamos. Além disso, estamos sugerindo o acréscimo de alguns dispositivos e a alteração de outros visando a sanar determinadas inconsistências da CLT, geradoras de controvérsias que terminam por desaguar no Judiciário Trabalhista. Outro ponto ao qual conferimos especial destaque são as modificações no processo do trabalho. Temos, hoje, uma coletânea de normas que, em vez de contribuir para a rápida conclusão da demanda, têm sido um fator preponderante para o estrangulamento da Justiça do Trabalho. Por isso, foram incorporadas normas que visam a possibilitar formas não litigiosas de solução dos conflitos, normas que desestimulam a litigância de má-fé, normas que freiam o ativismo judicial e normas que reafirmam o prestígio do princípio constitucional da legalidade, segundo o qual ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. Ressalte-se que o esforço que estamos empreendendo é no sentido de aprimorar a proposta original encaminhada pelo Poder Executivo, e, de fato, o arcabouço em que ela se fundamentou foi, em grande medida, preservado. A seguir, examinaremos o projeto e as emendas quanto aos aspectos de constitucionalidade, de juridicidade, de técnica legislativa e de mérito. 30 Cumpre ressaltar que o Substitutivo ora apresentado é resultado de uma exaustiva análise da proposição original, das emendas apresentadas pelos nobres Pares e de sugestões recolhidas junto aos mais variados órgãos e à sociedade civil como um todo

- Trechos do Parecer sobre a constitucionalidade, Juridicidade e técnica Legislativa das alterações legislativas
p. 59-60

[...]

Art. 545 a 602 É fato que o modelo sindical adotado no País ainda é praticamente o mesmo da época de sua criação, no período conhecido como Estado Novo, em que vivíamos a ditadura do governo Vargas. 60 Criada em uma época em que as garantias constitucionais estavam suspensas, a contribuição sindical tem inspiração claramente fascista, uma vez que tinha como principal objetivo subsidiar financeiramente os sindicatos para que dessem sustentação ao governo. Os fundamentos da época em que a contribuição sindical foi criada não mais subsistem e o seu caráter obrigatório é um verdadeiro contrassenso com o princípio da liberdade sindical, consagrado em nossa Constituição. Não se pode admitir que a contribuição sindical seja imposta a todos os integrantes das categorias econômicas e profissionais e, ao mesmo tempo, que a Carta Magna determine que ninguém é obrigado a se filiar ou se manter filiado a entidade sindical. Nesse contexto, estamos propondo que a

contribuição sindical deixe de ser obrigatória, assumindo um caráter optativo, ou seja, a partir da sanção desta lei, caso ela venha a ser aprovada, a contribuição somente será devida mediante prévia adesão do trabalhador ou do empregador. As entidades sindicais terão que se mostrar efetivas em suas atuações, atendendo os anseios de seus representados, para que eles decidam livremente pelo suporte financeiro das atividades. Não há justificção para se exigir a cobrança de uma contribuição de alguém que não é filiado e que, muitas vezes, discorda frontalmente da atuação de seu sindicato. E essa contrariedade à forma de atuar dos sindicatos explica, em grande medida, a inexpressiva taxa de sindicalização no Brasil. Apenas algo em torno de 20% dos trabalhadores brasileiros são filiados a alguma entidade sindical, segundo dados do próprio Ministério do Trabalho. Temos uma firme convicção de que o fortalecimento da estrutura sindical brasileira passa pelo fim da contribuição sindical impositiva, que acaba por estimular a criação de sindicatos sem qualquer representatividade, apenas com a finalidade de arrecadar esse “tributo”. Sobre esta matéria, destacamos o acolhimento parcial das Emendas 46, da Deputada Gorete Pereira (PR/CE), e 228, da Deputada Laura Carneiro (PMDB/RJ). 61 Art. 611-A e 611-B Como já dissemos anteriormente, um dos fundamentos da proposta encaminhada para análise desta Casa é o do fortalecimento da negociação sindical. Mantivemos a ideia original da proposição de se estabelecer um rol exemplificativo de temas que poderão ser objeto de negociação coletiva e que, uma vez acordados, prevalecerão sobre o disposto em lei. Com isso, fica assentada a ideia de se definir como regra a prevalência da convenção coletiva e do acordo coletivo de trabalho, e não como exceção, como se entende atualmente. Deve ser reforçado, neste momento, que essa é a linha de pensamento que vem sendo adotada pelo STF atualmente, haja vista as decisões proferidas nos RE nº 590.415 e nº 895.759, antes citadas, em atendimento ao disposto no inciso XXVI do art. 7º da Constituição Federal, pelo qual se reconhece a autonomia da vontade coletiva como forma prioritária de regulação trabalhista. Visando a aumentar ainda mais a segurança jurídica do acordado, seja para os empregados seja para os empregadores, além de um rol exemplificativo do que pode ser negociado, estamos acrescentando um novo artigo à CLT (art. 611-B) para especificar taxativamente um marco regulatório com as matérias que não podem ser objeto de negociação, por serem direitos que se enquadram no conceito de indisponibilidade absoluta, preservando-se, dessa forma, o que se convencionou denominar de patamar civilizatório mínimo dos trabalhadores. Quanto ao que não se enquadra nesse conceito, permite-se a negociação coletiva e a participação direta das partes na formulação das normas trabalhistas que lhes sejam mais benéficas. Nesse sentido, foram acatadas, integralmente ou em parte, as Emendas: 20, 21, 22, 30, 31, 405, 446 e 719, da Deputada Gorete Pereira (PR/CE); 60, do Deputado André Figueiredo (PDT/CE); 77, 79, 133, 136 e 401, do Deputado Celso Maldaner (PMDB/SC); 58, 99 100, 563 e 779, do Deputado Laércio Oliveira (SD/SE); 123, 124, 125, 127 e 130, do Deputado Vanderlei 62 Macris (PSDB/SP); 149 e 150, do Deputado Daniel Almeida (PCdoB/BA); 183, da Deputada Magda Mofatto (PR/GO); 186, da Deputada Jô Moraes (PCdoB/MG); 209, 210, 211, 212 e 213, do Deputado Diego Gouveia (PSD/PB); 225 e 783, da Deputada Laura Carneiro (PMDB/RJ); 239, do Deputado Weverton Rocha (PDT/MA); 250, do Deputado Chico Lopes (PCdoB/MA); 273, 274, 275, 276, 280, 759 e 760, do Deputado Mauro Lopes (PMDB/MG); 305 e 307, do Deputado Sérgio Vidigal (PDT/ES); 315, do Deputado Paes Landim (PTB/PI); 373, 374, 375, 376, 380 e 834, do Deputado Major Olímpio (SD/SP); 335, 339, 412, 414, 416 e 417, do Deputado Valdir Colatto (PMDB/SC); 421, do Deputado Augusto Coutinho (SD/PE); 439, 442 e 688, do Deputado Vitor Lippi (PSDB/SP); 463, 464 e 465, do Deputado Renzo Braz (PP/MG); 492, 500, 501, 516, 528, 529, 530, 531 e 850, do Deputado Jerônimo Goergen (PP/RS); 538, do Deputado Goulart (PSD/SP); 543 e 746, do Deputado Arnaldo Jordy (PPS/PA) e da Deputada Carmem Zanotto (PPS/SC); 545, do Deputado Ronaldo Carletto (PP/BA) 583, do Deputado Orlando Silva (PCdoB/SP); 626, do Deputado Paulo Abi-Ackel (PSDB/MG); 635, do Deputado José Carlos Aleluia (DEM/BA); 656, do Deputado Zé Silva (SD/MG); 682, do Deputado Júlio Lopes (PP/RJ); 685, do Deputado Áureo (SD/RJ); 703, 704, 708 e 713, do Deputado Alfredo Kaefer (PSL/PR); 764 e 767, do Deputado Wellington Roberto (PR/PB); 803, 806, 807, 808 e 811, do Deputado Rômulo

Gouveia (PSD/PB); 829 e 830, do Deputado José Carlos Bacelar (PR/BA); 832 do Deputado Mauro Pereira (PMDB/RS); 849, do Deputado Célio Silveira (PSDB/GO) [...]

**ANEXO II – FUNDAMENTOS DECISÓRIOS DA JURISPRUDÊNCIA DO STF EM
MATÉRIA LABORAL (2018-2020)**

Recurso	Objeto e tema	Relator do acórdão/nº de páginas (inteiro teor)	Data do julgamento	Resultado
RE 590.415/SC	Recurso do Banco do Brasil S.A. contra Acórdão do TST que desconsiderou a quitação ampla, de toda e qualquer parcela oriunda do contrato de trabalho, outorgada pela recorrida em favor do recorrente, assentando que tal quitação se limita às parcelas e valores especificados no recibo.	Ministro Luis Roberto Barroso 56 páginas	30 de abril de 2015	“Tribunal, apreciando o tema 152 da repercussão geral, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, conheceu do recurso extraordinário e a ele deu provimento, fixando-se a tese de que 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. Impedida a Ministra Rosa Weber. Ausentes, justificadamente, o Ministro Celso de Mello e, participando, na qualidade de Presidente do Tribunal Superior Eleitoral, de palestra e compromissos na República Italiana e do Programa de Visitantes Internacionais, por ocasião das Eleições para a Câmara dos Comuns do Reino Unido, o Ministro Dias Toffoli. [...] Presidiu o julgamento o Ministro Ricardo Lewandowski “

- **Trechos do voto do Ministro Luis Roberto Barroso**
p. 16-23

[...]

III. MODELOS JUSTRABALHISTAS: O PADRÃO CORPORATIVO AUTORITÁRIO QUE PREDOMINOU ANTERIORMENTE À CONSTITUIÇÃO DE 1988;

11. O segundo elemento relevante para uma adequada compreensão da limitação da autonomia da vontade no âmbito do Direito de Trabalho encontra-se no modelo de normatização justrabalhista que inspirou a legislação infraconstitucional brasileira. De acordo com a doutrina, um modelo de normatização pode se caracterizar pelo predomínio de normas de origem autônoma, baseadas no exercício da autonomia privada das categorias de empregadores e de trabalhadores, ou pelo predomínio de normas de origem heterônoma ou estatal. 12. Nos modelos de normatização autônoma, os conflitos entre capital e trabalho são, como regra, resolvidos no âmbito da sociedade civil, através de mecanismos de negociação coletiva entre sindicatos, associações profissionais e trabalhadores. Pode haver legislação estatal tutelando os direitos mais essenciais ou dispondo sobre procedimentos a serem observados no âmbito das negociações coletivas, mas as normas que regulam as relações de trabalho são produzidas pelos particulares, com considerável liberdade, através de instrumentos similares aos acordos e convenções coletivas. Esse é o modelo típico das democracias consolidadas, defendido pela Organização Internacional do Trabalho. 13. Há, por outro lado, um modelo de normatização marcadamente heterônoma, que segue um **padrão corporativo autoritário**, que rejeita a autocomposição e a produção de normas privadas, através da submissão do conflito trabalhista ao rigoroso controle do Estado, direta ou indiretamente, no último caso, por meio de uma legislação minuciosa, que procura se antecipar e/ou eventualmente sufocar o embate entre empregadores e trabalhadores. Nesse caso, a disciplina das relações de trabalho provém fundamentalmente do Estado. Os exemplos clássicos de tal padrão são as experiências da Itália fascista e da Alemanha nazista, no século XX, com influência em outros países, **entre os quais, reconhecidamente, o Brasil**. teve por marco inicial o ano de 1930 e ocorreu até o final do governo de Getúlio Vargas, em 1945. **Desenvolveu-se, portanto, durante um longo período político autoritário, marcado inclusive pela perseguição estatal às lideranças operárias**, e manteve seus efeitos, mesmo durante os breves períodos democráticos, sem grandes inovações, até a Constituição de 1988. Criou-se, em tal período, o Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio e o Departamento Nacional do Trabalho, e concebeu-se: i) a legislação profissional, minuciosa e protetiva, que foi reunida, em 1943, na Consolidação das Leis do Trabalho; ii) o sindicato único, reconhecido e controlado pelo Estado, que, por consequência, não respondia perante os trabalhadores que supostamente representava; iii) o imposto sindical, devido por todos que pertencessem à categoria profissional, independentemente de serem sócios⁸; iv) a Justiça do Trabalho, prevista pela Constituição de 1937 e regulamentada em 1939. [...] 18. Assim, se a rigorosa limitação da autonomia da vontade é a tônica no direito individual do trabalho e na legislação infraconstitucional anterior à Constituição de 1988, o mesmo não ocorre no que respeita ao direito coletivo do trabalho ou às normas constitucionais atualmente em vigor. 19. A Constituição de 1988 restabeleceu o Estado Democrático de Direito, afirmou como seus fundamentos a cidadania, a dignidade humana, o pluralismo político e reconheceu uma série de direitos sociais que se prestam a assegurar condições materiais para a participação do cidadão no debate público. Especificamente no que respeita ao direito coletivo do trabalho, como já mencionado, 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). Se este não é o espírito das normas infraconstitucionais que regem a matéria, cabe ao intérprete rever o conteúdo destas últimas à luz da Constituição. [...]

Ação	Objeto e tema	Relator do acórdão/nº de páginas (inteiro teor)	Data do julgamento	Resultado
------	---------------	---	--------------------	-----------

ADI 4.842	Lei nº 11.901/2009 (art. 5º). Estabelece jornada do Bombeiro Civil é de 12 horas de trabalho por 36 horas de descanso, num total de 36 horas semanais.	Ministro Edson Fachin 39 páginas	14 de setembro de 2016	“O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, julgou improcedente o pedido formulado, prejudicada a pretensão cautelar, vencidos, em parte, os Ministros Roberto Barroso, Rosa Weber e Marco Aurélio”.
-----------	---	---	------------------------	--

- **Transcrição no acórdão de debate entre os Ministros na sessão de julgamento de 14 de setembro de 2016**
p. 18-20

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (RELATOR) – Senhora Presidente, permita-me dizer, inicialmente, que nós já temos tantos problemas que devemos resolver esses primeiros e, depois, os demais que se apresentarão. Eu examinei o problema posto pela pretensão inicial para saber se a norma era ou não inconstitucional.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Sim. Acrescentou uma preocupação.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (RELATOR) – O Ministro Barroso já, para minha alegria, secundou a compreensão de que não há inconstitucionalidade. Portanto, o que eu sugiro é que esta Corte, caso se forme entendimento majoritário nessa direção, vá até este ponto. A outra questão de saber da natureza cogente ou supletiva do art. 5º da lei - que, creio, nesse sentido, ser mesmo norma de índole especial -, esse tema, a rigor, não está posto na pretensão inicial, ainda que eu compreenda a preocupação, o sentido e o alcance do que o Ministro Barroso está a dizer. E, evidentemente, não há nenhum problema que, do ponto de vista da fundamentação, como, aliás, no julgamento anterior, eu acompanhei o Relator e indiquei que faria com um fundamento diferente.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO – Ministro Fachin, é porque, sem a explicitação, eu teria dúvida se a lei não viola a livre iniciativa na modalidade de liberdade de contratar por estar impondo uma restrição, que considero irrazoável, à possível vontade das partes.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (RELATOR) - Então, a rigor, o Ministro Barroso, está divergindo da minha conclusão.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – E contratar no campo coletivo, uma vez que, no acordo, tem-se a participação da empresa. Na convenção coletiva, do segmento econômico que congrega a empresa.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - E o empregado também.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Então, é proclamar-se que deve prevalecer, quanto a esses instrumentais, a liberdade.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Sim, e a minha preocupação converge com a do Ministro Luís Roberto, apenas com outro fundamento, eu penso que a Constituição assegura ao trabalhador a jornada de 8 horas ou a carga horária semanal máxima de 44, que aqui está observada, mas condiciona à convenção coletiva ou acordo.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Salvo acordo ou convenção coletiva.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO – Ministro Marco Aurélio, toda a tendência do Direito do Trabalho contemporâneo é no sentido da flexibilização das relações e da coletivização das discussões.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Exato. Mais dia, ou menos dia, o Brasil terá que partir para essa reforma.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Certo. Portanto, eu preferiria aderir à posição do Ministro-Relator, com a explicitação. Se Sua Excelência não concordar, faríamos uma interpretação conforme. Mas eu gostaria de afetar, o mínimo possível, a estrutura do voto de Sua Excelência.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Como disse o Ministro Fachin - se tiver algum equívoco, por favor, me corrija -, o Ministro propõe que o voto dele seja tomado, pelo menos neste momento, no sentido da improcedência, independente de trilhar sobre este caminho. Vossa Excelência vota no sentido de julgar improcedente com a ressalva...

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Com essa explicitação.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Com essa explicitação. Colho os votos na sequência regular e, se for o caso, voltarei para a nova explicitação dos votos.

Ação	Objeto e tema	Relator do acórdão/nº de páginas (inteiro teor)	Data do julgamento	Resultado
ADI nº 5.794	A alteração na redação, a partir da Lei 13.467/2017, aos artigos 545, 578, 579, 582, 583, 587 e 602 da CLT, em relação à contribuição sindical	Ministro Luiz Fux (Redator para o acórdão) Ministro Edson Fachin (Relator originário) 209 páginas	29 de junho de 2018	“O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Ministro Luiz Fux, que redigirá o acórdão, julgou improcedentes os pedidos formulados nas ações diretas de inconstitucionalidade e procedente o pedido formulado na ação declaratória de constitucionalidade. Vencidos os Ministros Edson Fachin (Relator), Rosa Weber e Dias Toffoli. Ausentes, justificadamente, os Ministros Celso de Mello, Ricardo Lewandowski e Luiz Fux. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia” [...]

- **Trechos do voto do Ministro Luiz Fux**
p. 65- 71

[...]

Outra alegação, que merece detida análise, é a de que a supressão do caráter compulsório das contribuições sindicais vulneraria o princípio constitucional da autonomia da organização sindical, previsto no art. 8º, I, da Carta Magna, visto que a lei impugnada representaria severa ingerência em fonte de custeio dos sindicatos. Argumento correlato é o de que a referida lei configura retrocesso social e violação aos direitos básicos de proteção ao trabalhador inculpidos nos artigos 1º, III e IV, 5º, XXXV, LV e LXXIV, 6º e 7º da Constituição. O argumento teórico básico em favor da cobrança forçada de taxas para o custeio dos sindicatos reside no problema dos “bens públicos” ou “coletivos”. Em Economia, os bens públicos são aqueles caracterizados por não-rivalidade e não-exclusão, pois o gozo do bem por um indivíduo não

exclui o seu aproveitamento por terceiro, bem como é impossível ou excessivamente caro impedir que não pagantes consumam o bem. Nessas situações, haveria uma oferta sub-ótima do bem, visto que cada indivíduo teria incentivos em excesso para “pegar carona” sem pagar no investimento feito pelos outros, ou seja, ser um “free-rider” no consumo do bem produzido por terceiros. Aplicando-se essa lógica ao mercado de trabalho, os benefícios das negociações coletivas promovidas pelas entidades sindicais aproveitaria a toda a categoria (de empregados ou empregadores, conforme o caso), sendo impossível impedir que não pagantes sejam beneficiados pela atuação dos sindicatos. À míngua da contribuição forçada, argumenta-se que não-sindicalizados seriam “freeriders” no investimento feito pelos sindicalizados, gerando incentivos para a desfiliação sindical mesmo para aqueles que concordam com os objetivos perseguidos pela entidade. O resultado seria uma produção sub-ótima de entidades sindicais. Ocorre que esses argumentos teóricos são abstratamente questionáveis e empiricamente não comprovados. Longe de haver uma produção sub-ótima de sindicatos, é amplamente conhecido o problema da proliferação excessiva de organizações sindicais no Brasil. Esse problema, inclusive, foi apontado na exposição de motivos do substitutivo ao Projeto de Lei nº 6.787/2016, que deu origem à lei ora impugnada, *in verbis*: “A existência de uma contribuição de natureza obrigatória explica, em muito, o número de sindicatos com registro ativo existentes no País. Até março de 2017, eram 11.326 sindicatos de trabalhadores e 5.186 sindicatos de empregadores, segundo dados obtidos no Cadastro Nacional de Entidades Sindicais do Ministério do Trabalho. Comparativamente, no Reino Unido, há 168 sindicatos; na Dinamarca, 164; nos Estados Unidos, 130, e na Argentina, 91. Um dos motivos que explica essa distorção tão grande entre o número de sindicatos existentes no Brasil e em outros países do mundo é justamente a destinação dos valores arrecadados com a contribuição sindical. Somente no ano de 2016, a arrecadação da contribuição sindical alcançou a cifra de R\$ 3,96 bilhões de reais.” Portanto, o legislador democrático constatou que a contribuição compulsória vinha gerando uma oferta excessiva e artificial de organizações sindicais, o que configura uma perda social em detrimento dos trabalhadores. Não apenas uma parcela dos vencimentos dos empregados era transferida para entidades sobre as quais eles possuíam pouca ou nenhuma ingerência, como também o número estratosférico de sindicatos não se traduzia em um correspondente aumento do bem-estar da categoria. Ademais, a alegação de que a exação compulsória é necessária para uma representação forte e efetiva dos interesses do trabalhador ignora que a garantia de uma fonte de custeio, independentemente de resultados, cria incentivos perversos para uma atuação dos sindicatos fraca e descompromissada com os anseios dos empregados. Evidentemente, se todos eram obrigados ao pagamento das contribuições sindicais, concordassem ou não com a gestão da entidade sindical, é de se supor que a sobrevivência desta última não se vinculava à satisfação dos membros da categoria representada. Dessa maneira, a Lei nº 13.467/2017 tem por escopo o fortalecimento e a eficiência das entidades sindicais, que passam a ser orientadas pela necessidade de perseguir os reais interesses dos trabalhadores, a fim de atraírem cada vez mais filiados. Esta Corte já reconheceu que normas afastando o pagamento obrigatório da contribuição sindical não configuram indevida interferência na autonomia dos sindicatos, conforme se colhe do seguinte precedente: “AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGO 47 DA LEI FEDERAL N. 8.906/94. ESTATUTO DA ADVOCACIA E DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. CONTRIBUIÇÃO ANUAL À OAB. ISENÇÃO DO PAGAMENTO OBRIGATÓRIO DA CONTRIBUIÇÃO SINDICAL.(...) O texto hostilizado não consubstancia violação da independência sindical, visto não ser expressivo de interferência e/ou intervenção na organização dos sindicatos. Não se sustenta o argumento de que o preceito impugnado retira do sindicato sua fonte essencial de custeio.” (ADI 2522, Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 08/06/2006) Em acréscimo, deve-se ressaltar que a Constituição consagra como direitos fundamentais as liberdades de associação, sindicalização e de expressão, consoante o disposto nos artigos 5º, incisos IV e XVII, e 8º, *caput*. A decisão do legislador democrático foi no sentido de que a contribuição sindical, criada no período autoritário do estado novo, tornava nula a liberdade de associar-se a sindicatos, visto que, de

uma forma ou de outra, o empregado seria obrigado a financiá-los. A propósito, cito outro trecho da exposição de motivos, *verbis*: “*Não se pode admitir que a contribuição sindical seja imposta a todos os integrantes das categorias econômicas e profissionais e, ao mesmo tempo, que a Carta Magna determine que ninguém é obrigado a se filiar ou se manter filiado a entidade sindical*”. No que diz respeito à liberdade de expressão, é consabido que entidades sindicais frequentemente se engajam em atividades políticas, lançando e apoiando candidatos, conclamando protestos e mantendo estreitos laços com partidos políticos. Ocorre que o discurso político é o núcleo por excelência da liberdade de expressão. Ao exigir que indivíduos financiem atividades políticas com as quais não concordam, por meio de contribuições compulsórias a sindicatos, o regime anterior certamente vulnerava a garantia fundamental da liberdade de expressão, protegida pelo art. 5º, IV, da Constituição. A esse respeito, é conveniente uma referência de Direito Comparado. No caso *Janus v. American Federation of State, County, and Municipal Employees, Council 31*, julgado no dia 28 de junho de 2018, a Suprema Corte dos Estados Unidos decidiu que um trabalhador não filiado a sindicato não pode ser obrigado por lei a pagar contribuição sindical, denominada “*agency fee*”, ainda que sob o argumento de custear as atividades sindicais de negociação coletiva. Superando a orientação anteriormente fixada em *Abood v. Detroit Board of Education* (1977), entendeu a Corte que a extração forçada e não consentida de contribuições sindicais viola a Primeira Emenda à Constituição norte americana, a qual garante as liberdades de expressão e associação. A Suprema Corte americana rebateu dois argumentos muito semelhantes aos lançados pelos Requerentes da presente Ação Direta. Primeiro, quanto à alegação de que sem as contribuições obrigatórias haveria enfraquecimento da atuação dos sindicatos, anotou-se que, nos 28 Estados em que há leis proibindo as exações compulsórias, milhões de trabalhadores continuam a ser representados por sindicatos, não tendo ocorrido prejuízo à “paz laboral” (*labor peace*). Em segundo lugar, quanto ao risco de “*free-riders*” se beneficiarem da atuação dos sindicatos sem contribuir para a sua manutenção, a Corte concluiu que na verdade são os sindicatos que se beneficiam da prerrogativa de representarem trabalhadores não filiados, aumentando seu poder político e influência. Mais ainda, o risco de “*free-riders*” não justifica a violação a liberdades fundamentais. Do contrário, alegou a Corte, seria preciso concluir que, para financiar grupos de *lobby* em favor de idosos, por exemplo, o governo poderia obrigar todos os idosos a pagar-lhes uma contribuição. Consignou-se que a “Primeira Emenda não permite que o governo obrigue uma pessoa a financiar a atuação de outra só porque o governo pensa que o seu discurso promove os interesses da pessoa que não quer pagar” (“*the First Amendment does not permit the government to compel a person to pay for another party’s speech just because the government thinks that the speech furthers the interests of the person who does not want to pay*”). Além disso, ressaltou-se que a atuação dos sindicatos atinge o núcleo da liberdade de expressão dos trabalhadores, pois abrangem matérias centrais do debate público, como restrições orçamentárias, tributos, educação, suporte a dependentes menores, assistência à saúde e direitos das minorias. Por isso, entendeu-se que as contribuições sindicais obrigatórias violariam a liberdade de expressão dos não filiados sem gerar benefícios que justifiquem a restrição, quanto mais quando demonstrado que os sindicatos podem continuar sendo efetivos sem as “*agency fees*”. Com base nesses fundamentos, afirmou a Suprema Corte que: “empregados devem escolher financiar o sindicato antes que qualquer coisa lhes seja tomada” (“*employees must choose to support the union before anything is taken from them*”). Perceba-se que, no caso americano, a lei obrigava o pagamento das contribuições sindicais e a mais alta Corte do país declarou a prática incompatível com os direitos fundamentais insculpidos na Constituição. No caso ora em exame, a lei brasileira impede a cobrança de contribuições sindicais sem prévia e expressa autorização do empregado, mas as Requerentes das ADIs pretendem a declaração de que o pagamento forçado é decorrência da Constituição, malgrado os artigos 5º, incisos IV e XVII, e 8º, *caput*, garantam as liberdades de expressão, de associação e de sindicalização. Não havendo razões teóricas ou elementos empíricos que tornem inadmissível a opção do legislador, é de se respeitar a sua escolha democrática, plasmada na reforma trabalhista sancionada pelo Presidente da República, em homenagem

à presunção de constitucionalidade das leis. Finalmente, deve ser afastado o argumento de que a lei comprometeria a prestação de assistência judiciária gratuita perante a Justiça Trabalhista, realizada pelos sindicatos inclusive quanto a trabalhadores não associados. A alegação ignora que os sindicatos ainda dispõem de múltiplas formas de custeio, incluindo a contribuição confederativa (art. 8º, IV, primeira parte, da Constituição), a contribuição assistencial (art. 513, alínea 'e', da CLT) e outras contribuições instituídas em assembleia da categoria ou constantes de negociação coletiva. Mais ainda, a Lei n.º 13.467/2017 ampliou as formas de financiamento da assistência jurídica prestada pelos sindicatos, passando a prever o direito dos advogados sindicais à percepção de honorários sucumbenciais (nova redação do art. 791-A, *caput* e § 1º, da CLT). Por derradeiro, a própria Lei n.º 5.584/70, em seu art. 17, já dispunha que, ante a inexistência de sindicato, cumpre à Defensoria Pública a prestação de assistência judiciária no âmbito trabalhista [...]

- **Trechos do voto do Ministro Alexandre de Moraes**

p. 91- 98

[...]

A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA, na ressalva constante do inciso IV do artigo 8º, não exige que a fonte de custeio prevista em lei tenha natureza compulsória. [...] Novamente, importante ressaltar que houve o fortalecimento das liberdades sindical e individual associativas, o texto constitucional permitiu ao legislador que evoluísse na ampliação do sentido da própria liberdade individual de associar-se, pois, além de não constitucionalizar o denominado “imposto sindical”, estabeleceu como fonte principal de custeio dos sindicatos a contribuição associativa fixada em assembleia geral. A CONSTITUIÇÃO FEDERAL, portanto, nem extinguiu, nem tornou obrigatória a existência do “imposto sindical”, delegando tal tarefa ao Congresso Nacional. Igualmente, não estabeleceu um modelo vinculante ao Legislador – recolhimento compulsório ou facultativo –, caso entendesse por bem instituir essa contribuição. Em outras palavras, não se exige sua instituição, mas também não se veda sua criação ou manutenção, no modelo estabelecido pelo Legislador. A nova e legítima opção do legislador – avançando na modernização do sindicalismo brasileiro, que se iniciou com a CF/88 – foi no sentido de substituir o sindicalismo de financiamento estatal por um moderno sindicalismo representativo, ou seja, substituiu o tradicional paternalismo venenoso e ineficaz, que tradicionalmente no Brasil vem corroendo a concorrência, afetando a competência e a própria eficácia sindical, que permitiu no Brasil a criação de mais de 16.000 sindicatos, apesar de somente 20% dos trabalhadores estarem a eles filiados. Há algo estranho em um sistema sindical em que a cada 10 trabalhadores, somente 2 queiram se filiar aos seus sindicatos. O fim desse verdadeiro “dízimo sindical” privilegia a liberdade individual de associação e caracteriza verdadeira aposta na modernização da estrutura sindical, que deverá ser baseada, principalmente, na competência e eficiência dos sindicatos que ampliarão sua representatividade e atuação perante suas bases, angariando de forma REAL e não FICTA o apoio dos sindicalizados, com aumento dos associados e, conseqüentemente, ampliação das contribuições associativas e das próprias contribuições sindicais facultativas. Não houve desproporcionalidade, excesso ou arbítrio que acarretem ferimento ao Princípio da Razoabilidade, como também não houve qualquer retrocesso, pelo contrário, o Comitê de Liberdade Sindical da OIT manifestou-se de forma expressa quando analisou o caso n. 1478, contra o Brasil, solicitado pela CUT. [...] Denota-se, portanto, que a contribuição sindical facultativa se harmoniza com o regime sindical, ao contrário da contribuição compulsória. A constitucionalidade da contribuição facultativa, inclusive, foi objeto de questionamento perante a Organização Internacional do Trabalho, que, por intermédio do Departamento de Normas Internacionais, em resposta à consulta realizada pela Central Única dos Trabalhadores - CUT e outras entidades, explicitou que a extinção da contribuição compulsória estaria em consonância com os convênios e princípios da OIT. [...] Verifica-se, portanto, que o Departamento de Normas Internacionais do Trabalho, no item *ii*, considera que a contribuição obrigatória contraria o direito de liberdade de associação e, ainda, no item *iii*, esclarece que a

extinção da contribuição compulsória atende às convenções e aos princípios da OIT. A legítima opção do legislador ordinário não foi desarrazoada, pois privilegiou a liberdade individual, a liberdade associativa e a própria liberdade sindical, seguindo a moderna tendência sindical das democracias atuais. Importantíssima e recente a decisão da Corte Suprema norte-americana: *Janus v. American Federation of State, County and Municipal Employees* (2018). A Suprema Corte dos Estados Unidos decidiu superar (*overrule*) o precedente *Abood v. Detroit Board of Education* e reconhecer que a cobrança de contribuição sindical obrigatória viola a Primeira Emenda. Entendeu-se que o temor, existente ao tempo da decisão em *Abood*, de que a representação por vários sindicatos e a ausência de contribuição obrigatória causasse conflito e perturbação estava errado, em vista de leis nos estados e na União que proíbem a contribuição obrigatória e não obstam a paz nas relações trabalhistas. Por outro lado, o problema dos *free-riders* (empregados da categoria não sindicalizados que se beneficiam da negociação coletiva feita pelo sindicato) não envolveria um interesse estatal persuasivo. Os sindicatos manteriam o interesse na representação da categoria, mesmo quando não há contribuição obrigatória e haveria formas menos restritivas para evitar os *free-riders*. [...] Por todo o exposto, acompanho a divergência aberta pelo Ministro FUX e julgo improcedentes os pedidos formulados nas ações diretas de inconstitucionalidade e procedente o pedido formulado na ação declaratória de constitucionalidade.

- **Trechos do voto do Ministro Luis Roberto Barroso**
p. 126- 131

[...]

41. Saliento que a percepção de que a contribuição compulsória conflita com o princípio da liberdade sindical e causa prejuízos ao nosso sistema sindical não iniciou com a Reforma Trabalhista. Podemos citar diversas iniciativas legislativas para a promoção de uma reforma sindical, com a extinção da compulsoriedade no pagamento, como o Projeto de Lei nº 164/1987, o Projeto de Lei nº 390/1995 e as PECs nº 314/2004 e nº 369/2005. 42. Além do mais, a contribuição sindical, compulsória ou facultativa, não é a única fonte de custeio das entidades. Existem, também, a contribuição confederativa, prevista na Constituição, que poderá ser autorizada em assembleia para desconto dos filiados, e as mensalidades e taxas assistenciais, previstas da CLT. Além disso, a Reforma Trabalhista previu expressamente a possibilidade de pagamento de honorários advocatícios aos sindicatos que litigam na Justiça do Trabalho. [...] 47. A diferença no número de sindicatos desses países também é um dado a ser levado em consideração. De acordo com a exposição de motivos do substitutivo apresentado pelo Deputado Federal Rogério Marinho ao PL nº 6.787/2016, até março de 2017, existiam 11.326 sindicatos de trabalhadores e 5.186 sindicatos de empregadores no Brasil. No mesmo período, existiam 168 sindicatos no Reino Unido, 164 na Dinamarca, 130 nos Estados Unidos e 91 na Argentina. 48. Assim, a Lei nº 13.467/2017, ao tornar facultativo o recolhimento da contribuição sindical, exigindo a autorização prévia e expressa do empregado para a realização do desconto, não apenas corrigiu um dos resquícios da estrutura corporativista e paternalista do sistema sindical brasileiro, mas também funciona como um incentivo positivo ao fortalecimento das entidades sindicais, que precisarão buscar meios de garantir maior e real representatividade da categoria. Caberá aos sindicatos, a partir de agora, buscar a efetiva representatividade, conquistando a filiação de representados e aumentando o percentual de sindicalizados. III. UNICIDADE SINDICAL E REPRESENTAÇÃO POR CATEGORIA: A IMPORTÂNCIA DE UMA REFORMA SINDICAL 49. Os dados que apresentei sobre a inoperância do nosso modelo sindical são reflexos não apenas da contribuição sindical obrigatória, mas também de outros resquícios do modelo corporativista, como a unidade sindical e a obrigatoriedade de representação por categoria. 50. Apesar dos avanços trazidos pela Constituição de 1988, a consagração do princípio da unicidade sindical, no art. 8º, II, representa clara incompatibilidade com a liberdade sindical. A manutenção da unicidade

tem sido reiterada nos relatórios anuais da OIT como violação da República Federativa do Brasil aos compromissos assumidos internacionalmente. A Convenção nº 87 da OIT prestigia a liberdade sindical plena, consagrando o sistema da pluralidade, o que impede a sua ratificação pelo Brasil. 51. A unicidade sindical, tal como prevista na Constituição, veda a criação de mais de uma organização sindical representativa de categoria profissional ou econômica, na mesma base territorial. Esse modelo, portanto, estabelece um monopólio de representação. Já o sistema da pluralidade sindical reconhece a autonomia e a liberdade dos trabalhadores e empresários para a formação de sindicatos, de acordo com critérios por eles estabelecidos. 52. O critério de representação por categoria, por sua vez, obriga que um mesmo sindicato represente toda a categoria profissional ou econômica. Não são admitidos outros critérios de agregação, como a profissão ou a empresa. Apenas a título exemplificativo, Chile e Estados Unidos adotam como critério agregativo a empresa, enquanto que, nos demais países, a representação por categoria convive com outras formas de agregação³⁴. 53. Portanto, nossa estrutura sindical não permite a livre estruturação dos interessados e camufla a pluralidade de interesses e a diversidade existentes em uma mesma categoria profissional e econômica, comprometendo a efetiva representatividade das entidades sindicais, que se veem obrigadas a promover a defesa dos interesses gerais da categoria. O reconhecimento da importância de se permitir a existência de outros critérios de agregação parte da constatação de que os interesses de uma determinada categoria não são unos, sendo possível identificar nesse grupo diversas demandas. 54. Ressalto que não se busca, com essas considerações, legitimar uma pulverização ainda maior dos sindicatos brasileiros. Defender um sistema de liberdade sindical plena, com pluralidade sindical e possibilidade de escolha dos critérios agregativos não significa que, diante desse modelo, os interessados não possam optar por se reunir em um único sindicato. Nesse caso, a unidade será resultado da livre opção dos interessados em se estruturar em uma única entidade, pelo êxito na promoção dos interesses e na defesa dos direitos dos representados³⁵. Estaremos, enfim, diante de entidades sindicais verdadeiramente representativas. 55. Ficam aqui, portanto, *de lege ferenda*, essas considerações, como um apelo ao legislador, para que trate sobre o tema, em busca de uma reformulação na estrutura sindical brasileira. Proibir que empregados e empregadores possam escolher o sindicato que melhor represente seus interesses e, com isso, com ele contribuir, é resquício corporativista de um autoritarismo que não tem espaço em um regime constitucional democrático. CONCLUSÃO 56. Diante do exposto, afasto os argumentos de inconstitucionalidade formal e material e julgo improcedente a presente ação, propondo a fixação da seguinte tese: *é constitucional a extinção da contribuição sindical obrigatória*.

- **Trechos do voto do Ministro Gilmar Mendes**
p. 172-173

[...]

O Brasil teria hoje 16.800 sindicatos, portanto é um modelo de associativismo subsidiado pela contribuição sindical. A África do Sul tem 191, os Estados Unidos 190, o Reino Unido 168, a Dinamarca 164, a Argentina, que também ama o modelo de fortalecimento das entidades sindicais, com 91. De fato, esse modelo levou a completas distorções. Por outro lado, como já foi apontado aqui, não se cuida de suprimir um modelo de sustentabilidade do sistema, mas, simplesmente, de fazer com que os sindicatos sejam sustentados, como todas as demais associações, por contribuições voluntárias, o que, claro, vai exigir de todos um esforço no sentido de trazê-los para essa participação. Aqui se falou sobre a questão do financiamento dos partidos e é muito curioso que também nesse ponto esse tema precise ser discutido. Ainda em janeiro eu participava de um debate sobre o financiamento do sistema político-eleitoral na Alemanha e via que uma boa parte dos recursos vem dos filiados dos partidos. Eles fazem doações e participam da vida partidária. Cada vez menos nós temos isso, já que também no Brasil não temos essa participação, o que acaba por afetar também a cobrança e

a vitalidade da própria cidadania. De fato, se nós estivéssemos no plano das idealizações, talvez pudesse se ter feito um modelo gradual de supressão - talvez isso fosse até recomendável. Não vejo, porém, que haja aqui uma inconstitucionalidade que justifique exatamente a manutenção do modelo anterior. Também entendo que os precedentes referidos, inclusive aquele da relatoria do Ministro Eros Grau, reforçam, exatamente, a ideia desta facultatividade, desta elegibilidade do sistema. Por isso, pedindo todas as vênias, eu vou acompanhar a divergência que se forma a partir do voto do Ministro Luiz Fux.

Ação	Objeto e tema	Relator do acórdão/nº de páginas (inteiro teor)	Data do julgamento	Resultado
ADPF nº 324	Conjunto das decisões judiciais proferidas pela Justiça do Trabalho acerca da terceirização de serviços com aplicação da Súmula nº 331 do TST	Ministro Luis Roberto Barroso 349 páginas	30 de agosto de 2018	O Tribunal, no mérito, por maioria e nos termos do voto do Relator, julgou procedente o pedido e firmou a seguinte tese: 1. É lícita a terceirização de toda e qualquer atividade, meio ou fim, não se configurando relação de emprego entre a contratante e o empregado da contratada. 2. Na terceirização, compete à contratante: i) verificar a idoneidade e a capacidade econômica da terceirizada; e ii) responder subsidiariamente pelo descumprimento das normas trabalhistas, bem como por obrigações previdenciárias, na forma do art. 31 da Lei 8.212/1993, vencidos os Ministros Edson Fachin, Rosa Weber, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio. Nesta assentada, o Relator esclareceu que a presente decisão não afeta automaticamente os processos em relação aos quais tenha havido coisa julgada. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia.

- **Trecho da exposição oral do voto do Ministro Luis Roberto Barroso**
p. 19-29

[...]

De modo que, no mundo de hoje, a maneira como se realiza uma pesquisa, se fazem compras e se chama um táxi, reserva-se um voo ou ouve-se música, para citar alguns exemplos, foi inteiramente revolucionada, Presidente. Nós vivemos sob a égide de um novo vocabulário, uma nova semântica e uma nova gramática. A linguagem dos nossos dias inclui um conjunto de termos que, há poucos anos, não eram sequer cogitados, e, hoje, já não imagináramos como viver sem eles. Fiz uma pequena lista, Presidente: Google - como foi possível viver tanto tempo sem poder dar um "google" e saber o que está acontecendo? -, WhatsApp, Waze, Uber, Spotify, YouTube, Windows, Mac, Dropbox, Skype, FaceTime, Facebook, Twitter, Instagram, Amazon, Google Maps, Google Translator, para citar alguns que eu conheço de conhecimento próprio, porque, se perguntar para os meus filhos, vai aparecer mais um lote aqui, que alguns de nós nunca ouvimos falar. Portanto, não há setor da economia tradicional que não tenha sido afetado. E está todo mundo atrás de novos modelos de negócio. Como bússola para este caminho, procura-se também uma nova ética que consiga combinar liberdade, privacidade, veracidade, proteção contra *hackers*, proteção contra criminalidade *on-line* e outras vicissitudes. Aliás, a maior parte dos processos, hoje, no Supremo Tribunal Federal, são processos eletrônicos. O interessado faz *upload* de onde ele estiver, e cada um de nós consegue acessar o sistema de qualquer parte do mundo. Eu e todos os Colegas aqui podemos decidir e assinar eletronicamente, estejamos em Brasília, em Londres ou em Vassouras. Portanto, este é o mundo novo em que nós estamos vivendo. A velha economia não morreu, mas ela tenta interagir com esta nova realidade. Mas aquela economia tradicional baseada na produção agrícola, baseada na produção industrial, na transformação de matérias primas, ouro, petróleo, trigo, essa economia cede espaço a um novo tempo em que o grande valor, a grande riqueza é a propriedade intelectual, o conhecimento e a informação. As grandes empresas, no início do século passado, eram as empresas petrolíferas, e o petróleo era a principal *commodity* do mundo. Hoje em dia, as grandes empresas não produzem nada físico. As cinco maiores empresas do mundo atual são Google, Amazon, Apple, Facebook e Microsoft. Portanto, inovações e avanços tecnológicos constroem esse admirável mundo novo da biotecnologia, da inteligência artificial, da robótica, da impressão em 3D, da nanotecnologia e da computação quântica. O futuro é imprevisível e assustador. O aclamado autor israelense Yuval Noah Harari, que escreveu os Clássicos *Sapiens e Homo Deus*, diz que o avanço tecnológico e a engenharia criarão super-homens. E ele faz algumas especulações aterradoras sobre o futuro da humanidade e uma delas - que nos interessa aqui particularmente - é a seguinte: enquanto a Revolução Industrial criou a classe trabalhadora, a próxima grande revolução, esta que está em curso, criará a classe inútil. O risco do desemprego é a assombração das próximas gerações. A sociedade, as empresas, o direito do trabalho e o sindicalismo precisam adaptar-se ao novo tempo. A história não para. Quando surgiu a impressão *offset*, os linotipistas invadiam as redações para quebrarem as máquinas de *offset*; quando surgiu a produção de roupas *prêt-à-porter* na França, os alfaiates invadiam as lojas para destruir os estoques. E mesmo assim a história não parou. E, portanto, nós temos que ser passageiros do futuro e não prisioneiros do passado. Como vejo, Presidente, queridos Colegas, Ministra Rosa, o Direito do Trabalho no contexto atual? É inevitável que, nesta realidade que eu acabo de descrever, o Direito do Trabalho passe em todos os países de economia aberta por transformações extensa e muito profundas. Não se trata propriamente - e eu queria deixar claro - de escolhas ideológicas ou de preferências filosóficas. Trata-se, na verdade, do curso da história. E é nesse ambiente que nós todos estamos aqui para pensar a melhor forma de harmonizar os interesses e as demandas empresariais com os direitos básicos dos trabalhadores. E, do modo como eu penso a vida, é preciso assegurar a todos os trabalhadores empregos, salários dignos e a maior quantidade de benefícios que a economia comporte. Portanto, relativamente ao debate das questões trabalhistas que têm chegado ao Supremo, eu acredito que as posições que tenho defendido aqui são as posições favoráveis aos trabalhadores - respeito a quem pensa diferentemente. [...] E quando apoiei as regras que desestimulavam a litigância trabalhista temerária, foi para favorecer e dar celeridade aos casos dos trabalhadores que efetivamente litigavam por bons direitos e não os que litigavam por espertezas diversas. Eu estou pontuando este aspecto para deixar claro que este não é

um debate entre progressistas e reacionários, este é um debate e esta é uma discussão sobre qual é a forma mais progressista de se assegurarem emprego, direitos dos empregados e desenvolvimento econômico. Porque, se não houver desenvolvimento econômico e nem sucesso empresarial das empresas, não haverá emprego, renda ou qualquer outro direito para os trabalhadores. Em um momento em que há 13 milhões de desempregados e 37 milhões de trabalhadores na informalidade, é preciso considerar as opções disponíveis, sem preconceitos ideológicos e sem apegos a dogmas antigos. Assim é como me parece. Subjacente a essa discussão está uma dualidade que já esteve presente nos debates anteriores sobre questões trabalhistas, que contrapõe, a meu ver, uma visão protecionista/paternalista, de um lado, e uma visão emancipatória e libertadora, do outro lado, que procura fortalecer a negociação e a liberdade de contratar. Sempre lembrando que, no Direito do Trabalho, a liberdade de contratar é rigidamente limitada pela Constituição. Com ou sem terceirização, há direitos fundamentais mínimos dos trabalhadores, que estarão sempre assegurados, desde que não sejam jogados na informalidade trazida por regras trabalhistas excessivamente rígidas – e 37 milhões de trabalhadores informais é um número muito importante para passar despercebido. Mas esses direitos básicos constitucionalizados não podem ser afastados: salário mínimo, piso salarial da categoria, segurança no trabalho, repouso remunerado, férias, fundo de garantia. Tudo isso, não importa se o regime é terceirizado ou não, são direitos fundamentais assegurados aos trabalhadores e não estão em discussão aqui. O que está em discussão aqui é uma visão de se manter uma estrutura de produção que, em toda parte do mundo, já foi flexibilizada, que é o modo de produção fordista, em que a empresa precisa concentrar de forma vertical todas as etapas do processo produtivo. Com isso, ela tem um altíssimo custo fixo e não consegue se adaptar, de acordo com a conjuntura, aos aumentos e às reduções de demanda. E, justamente para superar esse paradigma, desde os anos 50 e 60, surgiu um modelo alternativo, tendo como pioneira a empresa Toyota, do Japão, que passou a contratar externamente algumas das fases de produção dos seus automóveis, uma fórmula que permite que você, pela contratação externa, aumente ou reduza a produção na conformidade das leis da oferta e da procura, da demanda do mercado, que infelizmente não é possível revogar por ato judicial ou mesmo por ato legislativo. Portanto, essa fórmula dá flexibilidade às empresas e permite que a empresa contratante se especialize naquilo que ela pode oferecer como diferencial e, por outro lado, beneficie-se da especialização e da eficiência de outras empresas. [...] Esse modelo de produção flexível é hoje uma realidade em todo o mundo. E, em virtude da globalização dos mercados, constitui um elemento essencial para a preservação da competitividade das empresas. Tanto é assim que quase todos os países relevantes do mundo admitem a terceirização. Ela é amplamente praticada nos Estados Unidos, na Alemanha, na Áustria, nos Países Escandinavos, na Espanha, no Uruguai; e é praticada com limitações semelhantes às que devem vigorar no Brasil - como estou aqui propondo – em países como França, Reino Unido, Itália, Chile, Argentina, México, Colômbia, Peru e diversos outros países da América Latina, mas não a Venezuela. Portanto, Presidente, este é o contexto em que se debate a terceirização. Ela é muito mais do que uma forma de reduzir custos, é uma estratégia de produção imprescindível para a sobrevivência e competitividade de muitas empresas brasileiras, cujos empregos queremos preservar. [...] Portanto, acho que uma terceirização bem regulada e com ônus subsidiários sobre a empresa tomadora do serviço é muito melhor para o mercado de trabalho do que a não terceirização, que impede, muitas vezes, contratações que atendem a circunstancial aumento de demanda quando o empregador muitas vezes não quer ter o ônus de contratar, por pouco tempo, e, depois, ter que pagar todas as verbas rescisórias. Essas são, Presidente, as contraposições a argumentos que procurei enfrentar com a maior seriedade e que foram trazidos da tribuna. E, agora, partindo para conclusão do meu voto, eu trato das questões estritamente jurídicas que, a meu ver, são muito simples: as amplas restrições à terceirização, tal como vem sendo feito pelo conjunto de decisões de boa parte da Justiça do Trabalho, violam, a meu ver, a livre iniciativa, a livre concorrência e a segurança jurídica, além de não terem respaldo legal; e pretendo demonstrar isso muito brevemente. Quanto aos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência, esses

princípios asseguram às empresas a liberdade para o desenvolvimento de atividades econômicas e das suas estratégias de produção em busca dos melhores resultados, maior eficiência e maior competitividade. Desde que respeitados os direitos mínimos previstos na Constituição e na legislação, a Constituição não impõe adoção de um modelo específico de produção e não impede o desenvolvimento de estratégias flexíveis. E, portanto, a Constituição não veda nem implícita nem explicitamente a terceirização. Essa é uma projeção ideológica de quem a interpreta com viés antigo, com todo respeito a quem pense diferente. E, no tocante à segurança jurídica, a interpretação que tem sido dada pela Justiça do Trabalho a essa matéria criou um ambiente de extrema insegurança jurídica, porque trabalha-se com conceitos jurídicos indeterminados como atividade-meio, atividade-fim, atividade essencial, e, aí, cada um projeta nesses conceitos elásticos o que deseja. [...] Portanto, a permissão de que esses conceitos jurídicos indeterminados sejam definidores da jurisprudência acaba gerando um grande grau de subjetividade e uma incerteza jurídica imensa. E boa parte desses trabalhadores que estão na informalidade poderiam estar na formalidade trabalhando em empresas terceirizadas. Portanto, eu penso que esta jurisprudência traz insegurança jurídica e pessoalmente acho que traz, inclusive, desemprego. Por fim, não há nenhuma lei que proíba a terceirização. Portanto, essas restrições são todas impostas por criação da própria Justiça do Trabalho. A invocação que se faz dos arts. 2º e 3º da CLT é de que a CLT prevê que as relações trabalhistas sejam bilaterais e que a terceirização criaria um tipo de relação jurídica trilateral. Tecnicamente, não é isso que ocorre e nem faz nenhum sentido essa crítica, porque, na terceirização, há duas relações bilaterais: a primeira, entre a empresa contratante e a empresa prestadora de serviços, uma relação de natureza civil; e a segunda, uma relação entre a empresa terceirizada e o empregado, está assim uma relação de natureza trabalhista. Portanto, não há uma relação trilateral, o que há são duas relações bilaterais. E, de resto, no Direito Privado vigora a autonomia da vontade. Se não há lei proibindo a terceirização, não há por que se interpretar que exista esta proibição, desde que respeitados os direitos trabalhistas, tais como previstos na Constituição e na própria CLT. E aqui eu chego ao capítulo final, Presidente, que considero igualmente importante: os limites que, a meu ver, a Constituição impõe à terceirização. Ministro Lewandowski, é o caminho do meio que, a meu ver, precisamos procurar trilhar, atento à preocupação que Vossa Excelência manifestou. A atuação desvirtuada de uma empresa terceirizada não macula esse modo de fazer negócio, porque senão a atuação viciada das empresas que contratam diretamente aboliria o mercado de trabalho. Gente que se comporta mal existe em todos os domínios da vida. A utilização abusiva da terceirização deve ser evitada e reprimida, e os ganhos de eficiência e de empregabilidade trazidos pela terceirização não podem, evidentemente, decorrer do descumprimento de direitos nem muito menos da violação da dignidade do trabalhador. Por isso mesmo, Presidente, considero que se podem inferir da Constituição algumas limitações que, de resto, foram introduzidas na Lei de Terceirização. E os limites são: o contratante tem o dever de se certificar da idoneidade e da capacidade econômica da empresa terceirizada para honrar o contrato com todas as obrigações, inclusive as de cunho trabalhista e previdenciário, e ela deve ter, porque é do seu interesse, um dever de fiscalização, pela razão de que a empresa que tomou o serviço terceirizado assume a responsabilidade subsidiária, caso a empresa terceirizada deixe de honrar suas obrigações - como eu penso que deve ser e como a lei superveniente já prevê. No entanto, a responsabilidade subsidiária não significa, a meu ver e com todas as vênias, que exista uma relação direta de emprego entre a empresa contratante e o empregado da empresa terceirizada; a responsabilidade é subsidiária. E, como disse, essas limitações derivam da Constituição e estão expressas na legislação que cuida da matéria, as Leis nº 13.429/2017 e 13.467.

- **Trechos do voto do Ministro Luis Roberto Barroso**
p. 53-67

[...]

III. A TERCEIRIZAÇÃO NÃO IMPLICA NECESSARIAMENTE A PRECARIZAÇÃO DA RELAÇÃO DE TRABALHO 1. Quanto à alegação de descumprimento das obrigações

trabalhistas 56. Tampouco se deve associar a terceirização à precarização da relação de emprego. Tal imputação baseia-se na alegação de que não é incomum que empresas terceirizadas descumpram obrigações trabalhistas e previdenciárias e/ou que não disponham de patrimônio suficiente para arcar com tais passivos, quando acionadas. Não é razoável, contudo, vedar a terceirização porque algumas empresas agem de forma abusiva. Trata-se de problema que pode ser contornado, quer com a exigência de capital social integralizado e de condições econômicas adequadas para a contratação da terceirização, quer pelo estabelecimento da obrigação de fiscalização pela contratante, ou pela responsabilidade desta última em caso de descumprimento de tais obrigações. 2. *Quanto à submissão dos terceirizados a condições de trabalho adversas para sua saúde e segurança* 57. Afirma-se, igualmente, que a precarização da relação de emprego decorre da submissão dos trabalhadores terceirizados a condições insalubres, do não oferecimento de treinamento adequado ou das mesmas condições e equipamentos de segurança oferecidos pela contratante a seus empregados diretos. Todavia, também esse aspecto pode ser solucionado: *i)* obrigando-se a contratante a conferir tratamento semelhante a seus empregados e aos empregados terceirizados, no que respeita a treinamento, a normas de segurança e de saúde do trabalho, quando desenvolver a mesma atividade terceirizada internamente; e *ii)* tornando a contratante responsável subsidiária por indenizações decorrentes do descumprimento de normas trabalhistas e previdenciárias. [...] IV. NÃO É A TERCEIRIZAÇÃO QUE COMPROMETE A ADEQUADA REPRESENTAÇÃO SINDICAL, MAS SIM A NÃO IMPLEMENTAÇÃO DA PLENA LIBERDADE SINDICAL 70. Alega-se, por fim, que a terceirização compromete a defesa coletiva dos interesses do trabalhador e a sua adequada representação sindical, favorecendo, também por essa via, uma maior exploração do empregado. O fato de os empregados de uma cadeia produtiva não se encontrarem mais no mesmo lugar e não se submeterem às mesmas condições de trabalho prejudicaria a sua identificação a uma categoria, bem como a sua capacidade de mobilização e de união na busca de melhores condições de vida[31]. 71. De fato, o sindicato surgiu como resposta a um “modo de ser” do próprio sistema produtivo fordista, que se caracterizava pela fábrica concentrada. Entretanto, disso não pode resultar na impossibilidade de alteração da realidade regulada. Não é porque o direito do trabalho foi gerado ou funciona melhor para empregados que produzam concentradamente em um mesmo local que se vedará a possibilidade de desconcentração da produção, se esta for uma medida salutar para o gerenciamento do negócio e essencial para a competitividade em um mundo globalizado. Cabe ao direito do trabalho e ao direito sindical buscar novos mecanismos de proteção e de representação nesse novo contexto e não o inverso: impedir o avanço para que os sistemas trabalhista e sindical possam permanecer inertes. 72. Pondera-se, ainda, que, no Brasil, predominam os sindicatos por categoria profissional, que se definem, portanto, em função do negócio do empregador. Assim, se a advogada e a secretária são contratadas por um banco, serão representadas pelo sindicato dos bancários. Se o porteiro presta serviços a uma metalúrgica, em princípio, será representado pelo sindicato dos metalúrgicos[32]. Ocorre que, no caso da terceirização, embora o terceirizado preste serviços para o tomador e/ou eventualmente na sede do tomador, seu vínculo de emprego se estabelece com a empresa terceirizada, que desempenha atividade econômica diversa. Assim, o terceirizado teria sua representação sindical fragilizada, porque não integraria o sindicato composto pelos empregados contratados diretamente pela tomadora, com os quais compartilha condições de trabalho idênticas, tampouco se beneficiaria com os resultados das suas negociações coletivas. Ao contrário, se vincularia ao sindicato dos prestadores de serviços terceirizados, que reúne trabalhadores sujeitos a condições muito heterogêneas, com os quais os terceirizados podem ter muito pouco em comum. 73. A ponderação deve ser recebida com reservas. A depender da forma pela qual é empregada a mão de obra terceirizada, é possível que efetivamente o trabalhador tenha mais condições e circunstâncias em comum com outros trabalhadores de empresas terceirizadas, que prestam serviços eventuais ou temporários a diversos tomadores de serviço, do que com os empregados da empresa tomadora de serviços. Por exemplo, trabalhadores terceirizados de forma contínua no setor de metalurgia talvez estivessem

melhor representados pelo sindicato dos metalúrgicos, ao passo que temporários, prestadores de serviços de copa e de limpeza terceirizados talvez devessem integrar sindicatos próprios de empregados terceirizados.⁷⁴ De todo modo, deve-se notar que não é propriamente a terceirização que prejudica a representatividade sindical no Brasil e sim a não adoção de um regime de plena liberdade de filiação, que permita ao trabalhador se vincular ao sindicato que entenda ser o mais representativo da categoria. A representatividade dos sindicatos foi comprometida no Brasil, entre outras razões, pelo estabelecimento do financiamento compulsório que vigorou por muitos anos (CF/1988, art. 8º, IV), por meio do recolhimento de contribuição sindical compulsória dos empregados. O instituto foi superado apenas recentemente, por meio da aprovação da Lei nº 13.467/2017 (Lei da Reforma Trabalhista), que submeteu o recolhimento da contribuição à prévia autorização dos empregados^[33]. Apesar deste importante avanço, a plena liberdade sindical continua comprometida pela adoção constitucional do sistema da unicidade sindical (CF/1988, art. 8º, II), por meio do qual se impõe aos trabalhadores o sindicato único por categoria na mesma base territorial. ⁷⁵. Nota-se, assim, que **a terceirização não fragiliza necessariamente a representatividade sindical. Tal representatividade é comprometida, em verdade, pela obsolescência do regime jurídico sindical atualmente em vigor.** É imprescindível que se promova uma reforma sindical que efetivamente implemente um sistema de liberdade sindical no país e que, possibilite, inclusive, o Brasil subscreva a Convenção 87 da OIT, de 1948, à qual, até o presente momento, não pode aderir. V. A CORRENTE VEDAÇÃO JURISPRUDENCIAL À TERCEIRIZAÇÃO NÃO SE COMPATIBILIZA COM OS PRINCÍPIOS DA LIVRE INICIATIVA, DA LIVRE CONCORRÊNCIA, DA SEGURANÇA JURÍDICA E DA ISONOMIA ⁷⁶. De modo geral, os entendimentos restritivos à prática da terceirização baseiam-se na alegação de que os artigos 2º e 3º da Consolidação das Leis do Trabalho definiram a relação de emprego como uma *relação bilateral*, estabelecida entre o empregado, que entrega a sua força de trabalho, e o empregador, que se beneficia economicamente de tal força de trabalho. Ocorre que, segundo tais entendimentos, a terceirização constituiria uma *relação triangular* por meio da qual o benefício econômico decorrente da exploração da força de trabalho do empregado seria apropriado pelo tomador de serviços, ao passo que o vínculo formal de emprego se estabeleceria com a empresa terceirizada. Por meio desse artifício, alega-se, os tomadores de serviço procurariam escapar de todo um conjunto normativo adequado à tutela da relação de trabalho bilateral, travada entre quem presta o serviço e quem se beneficia economicamente do serviço prestado, reduzindo-se direitos^[34]. [...] ⁷⁷. Com base em tais fundamentos, alguns *amici curiae* afirmam que a CLT rejeita a relação triangular decorrente da terceirização e que, por isso, haveria necessidade de lei expressa autorizando essa prática. Afirma-se, ainda, que, quando o legislador quis autorizar a terceirização, ele a previu expressamente. Esse seria o caso: *i*) da terceirização, pelo Poder Público, de atividades meramente executivas e operacionais (de transporte, conservação, custódia, operação de elevadores, limpeza e assemelhadas), autorizada pelo art. 10 do Decreto lei 200/1967 c/c art. 3º, par. único, da Lei 5.645/1970; *ii*) da contratação de trabalho temporário, prevista na Lei 6.019/1974; e *iii*) da terceirização de serviços de vigilância, prevista nas Leis 7.102/1983 e 8863/1994). Esse também seria o caso, por aplicação analógica de tais normas, da contratação terceirizada de outras atividades-meio, tal como prevista na Súmula 331 do TST. *A contrario sensu*, a terceirização estaria vedada nas demais hipóteses em que não foi expressamente autorizada ou que não permitem uma aplicação analógica das autorizações já existentes. ⁷⁸. O argumento não impressiona. Não há na terceirização uma relação triangular, tal como afirmado. Há, de fato, duas relações bilaterais: *i*) a primeira, de natureza civil, consubstanciada em um contrato de prestação de serviços, celebrado entre a contratante e a empresa terceirizada, denominada contratada; *ii*) a segunda, de natureza trabalhista, caracterizada por uma relação de emprego, entre a contratada e o empregado. Assim, há, na última contratação, típica relação trabalhista bilateral, plenamente adequada à incidência do direito do trabalho. Nota-se, portanto, que as decisões restritivas da Justiça do Trabalho em matéria de terceirização não têm respaldo legal. ⁷⁹. Ocorre justamente que a Constituição consagra a livre iniciativa e a livre concorrência como valores fundantes da ordem econômica

(CF/1988, art. 1º c/c art. 170, caput e inc. IV). De acordo com tais princípios, compete aos particulares a decisão sobre o objeto de suas empresas, sobre a forma de estruturá-las e sobre a estratégia para torná-las mais competitivas, desde que obviamente não se violem direitos de terceiros. Deve-se ter em conta, ademais, que, de acordo com o princípio geral da legalidade, ao particular é autorizado tudo aquilo que não lhe for expressamente vedado por lei (CF/1988, art. 5º, II). Portanto, **se não há norma vedando a terceirização, esta não pode ser banida como estratégia negocial, e a opção por ela é legitimamente exercida pelo empresário e tutelada pelos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência**[35]. 80. A jurisprudência colacionada pela requerente dá conta, ademais, de que a interpretação conferida pela Justiça do Trabalho a seus precedentes em matéria de terceirização – em especial à Súmula 331 do TST[36] – não foi capaz de criar uma situação de segurança jurídica acerca das hipóteses em que a terceirização é lícita. De fato, as decisões em questão, tomadas a partir de interpretações de conceitos jurídicos indeterminados como “atividade-fim”, “atividade-meio” e “atividades essenciais” ao negócio, têm ensejado decisões surpreendentes, acerca da incidência dessas categorias, e conflitantes com outras decisões proferidas em casos semelhantes, disso resultando um tratamento anti-isonômico entre jurisdicionados em situação idêntica[37]. Tal estado de coisas indica que a Súmula 331 do TST, como síntese da jurisprudência trabalhista na matéria, não tem desempenhado as funções essenciais atribuídas aos precedentes judiciais, que consistem justamente em promover a *segurança jurídica*, o *tratamento isonômico* entre os jurisdicionados e em *reduzir a litigiosidade*. Trata-se, portanto, de hipótese clássica justificadora da superação de precedente, de acordo com a doutrina sobre o tema[38]. 81. **Ante o exposto, reconheço que o entendimento emergente do conjunto de decisões da Justiça do Trabalho questionado por meio desta ação viola os preceitos fundamentais da legalidade, da livre iniciativa, da livre concorrência, bem como a segurança jurídica. Concluo, por conseguinte, que a terceirização de partes da cadeia produtiva de uma empresa é possível, quer se trate de atividade-meio, quer se trate de atividade essencial para o negócio ou de atividade-fim.** 82. **Veja-se, ademais, que, se o problema relacionado à terceirização, como alegado, fosse efetivamente o risco de precarização, esse risco existiria para ambas as atividades (meio ou fim), de modo que não há qualquer racionalidade na diferenciação entre os dois tipos de atividade com o propósito de limitar a possibilidade da terceirização.** 83. Além disso, como já demonstrado, determinada tarefa pode constituir parte da atividade-fim da empresa (por exemplo, a construção de prédios em caso de incorporação imobiliária) ou atividade relevante para o êxito do negócio (como o serviço de limpeza em hospitais) e mesmo assim não constituir o seu diferencial de mercado. Não há justificativa para vedar a terceirização dessa atividade, se a tomadora quiser exercer essa opção estratégica e se responsabilizar por ela. 84. Afirmar a licitude da terceirização como estratégia negocial, tanto no que respeita à atividade-meio, quanto no que respeita à atividade-fim, não implica, contudo, afirmar que a terceirização pode ser praticada sem quaisquer limites. A prática tem demonstrado – e a situação está muito bem retratada nos arrazoados dos *amici curiae* que se opõem à procedência desta ação – que algumas empresas contratadas deixam efetivamente de cumprir obrigações trabalhistas e previdenciárias e que, quando acionadas, constata-se que tais empresas não dispõem de patrimônio para honrar as obrigações descumpridas. Ora, se normas trabalhistas e previdenciárias elementares são descumpridas por algumas contratadas, é de se supor que o mesmo ocorra com normas relativas à segurança e saúde do trabalho. 85. Pois bem. Como já observado, a atuação desvirtuada de algumas terceirizadas não deve ensejar o banimento do instituto da terceirização. Entretanto, a tentativa de utilizá-lo abusivamente, como mecanismo de burla de direitos assegurados aos trabalhadores, tem de ser coibida. Essa é a condição e o limite para que se possa efetivar qualquer contratação terceirizada. **Os ganhos de eficiência proporcionados pela terceirização não podem decorrer do descumprimento de direitos ou da violação à dignidade do trabalhador.** A contratante – sabedora da existência desse tipo de empresa – deve tomar todas as medidas necessárias a assegurar o respeito à integralidade dos direitos e dos deveres trabalhistas, previdenciários e de saúde e segurança no trabalho, que decorrem

da relação de emprego entre a empresa terceirizada e seu empregado. 86. Nessa linha, cabe à contratante: (i) certificar-se da idoneidade e da capacidade econômica da empresa terceirizada para honrar o contrato; (ii) especificar a atividade objeto do contrato de prestação de serviço; (iii) assegurar condições de segurança e salubridade sempre que o trabalho for realizado nas suas dependências; (iv) **assumir a responsabilidade subsidiária caso a empresa terceirizada deixe de honrar quaisquer dessas obrigações** (desde que tenha participado na relação processual em que ocorrer a condenação e que conste do título judicial), tal como já ocorre hoje, em razão do que prevê a Súmula 331 do TST. 87. De fato, a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços, na terceirização, constitui corolário mínimo dos direitos assegurados pela Constituição aos trabalhadores e da vedação a que a exploração da atividade econômica ocorra às custas da dignidade do trabalhador. Tais exigências podem ser inferidas do artigo 7º da Constituição, que constitucionalizou um conjunto amplíssimo de normas trabalhistas e assegurou o direito de acesso dos trabalhadores à previdência social, bem como a medidas de saúde, segurança do trabalho e prevenção de acidentes. Celebrar contratos de terceirização, a baixo custo, com empresas terceirizadas, não fiscalizá-las, apropriar-se de parte das vantagens econômicas auferidas com a violação de tais normas e pretender eximir-se de qualquer consequência decorrente de tal estado de coisas é ilegítimo. Quem terceiriza auferes as vantagens e, portanto, também deve assumir os riscos da terceirização, que não podem ser suportados apenas pelos empregados e pelo Poder Público, em sua vertente de previdência e assistência social. [...]

89. Veja-se que nada há de surpreendente ou de fortemente inovador nas obrigações propostas. Embora já demonstrado no início deste voto que a terceirização constitui uma estratégia adotada no mundo inteiro, pode-se afirmar igualmente que a quase totalidade dos países a cujas normas se obteve acesso atribui à empresa contratante responsabilidade solidária ou subsidiária pelo cumprimento de obrigações trabalhistas e que parte considerável de tais países também o faz quanto à seguridade social. 90. Assim, na Alemanha, o tomador dos serviços tem responsabilidade solidária pelo pagamento de salários mínimos e de contribuições para o fundo de garantia[39]; na Espanha, o Estatuto dos Trabalhadores prevê a responsabilidade solidária da tomadora de serviços quanto a obrigações salariais e relativas à seguridade social[40]; na Holanda, o regime é de responsabilidade solidária quanto a verbas trabalhistas e contribuições da seguridade social[41]; na França, a responsabilidade solidária da empresa usuária é a regra, excepcionadas em algumas hipóteses específicas[42]; no Uruguai[43] e no Chile[44], a responsabilidade do tomador é solidária, salvo se fiscalizar efetivamente o cumprimento de obrigações trabalhistas e de seguridade social, hipótese em que a responsabilidade será subsidiária[45]; na Argentina, a responsabilidade é solidária, mas também há menção na literatura ao fato de que a fiscalização do cumprimento das normas trabalhistas pela tomadora pode tornar subsidiária a sua responsabilidade[46]; no México, na Colômbia e no Peru, a responsabilidade é solidária[47]. No Brasil, se tem reconhecido a responsabilidade subsidiária da contratante por encargos trabalhistas, com base na Súmula 331 do TST, e a responsabilidade previdenciária nos termos do art. 31 da Lei nº 8.212/1993. 91. Não bastasse o exposto, é de se notar que a Lei 6.019/1974, com a redação que lhe conferiu a Lei nº 13.467/2017 (Lei da Reforma Trabalhista), editada após a elaboração deste voto e a inclusão do processo em pauta para julgamento, contempla medidas muito semelhantes àquelas previstas acima com o propósito de proteger os direitos dos trabalhadores terceirizados, ratificando a solução que se extrai, aqui, da própria Constituição. Confira-se: i) *Quanto à capacidade econômica da empresa terceirizada*: a norma exige a comprovação de tal capacidade (art. 4º-A) e de sua compatibilidade com o número de empregados (art. 4º, III)[48]. ii) *Quanto a normas de saúde, segurança e prevenção de acidentes*: a lei determina que os trabalhadores que prestarem serviços nas dependências da contratante terão direito à alimentação oferecida aos seus empregados, a serviço de transporte, atendimento médico e, treinamento adequado, quando couber (art. 4º-C)[49]. Prevê, ainda, que compete à contratante garantir condições de segurança, higiene e salubridade aos trabalhadores que prestem serviços nas suas dependências ou em local previamente convencionado em contrato (art. 5º-A, §3º)[50]. iii) *Quanto à responsabilidade da*

contratante no que respeita a encargos trabalhistas e previdenciários: A norma prevê a responsabilidade subsidiária pelas obrigações trabalhistas referentes ao período em que ocorrer a prestação de serviços à contratante (art. 5º-A, §5º)[51], bem como a responsabilidade por contribuições previdenciárias nos termos do art. 31 da Lei nº 8.212/1991[52]. 92. De fato, embora não haja óbice constitucional à terceirização, diante do quadro traçado inclusive nos memoriais ofertados pelos *amici curiae*, não seria compatível com a Constituição simplesmente reconhecer a sua validade sem estabelecer mecanismos de proteção a direitos cuja obrigatoriedade deriva da própria Carta e com os quais esse tipo de contratação precisa se harmonizar.

[...]

- **Trechos do voto do Ministro Alexandre de Moraes**⁴¹
p. 171-177

[...]

Vou, porém, mais além ao afirmar que a Constituição Federal tampouco impõe qual ou quais as formas de organização empresarial devam ou possam ser adotadas, pois assegurou a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei. No sistema de produção capitalista, consagrado constitucionalmente, a escolha do modelo organizacional das empresas compete ao empreendedor, não podendo ser imposta pelo Estado. O texto constitucional não permite ao poder estatal – executivo, legislativo ou judiciário – impor um único e taxativo modelo organizacional para as empresas, sob pena de ferimento aos princípios constitucionais da livre iniciativa e livre concorrência. O Estado – seja legislativamente, seja judicialmente – não poderá impor regras rígidas e específicas de organização interna das empresas; cabendo tal decisão aos próprios empreendedores, que, por sua conta e risco, devem realizar sua opção de modelo organizacional dentro das lícitas e legítimas possibilidades consagradas pelos Princípios Gerais da Atividade Econômica e estabelecidos no artigo 170 da Constituição Federal. Obviamente, essa opção será lícita e legítima desde que não proibida ou colidente com o ordenamento constitucional; bem como, desde que, durante a execução dessa opção – na hipótese de terceirização –, as empresas “tomadoras” e “prestadoras” não violem direitos sociais e previdenciários do trabalhador e a primazia dos valores sociais do trabalho, que, juntamente com a livre iniciativa, tem assento constitucional como um dos fundamentos do Estado Democrático brasileiro. Entendo, portanto, que inexistente vedação constitucional expressa ou implícita em relação à possibilidade de terceirização, enquanto legítima opção empresarial de modelo organizacional. [...] É ultrapassada a manutenção dessa dicotomia entre “atividade-fim e “atividade-meio”, para fins de terceirização, e errônea a confusão de identidade entre terceirização com intermediação ilícita de mão de obra. Por partir da errônea confusão entre “terceirização” e “intermediação de mão de obra”, chega-se à errônea conclusão de precarização do trabalho, violação da dignidade do trabalhador ou desrespeito a direitos previdenciários. Em nenhum momento a opção da terceirização como modelo organizacional por determinada empresa permitirá, seja a empresa “tomadora”, seja a empresa “prestadora de serviços”, desrespeitar os direitos sociais, previdenciários ou a dignidade do trabalhador. A garantia de proteção ao trabalho não engloba somente o trabalhador subordinado mediante o tradicional contrato de trabalho, mas também o autônomo e o terceirizado, e, além disso, como salienta PAOLO BARILE, alcança o próprio empregador, enquanto empreendedor do crescimento do país, que tem, na correta interpretação dos valores sociais do trabalho, a necessária segurança jurídica. Caso isso ocorra, seja na relação contratual trabalhista tradicional, seja na hipótese de terceirização, haverá um desvio ilegal na execução de uma das legítimas opções de organização empresarial, que deverá ser

⁴¹ O julgamento da ADPF nº 324 ocorreu no Plenário, em 30 de agosto de 2018, em conjunto com a RE 958.252/MG. Deste modo, os trechos do voto dos Ministros Alexandre de Moraes e Gilmar Mendes integram o inteiro teor de ambos os julgamentos sob idêntica redação.

fiscalizado, combatido e penalizado. Da mesma maneira, caso a prática de ilícita intermediação de mão de obra, com afronta aos direitos sociais e previdenciários dos trabalhadores, se esconda formalmente em uma fraudulenta terceirização, por meio de contrato de prestação serviços, nada impedirá a efetiva fiscalização e responsabilização, pois o Direito não vive de rótulos, mas sim da análise da real natureza jurídica dos contratos. Concluo, sra. Presidente, acompanhando integralmente os eminentes Ministros relatores, julgando procedente a ADPF 324 e dando provimento ao Recurso Extraordinário 958252.

- **Trechos do voto do Ministro Gilmar Mendes**
p. 305-311

[...]

Portanto, o que se observa no contexto global é uma ênfase na flexibilização das normas trabalhistas. É temerário ficar alheio a esse inevitável movimento de globalização do fenômeno produtivo, que faz com que empresas tenham etapas de sua produção espalhadas por todo o mundo, a exemplo de gigantes como a Apple, a Dell, a Boeing e a AirBus, cujos modelos e experiências já foram aqui apresentados da tribuna ou nos votos até aqui proferidos. Assim, se a Constituição Federal não impõe um modelo específico de produção, não faz qualquer sentido manter as amarras de um modelo verticalizado, fordista, na contramão de um movimento global de descentralização. Isolar o Brasil desse contexto global seria condená-lo à segregação econômica. Não se trata aqui de fazer uma ode à informalidade e um *requiem* das garantias trabalhistas, muito pelo contrário. A flexibilização passa necessariamente por ajustes econômicos, políticos e jurídicos, que resultarão no aumento dos níveis de ocupação e do trabalho formal, que, por conseguinte, trará os desejáveis ganhos sociais. Portanto, é nessa balança entre o ideal – por vezes ideológico e utópico – e o real que o problema se coloca. Sem trabalho, não há falar-se em direito ou garantia trabalhista. Sem trabalho, a Constituição Social não passará de uma carta de intenções. A garantia contra despedida arbitrária ou sem justa causa e sua indenização compensatória, o seguro-desemprego, o fundo de garantia do tempo de serviço, o salário mínimo capaz de atender às necessidades vitais básicas do trabalhador e de sua família, o piso salarial proporcional à extensão e à complexidade do trabalho, a irredutibilidade do salário, a garantia de salário mínimo em caso de remuneração variável, o décimo terceiro salário, a remuneração do trabalho noturno superior ao diurno, a proteção do salário contra sua retenção dolosa, a participação nos lucros ou resultados e a participação na gestão da empresa, o salário-família, a jornada não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, a jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, o repouso semanal remunerado preferencialmente aos domingos, a remuneração do serviço extraordinário superior em cinquenta por cento à do normal, o gozo de férias anuais remuneradas, licença à gestante, licença-paternidade, proteção da mulher no mercado de trabalho, aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, a redução dos riscos inerentes ao trabalho, o adicional de remuneração para atividades penosas, insalubres ou perigosas, a aposentadoria, a assistência gratuita aos filhos e dependentes desde o nascimento até cinco anos de idade em creches e pré-escolas, o reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho, a proteção em face da automação, o seguro contra acidentes de trabalho, a ação quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho, a proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil, a proibição de qualquer discriminação ao trabalhador com deficiência, a proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos, a proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores e a igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo permanente e o trabalhador avulso; tudo isso estará fadado ao esvaziamento se não dermos essa resposta jurídica a um problema econômico e social sistêmico. A rigor, o art. 7º da Constituição não tem vida própria, depende do seu suporte fático: o trabalho. Assim, a vedação à terceirização de etapas produtivas relacionadas à

atividade-fim não passa de um controle artificial, e inócuo, do mercado e das relações trabalhistas. Impõe-se um ajuste jurídico no sentido da eliminação dessa barreira ao crescimento e ao desenvolvimento do mercado e do trabalho, medida que, em vez de enterrar o trabalho, certamente o fortalecerá. [...] O Direito do Trabalho brasileiro baseia-se em uma premissa de contraposição entre empregador e empregado; na prática, uma perspectiva marxista de luta entre classes. [...] O contexto é, portanto, de um desequilíbrio entre posições jurídicas que não mais se sustenta, pois a própria premissa de submissão da mão de obra ao capital merece ser revista. No texto constitucional, os vetores da *valorização do trabalho* e da *livre iniciativa* estão postos, estrategicamente, lado a lado. Estão assim postos enquanto fundamentos da República Federativa do Brasil, logo no artigo inaugural da Constituição, e como princípios da ordem econômica, no art. 170. Disso resulta um mandamento constitucional de equalização desses vetores, bastante diferente do cenário jurídico paternalista que construímos ao longo dos anos, antes mesmo da promulgação da Constituição de 1988. O reconhecimento da constitucionalidade da terceirização de atividades inerentes à atividade-fim revela-se como instrumento de equalização dos agentes de mercado envolvidos, atendendo, portando, às diretrizes constitucionais acima citadas. Logicamente, a prática da terceirização coloca em xeque conceitos basilares do Direito do Trabalho tal qual o conhecemos. Será preciso, portanto, refundar o Direito do Trabalho, instaurando novos pontos de ancoragem ou, no mínimo, reformulando os seus mais fundamentais conceitos. Também a Justiça do Trabalho estará diante do grande desafio de coibir abusos, nomeadamente o uso ardiloso da terceirização como expediente de pulverização da cadeia produtiva com vistas a impedir, em qualquer altura do processo produtivo, que alguma empresa arque com os direitos trabalhistas envolvidos. No mesmo sentido, a Procuradoria do Trabalho terá que rever os parâmetros de sua atuação. Foi dito da tribuna, pelo ilustre representante da Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho (ANPT), que “*se for levada às últimas consequências a pretensão lançada na exordial, necessariamente haverá a interdição virtual da Justiça do Trabalho e de outros órgãos, como o Ministério Público do Trabalho, os auditores fiscais do trabalho, na missão constitucional fundamental de fiscalização, prevenção e repressão às fraudes e às ilicitudes que são cometidas ao longo do estabelecimento de relações trabalhistas*”. Ora, a rigor, do modelo de produção horizontalizado, terceirizado, não decorrem necessária e intrinsecamente fraudes e ilicitudes. Assim, a missão de tais órgãos permanece intacta, apesar de serem necessárias reflexões quanto às suas atuações. No específico caso do Ministério Público do Trabalho, cito a celeuma em torno da responsabilidade do Grupo Guararapes (Riachuelo) por débitos trabalhistas decorrentes da terceirização de atividades da sua cadeia produtiva. O longo embate entre o MPT do Rio Grande do Norte e a Riachuelo ensejou a redução das atividades da empresa naquele estado e culminou com manifestações dos próprios trabalhadores contra a atuação do Ministério Público. Assim, reitero: será preciso repensar as balizas de atuação dos órgãos incumbidos de garantir os direitos do trabalhador, já que o modelo paternalista que se contextualiza com um modelo ultrapassado de produção está fadado à ruína. É disso que estamos aqui tratando. Enfim, somos chamados a decidir entre a utopia e a realidade. Tenho reiterado a lição de Peter Häberle no sentido de que a nossa evolução constitucional deve ocorrer entre a *ratio* e a *emotio*, ponderando-se o que Ernst Bloch chamou de *princípio-esperança* com o que Hans Jonas chamou de *princípio responsabilidade*. (HÄBERLE, Peter. *El Estado Constitucional*. Trad. Héctor Fix-Fierro. México D.F: Universidad Autónoma de México; 2001, p. 7)

[...]

Recurso	Objeto e tema	Relator do acórdão/nº de páginas (inteiro teor)	Data do julgamento	Resultado

RE nº 958.252/MG (Julgado em conjunto à ADPF nº 324)	Constitucionalidade da Súmula nº 331 do TST	Ministro Luiz Fux 278 páginas	30 de agosto de 2018	Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, apreciando o tema 725 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário, vencidos os Ministros Edson Fachin, Rosa Weber, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio. Em seguida, o Tribunal fixou a seguinte tese: “É lícita a terceirização ou qualquer outra forma de divisão do trabalho entre pessoas jurídicas distintas, independentemente do objeto social das empresas envolvidas, mantida a responsabilidade subsidiária da empresa contratante”, vencida a Ministra Rosa Weber. O Ministro Marco Aurélio não se pronunciou quanto à tese. Ausentes os Ministros Dias Toffoli e Gilmar Mendes no momento da fixação da tese. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia
--	---	----------------------------------	----------------------	--

- **Trechos do voto do Ministro Luiz Fux**
p.31-71

[...]

Inaugura-se a nossa Carta Magna com o elenco dos fundamentos da República, reunindo, curiosamente, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa em um mesmo inciso (art. 1º, IV). A observação topográfica não é desimportante, pois denota que a inspiração axiológica do constituinte é refratária a uma suposta “guerra de classes”, senão que reputa essencial para o progresso dos trabalhadores brasileiros a liberdade de organização produtiva dos cidadãos, entendida esta como balizamento do poder regulatório para evitar intervenções na dinâmica da economia incompatíveis com os postulados da proporcionalidade e da razoabilidade. Em outras palavras, os valores do trabalho e da livre iniciativa são intrinsecamente conectados, em uma relação dialógica que impede seja rotulada determinada providência como maximizadora de apenas um desses princípios. Não se pode legitimar, binariamente, a intervenção restritiva em um sob o pretexto de homenagem ao outro, porquanto componentes de um mesmo núcleo comum e harmônico. [...] Esse ônus de justificação elevado, por óbvio, não é atendido com o recurso a argumentos de cariz meramente retórico. É dizer: a restrição à liberdade deve encontrar suporte em elementos empíricos que indiquem a sua necessidade e adequação para o atingimento do objetivo. Consubstancia ônus do proponente da medida embasá-la com informações – pesquisas de

campo, estatísticas, levantamentos históricos etc. – que a justifiquem e demonstrem a sua eficácia. Na hipótese vertente, há um fator adicional, que recomenda ainda maior rigor na apuração da segurança das premissas empíricas: a medida restritiva em escrutínio (qual seja, a Súmula nº. 331 do TST) não foi estabelecida pela via legislativa, com a chancela do debate público e democrático, mas imposta por construção jurisprudencial. Se a postura do julgador deve ser, *prima facie*, de autocontenção em face do legislador, em homenagem à legítima função que também assiste a este de interpretação da Carta Magna, exige-se com maior razão o minimalismo quando não há vedação expressa a uma conduta nem na Constituição e nem na lei. Entender de outra forma equivale a tratar a liberdade como exceção, não como regra, contrariando o núcleo base da dignidade humana, expresso na formulação do imperativo categórico de Immanuel Kant: o ser humano deve sempre ser um fim em si mesmo, nunca um meio para um fim (“*Handle so, dass du die Menschheit sowohl in deiner Person, als in der Person eines jeden anderen jederzeit zugleich als Zweck, niemals bloß als Mittel brauchst*” – KANT, Immanuel. *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*. AA IV. Berlim: Ausgabe der Preußischen Akademie der Wissenschaften, 1900. p. 429). Some-se a tudo isso o fato de que, por meio das Leis nº. 13.429/2017 e 13.467/2017, o Congresso Nacional veio a acolher expressamente a legitimidade da terceirização em todas as suas formas, com expressa menção aos princípios constitucionais da reserva legal (art. 5º, II) e da livre iniciativa (art. 1º) no curso do processo legislativo (cf. parecer do Relator da CCJ, Deputado Laércio Oliveira). Considerando as balizas teóricas ora lançadas, tem-se *in casu* uma intervenção severa na configuração da atividade econômica (é dizer, a proibição de divisão de tarefas, dentro de um mesmo ciclo produtivo, entre pessoas jurídicas distintas), estabelecida por intérprete constitucional não investido de legitimidade democrática para realizar escolhas discricionárias entre as possibilidades semânticas e sistemáticas da Carta Magna, qual seja, o Judiciário. Por isso, é imprescindível submeter a medida a um crivo ainda mais minucioso e rígido para verificação de seus suportes fáticos. [...] O quadro apresentado no momento anterior às reformas de 2017 revelava a existência de intervenção restritiva gravíssima na organização econômica – e, por consequência, na liberdade jurídica fundamental dos cidadãos –, estabelecida não pelo legislador, dotado da necessária *accountability* para positivar o vetor resultante das preferências dos seus eleitores, mas por ato de cunho jurisdicional, plasmado em enunciado sumular. Considerando a elevada intensidade da restrição da liberdade, o grau de certeza das premissas empíricas que embasam a medida já deveria ser igualmente elevado, ainda que se tratasse de norma editada pelo Congresso Nacional, por aplicação da “lei epistêmica do sopesamento”, na expressão de Alexy. Tratando-se, porém, de orientação jurisprudencial, desprovida de um debate democrático antecedente na caixa de ressonância adequada para a reverberação de todos os interesses envolvidos, o escrutínio sobre a vedação deve observar o maior rigorismo possível, concluindo-se pela sua insubsistência ante o mais tênue elemento que exsurgir em seu desfavor. As premissas empíricas invocadas pelo órgão *a quo* para sustentar a orientação esposada na Súmula nº 331, de acordo com os precedentes que lhe deram origem, são as seguintes: (i) a utilização, em dado processo produtivo, do trabalho prestado por empregados ligados a pessoas jurídicas diferentes configuraria fraude, autorizando a responsabilização da pessoa jurídica reputada como beneficiada; e (ii) a terceirização precarizaria o trabalho humano, consequentemente comprometendo o equilíbrio da ordem econômica instituída e a integração do trabalhador na vida da empresa. Outro argumento, por vezes invocado em discussões sobre a matéria, é o de que a terceirização fragilizaria a mobilização sindical dos trabalhadores. Reputo essa alegação demasiadamente frágil, mormente porque é imprestável a sustentar, só por si, uma suposta inconstitucionalidade dessa técnica empresarial. A divisão da atividade produtiva entre diversas empresas não altera a representação sindical, haja vista que o art. 8º, II, da Constituição contempla a existência de apenas uma organização sindical para cada categoria profissional ou econômica. Nem se alegue que a terceirização provocaria uma dispersão territorial dos trabalhadores nociva à mobilização sindical, porquanto uma mesma firma pode igualmente dividir a sua operação por diversas localidades distintas. [...] Primeiramente, a divisão entre empresa “tomadora” e “prestadora” de serviço ignora que, na dinâmica da

economia moderna, caracterizada pela especialização e divisão de tarefas com vistas à maior eficiência possível, diversos agentes podem fazer parte de um complexo sistema produtivo, tornando, na verdade, como único “tomador” do serviço o consumidor final. Tome-se como exemplo a *Apple Inc.*, oitava maior empresa do mundo no ano de 2018 (ranking *Forbes Global 2000*). O consumidor final, ao adquirir um *iPhone* da marca, sequer desconfia que todo o *hardware* foi fabricado pela *Foxconn*, pessoa jurídica distinta com sede em Taiwan que também produz componentes eletrônicos para Dell, Hewlett-Packard, Sony, Microsoft e Motorola, dentre outros. A *Foxconn*, por sua vez, fabrica os aparelhos utilizando processadores da *Intel*. Enquanto a *Apple* lidera o ranking das maiores empresas de tecnologia do planeta no ano de 2018, a *Foxconn* ocupa a décima posição da lista e a *Intel* o sexto lugar. Nesse panorama simplificado – que omite, para fins produtiva nas atividades de desenho industrial, criação de softwares, publicidade, distribuição, sistema de pagamentos, obtenção de matérias primas, controle de qualidade *etc.* –, já se antevê que não há verdadeiramente uma subordinação entre as empresas que compõem o sistema produtivo, senão uma coordenação entre agentes especializados para a consecução do melhor resultado final possível ao consumidor. A evolução do empreendedorismo tornou obsoleta, se é que algum dia foi útil ou objetivamente controlável, a diferença entre “atividades-meio” e “atividades-fim”. Logo se percebe que a cisão de atividades não revela qualquer intuito fraudulento, mas sim estratégia de configuração das empresas para fazer frente às exigências do mercado competitivo (em última análise, exigências de consumidores como todos nós), sendo precisamente esse o núcleo protegido pela liberdade de iniciativa inculpada nos artigos 1º, IV, e 170 da Constituição brasileira. A incessante busca por eficiência existe porque, ao contrário do afirmado pelo Tribunal Superior do Trabalho nos acórdãos geradores da Súmula nº 331, as empresas assumem o risco da atividade, sabendo que a perda de mercado significa uma ameaça à sua sobrevivência e, conseqüentemente, ao emprego dos seus trabalhadores. Voltando ao exemplo da *Apple*, a *Foxconn* disputa o mercado de fabricação dos componentes de produtos da marca com outras empresas, como a *Pegatron Corporation*, gerando uma sadia competição dentro da mesma cadeia produtiva. Não há qualquer pessoalidade entre os funcionários da *Foxconn* e da *Pegatron*, de um lado, e a *Apple Inc.*, de outro, muito embora o resultado do trabalho prestado deva atender às diretrizes e exigências desta última. [...] Seguindo essa linha, a Teoria da Administração demonstra como a evolução da configuração empresarial ao longo do tempo permitiu ganhos de desempenho, por meio da gestão, capazes de proporcionar melhores resultados tanto para a empresa quanto para a sociedade a que ela serve. É o que a literatura denomina “modelo organizacional”, figura que descreve as diversas formas de estrutura administrativa, abrangendo a descentralização, a departamentalização, a especialização do trabalho *etc.* O professor de administração da Universidade de Stanford Donald John Roberts explica que a terceirização (*outsourcing*) se dá no chamado modelo de desintegração vertical, no qual a organização tem por objetivo ganhos de performance dificilmente alcançáveis por outros meios. Passo a transcrever as suas lições, que especificam com maestria os ganhos de desempenho para a firma decorrentes da terceirização e por que isso ocorre, *in verbis*: [...] Michael E. Porter, professor da *Harvard Business School* e uma das maiores autoridades do mundo em estratégia corporativa e competição no mercado, enumera ainda outros problemas que podem surgir quando não há terceirização (PORTER, Michael E. *Competitive strategy: techniques for analyzing industries and competitors*. New York: Free Press, 1998. p. 300- 323): [...] Por todo o exposto, a premissa de que a “terceirização” configura fraude é desprovida de qualquer fundamento fático, pois contraria os ensinamentos da mais avançada literatura no campo da administração de empresas, bem assim a realidade organizacional de companhias que são referência no mercado e devem servir de exemplo para concorrentes interessados em obter performances semelhantes. Tanto não há intuito fraudulento que cada uma das empresas envolvidas na cadeia de valor deve observar as leis trabalhistas com relação aos empregados que contratarem. *Verbi gratia*, a supramencionada *Foxconn*, que mantém fábricas no Brasil, é obrigada a cumprir com a legislação do trabalho e de segurança do trabalho no que tange ao seu quadro de pessoal. Estabelecido que a proibição inserta na Súmula nº 331 do TST é insustentável sob a premissa da fraude, passa-

se a testar os pressupostos empíricos da hipótese segundo a qual a terceirização gera “precarização” para as relações de trabalho. Deve-se, preliminarmente, separar o que se pode considerar como pesquisa empírica jurídica com rigor científico e outros tipos de assertivas que, por falhas metodológicas ou conclusivas, não devem possuir valor perante a ciência – e nem perante as Cortes. Lee Epstein, Professora da *Washington University* (EUA), e Andrew Martin, Diretor da *University of Michigan* (EUA), ensinam que uma pesquisa empírica (isto é, baseada em dados) de caráter observacional deve seguir um rígido procedimento de: (i) desenho do projeto; (ii) coleta e codificação de dados; e (iii) análise dos dados. A fase de *desenho do projeto* consiste na concretização de elementos conceituais, a fim de que se possa observá-los no mundo natural. A *coleta* de dados abrange: a definição das fontes de informações (como entrevistas e análise de documentos) e dos métodos para extraí-las; a escolha entre o exame de todos os elementos de interesse (o que se denomina *população*) ou de apenas uma amostra; e, em caso de amostra, como extraí-la e quantos dados coletar. Por *codificação* de dados se entende a conversão da informação para um formato passível de uso na aferição. A fase de *análise*, por sua vez, consiste em sumarizar os dados coletados pelo pesquisador para a realização de inferências estatísticas, ou seja, utilizar dados conhecidos para aprender sobre fatos não conhecidos. Para realizar conclusões sobre causalidade, é dizer, se um fator é causa de um determinado resultado, realiza-se a denominada *inferência causal*, que consiste na comparação da diferença entre um cenário factual (com o fator em exame) e um contra-factual (sem o fator), por meio da utilização cuidadosa de ferramentas de matemática, estatística e até mesmo de informática. A realização de inferência causal deve seguir técnicas tão delicadas e complexas que muitos autores aconselham cientistas a não configurar o desenho de pesquisas baseadas em dados observacionais em termos de *causalidade*, devendo ser restringida a análise a *associações* entre variáveis (EPSTEIN, Lee; MARTIN, Andrew D. *An Introduction to Empirical Legal Research*. New York: Oxford, 2014). A partir desses parâmetros, devem ser analisadas as pesquisas que suportam cada uma das hipóteses, a começar pela pesquisa constante dos autos em favor da proibição da terceirização. Na tentativa de apresentar dados fáticos que amparassem a genérica assertiva de “precarização”, a Central Única dos Trabalhadores, admitida como *amicus curiae*, apresentou levantamento feito por ela própria (CUT) e pelo Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos (DIEESE), no qual se conclui que os trabalhadores “terceirizados”, em média, receberiam salário 24,7% (vinte e quatro inteiros e sete décimos por cento) menor, teriam jornada de trabalho semanal superior em 3 (três) horas e ficariam menos tempo no emprego. Cuida-se, no entanto, de levantamento caracterizado por sérias falhas metodológicas, conduzindo à baixa confiabilidade das evidências empíricas coletadas e à incoerência lógica das conclusões apontadas. Note-se, de plano, que o estudo realiza uma comparação entre “setores tipicamente terceirizados” e “setores tipicamente contratantes”, sem explicar o que seriam esses conceitos genéricos e sem qualquer tipo de controle sobre as atividades neles inseridas para justificar a “diferença média” apontada. Há, portanto, equívocos elementares de desenho, coleta, codificação e análise na pesquisa. Mais ainda, a relação de causalidade apontada entre terceirização e variação de salários não observa os rígidos parâmetros de inferência estatística exigidos pela ciência. Considerando que a Súmula nº 331 do TST limita a terceirização, em sua maior parte, a setores compostos por trabalhadores com menor qualificação (como vigilância, limpeza e manutenção), não é de se estranhar que o salário praticado nessas áreas seja inferior. Todavia, a defasagem não pode ser atribuída à “terceirização”, mas sim, dentre outros fatores, ao contraste de *capital humano*, entendido este como “qualquer estoque de conhecimento ou características que o trabalhador possua (seja inato ou adquirido) e que contribua para a sua produtividade” (ACEMOGLU, Daron; AUTOR, David. *Lectures in Labor Economics*. p. 3. Disponível em: <<http://economics.mit.edu/faculty/acemoglu/courses>>. Tradução livre para: “human capital corresponds to any stock of knowledge or characteristics the worker has (either innate or acquired) that contributes to his or her “productivity””). Noutras palavras, a diferença de salários e jornada de trabalho entre um médico e um faxineiro do mesmo hospital não pode ser explicada pela “terceirização”, visto que a disparidade ainda persistiria no caso de ambos

serem contratados pela mesma pessoa jurídica. A mesma falha metodológica se apresenta no ponto do dossiê CUT/DIEESE que analisa a “rotatividade” dos trabalhadores: alega-se que a permanência média no trabalho é de 5,8 anos para os trabalhadores diretos e de 2,6 anos para os terceirizados. Ocorre que questões relacionadas ao capital humano também influenciam o denominado “turnover”, ou seja, a substituição de empregados, como explica o economista laureado com o prêmio Nobel Gary Becker: “Empregados com treinamento específico têm menos incentivo para pedir demissão, e as firmas têm menos incentivos para demiti-los, do que empregados sem treinamento ou com treinamento genérico, inferindo-se disso que as taxas de demissão serão inversamente relacionadas à quantidade de treinamento específico” (Tradução livre para o trecho: “Employees with specific training have less incentive to quit, and firms have less incentive to fire them, than employees with no or general training, which implies that quit and layoff rates would be inversely related to the amount of specific training”. BECKER, Gary S. “Investment in Human Capital: A Theoretical Analysis”. In: The Journal of Political Economy, vol. 70, issue 5, part. 2, Oct. 1962. p. 21). Não houve, no referido dossiê, qualquer controle quanto ao grau de especificidade das habilidades exigidas nas funções que compuseram cada um dos grupos comparados, de modo que este fator, e não a desintegração vertical, pode ser o responsável pela discrepância constatada. Ainda, muitas outras variáveis podem estar relacionadas ao turnover, como a alta competitividade entre as empresas na disputa pelos empregados em certos setores, o perfil demográfico dos trabalhadores (idade, perfil familiar, gênero etc.) e fatores psicossociais (KURUVILLA, Sarosh; RANGANATHAN, Aruna. “Employee Turnover in the Business Process Outsourcing Industry in India”. In: Management Practices in High-Tech Environments. Coord. Dariusz Jemielniak; Jerzy Kociatkiewicz. New York: IGI Global, 2008. p. 110-132). O não isolamento de outros fatores que possam contribuir para a variação observada é um erro técnico tão comum quanto grave em pesquisas empíricas. É o que a literatura designa como “enviesamento por omissão de variáveis” (“omitted variable bias”), conforme se depreende dos ensinamentos dos professores da Universidade de Illinois (EUA) Thomas Ulen, Robert Lawless e Jennifer Robbenolt: [...] A pesquisa assinada por CUT e DIEESE ainda realiza outras afirmações que desafiam o rigor exigido de qualquer metodologia empírica. Conclui, por exemplo, que o calote seria uma realidade no mundo da terceirização, mas, em vez de apontar dados concretos que embasem a conclusão, limita-se a assinalar que ela pode ser confirmada por “uma simples pesquisa na internet ou conversas com os trabalhadores” e enumera, sem informações detalhadas, alguns casos em que isso teria ocorrido – a grande maioria deles envolvendo contratos com o poder público, sucedendo que a dificuldade financeira das contratadas decorreu da falta de repasse pelo governo. Posteriormente, afirma que acidentes e mortes no trabalho seriam uma “faceta da terceirização no país”, sugerindo incorretamente que algum empregador no Brasil estaria desobrigado da observância das normas de segurança no trabalho. Além disso, mais uma vez ignora a possibilidade de que os dados apontados sejam distorcidos pela Súmula nº 331 do TST – com efeito, se a terceirização somente for autorizada para atividades em que os riscos à saúde do trabalhador sejam inerentemente maiores, a diferença de riscos entre essas e outras atividades não pode ser atribuída à terceirização, mas à própria distinção das suas naturezas. Pode-se dizer com razoável certeza, por exemplo, que está sujeito a maiores riscos de acidente um trabalhador em contato com alta tensão elétrica do que um secretário administrativo que realiza serviços internos, sem que se precise cogitar do vínculo empregatício terceirizado ou não para chegar a essa conclusão. Porém, no caso de o eletricitista ser “terceirizado” e o secretário não, seria possível dizer que o risco de acidente de trabalho é maior por causa da terceirização? Obviamente, a resposta é negativa. Evidencia-se, a partir do exposto, que o estudo apresentado não observou minimamente as técnicas básicas de pesquisa empírica, razão pela qual as suas conclusões não possuem qualquer valor científico. Por isso mesmo, cuida-se de elemento imprestável para fins probatórios, em especial quando se trata de fundamentar jurisprudência de tamanhoreleva para a sociedade. Falhas metodológicas idênticas são encontradas em outro dossiê realizado por organização sindical (Sindicato dos Empregados em Empresas de Prestação de Serviços a Terceiros, Colocação Administração de Mão de

Obra, Trabalho Temporário, Leitura de Medidores e Entrega de Avisos – Sindeepres), este referido no parecer do ilustre Procurador-Geral da República (Marcio Pochmann, “Trajetórias da Terceirização”, disponível em <<http://www.sindeepres.org.br/~sindeepres/images/stories/pdf/pesquisa/trajetorias1.pdf>>). O economista responsável não apresenta qualquer descrição da metodologia utilizada; não explica como caracterizou “estabelecimentos de terceirização” e quais os critérios para diferenciá-los dos demais; não distingue os dados coletados por cargos e setores da atividade econômica; não controla a presença de variáveis observáveis e não-observáveis; não considera eventual influência da Súmula nº 331 do TST nos resultados analisados; e realiza conclusões de natureza causal sem qualquer demonstração do procedimento utilizado para embasar seus resultados. Dessa maneira, tal como em relação ao dossiê CUT/DIEESE, deve ser considerado nulo o valor probatório do dossiê Sindeepres. Se, por um lado, o suporte empírico da hipótese de “precarização” das relações de trabalho pela terceirização é fragilíssimo, como demonstrado, de outro, há robustos estudos demonstrando como esse modelo organizacional produz efeitos benéficos aos trabalhadores. Um desses exemplos de efeitos positivos da terceirização, conforme apontado pela literatura especializada, tem relação com o desemprego. De acordo com a síntese de indicadores sociais do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), 42,3% (quarenta e dois inteiros e três décimos por cento) dos brasileiros se sustenta por trabalhos informais, ou seja, vive à margem da legislação do trabalho e previdenciária (disponível em <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/condicaoodevida/indicadoresminimos/sinteseindicsoais2015/default_tab_xls.shtm>). Entre a população negra e parda, a proporção sobe para 48,4% (quarenta e oito inteiros e quatro décimos por cento). Na região Nordeste, que apresenta o menor Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) médio do país, a parcela da população integrante do mercado de trabalho informal atinge preocupantes 60,4% (sessenta inteiros e quatro décimos por cento). Não se deve perder de vista que constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil “*erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais*”, ex vi do art. 3º, III, da Constituição, cujo art. 170 ainda erige à condição de princípios gerais da atividade econômica a “*redução das desigualdades regionais e sociais*” e a “*busca do pleno emprego*”. A correlação entre o engessamento regulatório do mercado de trabalho formal e a precarização das condições de vida dos trabalhadores dele alijados é apontada pelos principais estudiosos da economia do trabalho. O economista norte-americano Douglass C. North, agraciado com um prêmio Nobel de Economia, teceu as seguintes considerações: [...] Nessa linha, estudos mais específicos demonstram, com o recurso a modelos matemáticos e pesquisa empírica, que o aumento da terceirização possui uma relação sistemática com a redução do desemprego (KOSKELA, Erkki; STENBACKA, Rune. “*Equilibrium Unemployment with Outsourcing under Labour Market Imperfections*”. In: CESifo Working Paper nº. 1892, category 4: labour markets, january 2007. p. 12). Mesmo quando analisado o impacto da contratação de bens e serviços terceirizados no exterior, estudos sobre o panorama dos Estados Unidos demonstram, ao contrário do que geralmente se alardeia, que a terceirização internacional não possui influência sobre o desemprego involuntário no mercado interno (OGLOBIN, Constantin. “*Global Outsourcing of Human Capital and the Incidence of Unemployment in the United States*”. In: *Applied Econometrics and International Development*, (AEID), Vol. 4-3, 2004). Pesquisas examinando a situação da Alemanha, ainda, concluíram que a terceirização está associada a um aumento na estabilidade no emprego no setor de serviços, ao passo que não apresentou impacto sobre a estabilidade no emprego no setor de produção (BACHMANN, Ronald; BRAUN, Sebastian. “*The Impact of International Outsourcing on Labour Market Dynamics in Germany*”. In: *Ruhr Economic Papers*, n. 53, jul. 2008). A própria Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) coordenou um estudo sobre a terceirização internacional, concluindo que os países envolvidos se beneficiam de maior crescimento econômico, menores índices de desemprego e aumento de salários (OECD (2012), “*Policy Priorities for International Trade and Jobs*”, (ed.) D. Lippoldt, disponível em: <<http://www.oecd.org/site/tadicite/50258009.pdf>>). Essas conclusões reforçam a hipótese de

que a terceirização está associada ao crescimento do mercado de trabalho, na medida em que a competitividade e a produtividade das empresas também aumentam com a especialização no processo produtivo. A racionalidade dessa correlação pode ser assim descrita: *“Quando a terceirização permite às firmas produzir com menos custos, a competição entre firmas que terceirizam diminuirá os preços dos seus produtos. (...) consumidores terão mais dinheiro para gastar com outros bens, o que ajudará empregos em outras indústrias”* (Tradução livre para o trecho: *“When outsourcing allows firms to produce more cheaply, competition between firms that are outsourcing will drive down the prices of their products. (...) consumers will have more money to spend on other goods, which will help jobs in other industries”*. TAYLOR, Timothy. *“In Defense of Outsourcing”*. In: 25 Cato J. 367 2005. p. 371). [...] Apreciando o mercado brasileiro, estudo recente elaborado pela Escola de Economia de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (FGVEESP) estimou o diferencial de salários entre a mão de obra terceirizada e os trabalhadores contratados diretamente pelas empresas tomadoras de serviços. A pesquisa constatou que *“características não observáveis exercem um papel relevante na seleção e na determinação da remuneração dos terceirizados”*, motivo pelo qual o comparativo deve levar em consideração não apenas outras características observáveis dos trabalhadores e das firmas além da terceirização (v. g., idade, escolaridade e ramo de atividade), mas também o *“efeito fixo dos indivíduos”* (v. g., motivação, dedicação, capacidade de comunicação e maturidade emocional). Uma ênfase semelhante a características não observáveis como fatores determinantes para explicar diferenças salariais já era proposta por Gary Becker (BECKER, Gary S. *Economic Theory*. 2. printing (2008, Transaction Publishers, New Brunswick, NJ). Original: New York: Knopf, 1971. p.177). Apurou-se no estudo brasileiro, por exemplo, que *“os trabalhadores das atividades de Segurança/vigilância recebem, em média, 5% a mais quando são terceirizados”*, bem como que *“ocupações de alta qualificação e que necessitam de acúmulo de capital humano específico, como P&D [pesquisa e desenvolvimento] e TI [tecnologia da informação], pagam salários maiores aos terceirizados”*. Cogitou-se também ser *“possível que [em] serviços nos quais os salários dos terceirizados são menores, o nível do emprego seja maior exatamente porque o ‘preço’ (salário) é menor”* (ZYLBERSTAJN, Hélio *et alii*. “Diferencial de salários da mão de obra terceirizada no Brasil”. In: CMICRO - Nº32, Working Paper Series, 07 de agosto de 2015, FGV-EESP). Exatamente em razão dos seus efeitos benéficos aos trabalhadores em geral, os Projetos de Lei para regulamentação da terceirização que deram origem às Leis nº. 13.429/2017 e 13.467/2017 receberam o apoio de centrais sindicais, como a Força Sindical (*“Plenária da força sindical apoia regulamentação da terceirização”*, disponível em <<http://fsindical.org.br/plenarias-da-forca-sindical/plenaria-da-forcasindical-apoia-regulamentacao-da-terceirizacao>>, acesso em 07/11/2016) e a União Geral dos Trabalhadores (*“UGT defende lei que discipline terceirização”*, disponível em <<http://www.ugt.org.br/index.php/post/6587-UGT-defende-lei-que-discipline-terceirizacao>>, acesso em 07/11/2016). À vista de todas as considerações até aqui apresentadas, tem-se que as premissas subjacentes à proibição inserta na Súmula nº 331 do TST simplesmente não resistem ao mais leve escrutínio de suas premissas empíricas. Admitir a concepção peculiar dos dispositivos constitucionais construída pela Corte Trabalhista, nesse panorama, é defender que a realidade deve se curvar às teses elaboradas por juristas, não o contrário. Semelhante postura não se coaduna com a humildade judicial que deve informar o comportamento dos Tribunais, notadamente quando envolvida restrição gravíssima a liberdades fundamentais constitucionalmente protegidas. Como bem ressaltou o Professor da Universidade de Harvard Cass Sunstein, *“se Tribunais supervisionarem o mercado de trabalho, será impossível ter um mercado de trabalho”* (*“If courts are going to oversee the labor market, it will be impossible to have a labor market”*. SUNSTEIN, Cass R. “Against Positive Rights Feature”. In: 2 *East European Constitutional Review* 35, 1993). Ressalte-se, derradeiramente, que o critério criado pela referida Súmula, baseado na divisão entre atividades-meio e fim, gera divergências entre os próprios juízos obreiros no que concerne às hipóteses de terceirização por eles autorizadas. Em pesquisa elaborada pela ex-Presidente da Associação Brasileira de Direito e Economia (ABDE) e professora do Insper-SP Luciana Yeung,

constatou-se que não há qualquer uniformidade na jurisprudência da Justiça do Trabalho sobre quais categorias de atividades seriam consideradas “meio” para fins de ilicitude da terceirização. Concluiu a estudiosa que o “regramento normativo existente sobre a questão da terceirização da mão de obra está longe de gerar orientações claras e segurança jurídica”, que a “pacificação não está acontecendo com o passar do tempo” e que as “justificativas dos magistrados para defender ou atacar a terceirização são praticamente idiossincráticas” (YEUNG, Luciana. “*Terceirização de Mão de Obra no Brasil: para quê a PL 4.330/2004?*”. Disponível em: <<http://www.cedes.org.br/downloads.html>>). Por essas razões, além do déficit democrático e das deficiências nos fundamentos de fato invocados pelos órgãos *a quo*, a orientação proibitiva, ante a falta de parâmetros objetivos, gera nefasta insegurança jurídica para empresas e trabalhadores. Como proponente da regra proibitiva, competia à Corte de origem demonstrar inequivocamente as premissas empíricas por ela assumidas, não bastando o recurso meramente retórico a interpretações de cláusulas genéricas da Constituição, como a dignidade humana (art. 1º, III), o valor social do trabalho (art. 1º, IV), a proteção da relação de emprego contra despedida arbitrária (art. 7º, I) ou a busca do pleno emprego (art. 170, VIII). Não sendo a seara adequada para adoção de decisões puramente políticas, aquele Tribunal assume o ônus ainda maior de comprovar, com grau de certeza virtualmente insuperável, que a conduta por ele proibida causa danos a todos os trabalhadores, formais e informais, sem produzir qualquer benefício social em contrapartida. No entanto, apurações criteriosas, mediante técnicas universalmente aceitas pela comunidade científica, permitem concluir em sentido diametralmente oposto – longe de “precarizar”, “reificar” ou prejudicar os empregados, a terceirização está associada a inegáveis benefícios aos trabalhadores em geral, como a redução do desemprego, diminuição do *turnover*, crescimento econômico e aumento de salários. Igualmente, não se sustenta a afirmativa de fraude, por tratar-se a terceirização de técnica aplicada pelas mais valiosas e modernas empresas do mundo, cuja importância é reconhecida tanto nas ciências econômicas quanto na literatura de Administração. Aplicando-se a já referida “lei epistêmica do sopesamento”, para utilizar a nomenclatura de Alexy, é necessário afastar a regra proibitiva em exame, ante a debilidade das premissas empíricas em que se baseia a intervenção. Conclui-se ante todo o exposto que, mesmo no período anterior à edição das Leis nº. 13.429/2017 e 13.467/2017, a prática da terceirização já era válida no direito brasileiro, independentemente dos setores em que adotada ou da natureza das atividades contratadas com terceira pessoa. A Súmula nº. 331 do TST é inconstitucional, por violação aos princípios da livre iniciativa (artigos 1º, IV, e 170 da CRFB) e da liberdade contratual (art. 5º, II, da CRFB). Por conseguinte, até o advento das referidas leis, em 31 de março e 13 de julho de 2017, respectivamente, reputam-se hígidas as contratações de serviços por interposta pessoa, na forma determinada pelo negócio jurídico entre as partes. A partir do referido marco temporal, incide o regramento determinado na nova redação da Lei n.º 6.019/1974, inclusive quanto às obrigações e formalidades exigidas das empresas tomadoras e prestadoras de serviço. [...] *Ex positis*, dou provimento ao recurso extraordinário para reformar o acórdão recorrido e julgar integralmente improcedente a Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público do Trabalho em face da ora recorrente, propondo a fixação da seguinte tese: “*É lícita a terceirização ou qualquer outra forma de divisão de trabalho entre pessoas jurídicas distintas, independentemente do objeto social das empresas envolvidas, mantida a responsabilidade subsidiária da empresa contratante*”. É como voto.

Ação	Objeto e tema	Relator do acórdão/nº de páginas (inteiro teor)	Data do julgamento	Resultado
------	---------------	---	--------------------	-----------

<p>ADI nº 3.961 e ADC nº 48</p>	<p>“Lei federal nº 11.442/2007, que dispôs sobre o transporte rodoviário de cargas. A norma disciplina, entre outras questões, a relação comercial, de natureza civil, existente entre os agentes do setor, permitindo a contratação de autônomos para a realização do Transporte Rodoviário de Cargas (TRC) sem a configuração de vínculo de emprego”</p>	<p>Ministro Luis Roberto Barroso</p> <p>60 páginas</p>	<p>Sessão virtual de 3 a 14 de abril de 2020.</p>	<p>“ ‘O Tribunal, por maioria, julgou improcedente o pedido formulado na ação direta e firmou a seguinte tese: “1 – A Lei nº 11.442/2007 é constitucional, uma vez que a Constituição não veda a terceirização, de atividade-meio ou fim. 2 – O prazo prescricional estabelecido no art. 18 da Lei nº 11.442/2007 é válido porque não se trata de créditos resultantes de relação de trabalho, mas de relação comercial, não incidindo na hipótese o art. 7º, XXIX, CF. 3 – Uma vez preenchidos os requisitos dispostos na Lei nº 11.442/2007, estará configurada a relação comercial de natureza civil e afastada a configuração de vínculo trabalhista’, nos termos do voto do Relator, vencidos os Ministros Edson Fachin, Ricardo Lewandowski e Rosa Weber, que julgavam procedente a ação, e o Ministro Marco Aurélio, que não admitia a ação direta. Não participou deste julgamento, por motivo de licença médica no início da sessão, o Ministro Celso de Mello (art. 2º, § 5º, da Res. 642/2019) [...]”</p>
---------------------------------	--	--	---	--

- **Trechos do voto do Ministro Luis Roberto Barroso**
p.20- 22

[...]

16. Nessa linha, no que respeita à compatibilidade entre a terceirização e as normas constitucionais, deve-se lembrar que a Constituição de 1988 consagra a *livre iniciativa* e a *livre concorrência* como valores fundantes da ordem econômica (CF/1988, art. 1º c/c art. 170, caput e inc. IV). De acordo com tais princípios, compete aos particulares a decisão sobre o objeto de suas empresas, sobre a forma de estruturá-las e sobre a estratégia para torná-las mais competitivas, desde que obviamente não se violem direitos de terceiros. Não há na Constituição norma que imponha a adoção de um único modelo de produção e que obrigue os agentes econômicos a concentrar todas as atividades necessárias à consecução de seu

negócio ou a executá-las diretamente por seus empregados. 17. A Lei nº 11.442/2007, por sua vez, previu as figuras da empresa de transporte rodoviário de cargas (ETC) e do transportador autônomo de cargas (TAC). E estabeleceu que o TAC pode ser contratado diretamente pelo proprietário da carga ou pela ETC. A norma autorizou, portanto, de forma expressa, que a empresa transportadora de cargas terceirizasse a sua atividade-fim, por meio da contratação do transportador autônomo. 18. A decisão sobre a forma de estruturar e contratar o transporte de cargas está inserida na estratégia empresarial da ETC. A ETC pode entender, por exemplo, que seu diferencial está na gestão do serviço de transporte, e não na sua execução direta propriamente. Nesse caso, poderá concentrar esforços na gestão da atividade e subcontratar a sua execução. Pode decidir executar o transporte em algumas regiões e optar por subcontratar o transporte para outras. Pode, ainda, valer-se da contratação do TAC em períodos de pico de demanda, em que não disponha de motoristas em número suficiente. 19. Do mesmo modo, o proprietário de carga, que opte por gerenciar a distribuição dos seus produtos, pode valer-se de motoristas empregados para distribuí-los. Pode executar parte do transporte e terceirizar parte. Pode concluir que é mais eficiente terceirizar integralmente a atividade de transporte. Trata-se, igualmente, de estratégia empresarial do proprietário da carga. 20. Note-se, ademais, **que as categorias previstas na Lei nº 11.442/2007 convivem com a figura do motorista profissional empregado, prevista no art. 235-A e seguintes da CLT [24]**. O TAC constitui apenas uma alternativa de estruturação do transporte de cargas. Não substitui ou fraudula o contrato de emprego. 21. É válido observar, igualmente, que as normas constitucionais de proteção ao trabalho não impõem que toda e qualquer relação entre o contratante de um serviço e o seu prestador seja protegida por meio da relação de emprego. Há alguma margem de conformação para o legislador ordinário. Não bastasse isso, ainda que se utilizassem os parâmetros da própria Consolidação das Leis do Trabalho, o transportador autônomo de carga não se configuraria como empregado. 22. De acordo com o art. 3º da CLT[25], a relação de emprego caracteriza-se pelos seguintes elementos: (i) onerosidade, (ii) nãoeventualidade, (iii) pessoalidade e (iv) subordinação. A Lei nº 11.442/2007 prevê duas modalidades distintas de TAC. O TAC-agregado e o TACindependente. O TAC-agregado, nos termos do art. 4º, §1º, da Lei nº 11.442/2007, dirige o próprio serviço e pode prestá-lo diretamente ou por meio de preposto seu, por expressa determinação legal. Não estão presentes, portanto, na relação com o contratante, os elementos da pessoalidade e da subordinação. O TAC-independente presta serviços em caráter eventual. Portanto, em nenhum dos dois casos haveria relação de emprego nem mesmo à luz dos critérios da CLT. 23. Por fim, é importante ter em conta, ainda, que a Lei 13.467/2017 (Lei da Reforma Trabalhista) autorizou expressamente a terceirização da atividade principal da empresa (art. 4º), na mesma linha do que já havia feito a norma objeto desta ação. Desse modo, tudo indica que a norma em exame é não apenas constitucional, mas compatível com o sentido em que o ordenamento infraconstitucional parece avançar[26]. Na mesma linha, o Supremo Tribunal Federal proferiu decisão, nos autos da ADPF 324, reconhecendo a compatibilidade da terceirização de toda e qualquer atividade – inclusive da atividade-fim – com a Constituição [...] 24. Diante do exposto, concluo, alinhadamente com precedente deste Supremo Tribunal Federal indicado acima, que a Constituição não veda a terceirização das atividades-fim. Ao contrário, o princípio constitucional da livre iniciativa assegura às empresas a formulação das suas próprias estratégias empresariais. No caso do transporte de carga, a possibilidade de terceirização da atividade-fim é, ademais, inequívoca porque expressamente disciplinada na Lei nº 11.442/2007. Não há que se falar na inconstitucionalidade da norma, uma vez que a Constituição também não impõe a proteção de toda e qualquer prestação remunerada de serviços mediante a configuração de relação de emprego.

Ação	Objeto e tema	Relator do acórdão/nº de páginas (inteiro teor)	Data do julgamento	Resultado
Referendo na Medida Cautelar na ADI nº 6.363	Medida Provisória nº 936/2020 (arts. 7º, 8º, 9º, 11 e 12). Redução de jornada e salários por acordo individual entre empregado e empregador durante o estado de calamidade pública pela pandemia de Covid-19	Ministro Alexandre de Moraes (Redator para o acórdão) Ministro Ricardo Lewandowski (relator originário) 162 páginas	17 de abril de 2020	“O Tribunal, por maioria, negou referendo à medida cautelar, indeferindo-a, nos termos do voto do Ministro Alexandre de Moraes, Redator para o acórdão, vencidos o Ministro Ricardo Lewandowski (Relator), que deferia em parte a cautelar, e os Ministros Edson Fachin e Rosa Weber, que a deferiam integralmente. Ausente, justificadamente, o Ministro Celso de Mello. Presidência do Ministro Dias Toffoli”

- **Trechos do voto do Ministro Alexandre de Moraes**
p. 39-44

[...] Por isso, como vetores de interpretação entendo não só o art. 7º, VI, mas os arts. 1º e 3º, ao trazerem os fundamentos da República. E mais do que isso - aqui me parece um diferencial do que foi colocado em algumas sustentações orais -, há também necessidade de se interpretar essa medida provisória com base no Capítulo II do Título II da Constituição Federal. O próprio *caput* do art. 6º prevê o trabalho como direito social absolutamente fundamental e garantidor da dignidade da pessoa humana. E, a partir da proclamação do trabalho como direito social fundamental, o art. 7º traz os demais direitos dos trabalhadores, mas sempre focado na existência de trabalho. Essa medida provisória teve como razão maior os efeitos econômicos e sociais que a pandemia do covid-19 já vem trazendo e ampliará. Alguns deles: grande desemprego, falta de renda, perigo à subsistência dos empregados e seus familiares. A partir dessa causa para se editar a medida provisória, a sua finalidade é a manutenção do emprego. Aqui, a ideia da MP é a manutenção do emprego. Vimos já de início várias empresas que - e aqui às vezes a prática e o discurso lamentavelmente são incompatíveis - vinham discursando a favor da manutenção do emprego mandando milhares de trabalhadores embora, assim que a crise começou. Então, a ideia da medida provisória foi fornecer uma opção proporcional e garantidora do trabalho, mas proporcional entre empregado e empregador. As razões e as finalidades pretendidas pela medida provisória, pergunto eu, foram contrárias àqueles fundamentos e objetivos fundamentais da República que acabei de enunciar? Contrariaram o mandamento constitucional de que o trabalho é o principal direito social do trabalhador, *caput* do art. 6º? Parece-me que não. A ideia foi dar uma possibilidade para que, de um lado, durante esse período - e é importante salientar que a medida provisória é muito específica, durante o estado de calamidade e por 90 dias -, o empregado terá garantia de manutenção do seu emprego, mesmo que com uma redução proporcional de salário, proporcional às horas trabalhadas, e haverá uma complementação do Poder Público. É o cálculo a ser feito, a partir do equivalente do seguro desemprego. Mas com a garantia - e isso é importante destacar - de que, após esses 90 dias, após o pior momento social e econômico da pandemia, ele continuará empregado. É melhor que haja o desemprego agora, porque aqui

a proporcionalidade entre empregado e empregador foi permitir também a inúmeros, milhares de empresários, que consigam manter as suas empresas e, conseqüentemente, manter os seus empregados durante esse período. Ontem, mesmo, foi anunciado pela Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo que, calculada as notas fiscais emitidas no mês de março em relação ao mês de março do ano passado, já houve um decréscimo de atividade comercial de 25%. Então, é óbvio que, se houve esse decréscimo, uma das primeiras medidas tomadas por alguns empregadores, às vezes, lamentavelmente, seria demitir. Para se evitar a demissão, houve a possibilidade desse acordo. E o acordo em si não foi impugnado nem afastada a possibilidade de acordo pela cautelar concedida pelo eminente Ministro-Relator. Aqui, o que se analisa é: uma vez feito o acordo escrito exigido pela medida provisória entre empregado e empregador, imediatamente se diminui a carga horária, diminui-se proporcionalmente o salário, a retribuição pecuniária, e entra uma complementação por parte do Estado. Essa complementação é estimada, vejam Ministras e Ministros, pelo Ministério da Economia em 51,2 bilhões de complementação do benefício emergencial para preservação de 24,5 milhões de empregos. No início, eu falei 50 milhões de empregos, na verdade, acabei confundindo com o valor dos bilhões. É 51,2 bilhões o custo estimado do valor emergencial em complementação à redução proporcional salarial do empregado, para preservação de 24,5 milhões de empregos. Esse programa emergencial estabelece algo semelhante - isso foi dito longamente durante as sustentações orais - com o seguro desemprego, com custos distribuídos entre o Estado e os empresários para beneficiar ou, pelo menos - eu tiraria até o verbo beneficiar -, para reduzir, para atenuar os problemas ao trabalhador. A previsão desse acordo de redução proporcional da jornada de trabalho e de salário dos empregados é excepcional, é temporária, pois só pode ser aplicada neste período de 90 dias, durante o estado de calamidade pública. E repito: a *ratio* da norma é a manutenção do trabalho. É uma opção ao desemprego. É a valorização da manutenção desse direito social - trabalho - e, conseqüentemente, com a complementação do Poder Público, que, se não chega a 100%, mantém uma renda mínima aos trabalhadores durante este período e mantém a possibilidade de continuarem ocupando licitamente o seu trabalho, mantendo a dignidade e a aquisição de renda para si e para a sua família, ao invés de uma geração gigantesca de desemprego que poderia ocorrer e, passados esses três meses, continuariam desempregados. É um período de acomodação e de manutenção também das próprias empresas, do empreendedor, para que ele possa continuar mantendo os empregos. Neste momento de crise aguda que nós temos na saúde pública, com essas fortíssimas repercussões sociais e econômicas, parece-me absolutamente constitucional e razoável a possibilidade de acordo individual escrito entre empregador e empregado, visando a redução proporcional da jornada de trabalho e de salário, com - obviamente - a complementação salarial por parte do Poder Público, esses 51,2 bilhões. Não só para garantir e manter renda aos trabalhadores, mesmo que haja uma diminuição - repito, porque aqui me parece o binômio mais importante -, mas também para garantir a perpetuação do vínculo empregatício para além da pandemia, evitando a quebra de inúmeras empresas. Obviamente, aqui - e isto precisa ser salientado - será uma opção do próprio empregado. O trabalhador pode não querer aceitar essa redução proporcional, receber o auxílio emergencial para esses três meses e ter a garantia da permanência no seu emprego depois. Ele pode não aceitar e aí, em caso de eventual demissão, receberá o auxílio-desemprego, mas é uma opção lícita, razoável, proporcional que se dá ao próprio empregado. Ele tem o direito de querer manter o seu emprego, de manter, durante esse período, a sua renda, que garante a sua subsistência e a da sua família. Essa medida emergencial, nos termos como foi colocada, a meu ver, pretendeu e conseguiu compatibilizar os valores sociais do trabalho, perpetuando o vínculo trabalhista, com a livre iniciativa. Ou seja, mantendo, mesmo que abalada pela crise, a saúde financeira da empresa, tentando manter a sobrevivência da empresa, de maneira a garantir também após a pandemia a geração de empregos. Lamentavelmente, a alternativa a essa hipótese para milhares de empresas no território nacional é a demissão, que - repito - já vem ocorrendo em diversas localidades, agravando o fator social durante a crise de saúde pública. É um dos grandes problemas que não só economistas do mundo todo, mas também profissionais da área de saúde pública vêm

chamando de segunda onda. Uma segunda onda da pandemia seriam os reflexos sociais e econômicos. Essa medida provisória, que permite ao empregado uma opção e garante uma parceria entre o empregador, que paga proporcionalmente, e o Poder Público, que injeta 51,2 bilhões na economia, pretende atenuar os efeitos dessa segunda onda. Essa medida provisória, a meu ver, não tem como objetivo prever uma hipótese específica de redução salarial, sobre a qual incidiria, de forma única e específica o art. 7º, VII, da Constituição Federal. Não, o objetivo não foi prever hipóteses de redução salarial. O objetivo foi estabelecer mecanismos de preservação do emprego e da renda do trabalhador. Por isso é que, como vetores de interpretação, o art. 1º, o art. 3º, o *caput* do art. 6º me parecem mais importantes do que uma leitura, uma interpretação meramente literal e restrita do art. 7º, VI. E por que isso? Não se pretende aqui, nos termos do art. 7º, VI, reduzir, permanentemente, a partir de um conflito entre empregado e empregador, os salários. E essa é a *ratio* da norma prevista no art. 7º, VI. Quando o art. 7º, VI, estabelece que a redutibilidade salarial só é possível com acordo ou convenção coletiva, prevê a normalidade, a regra onde há uma divergência entre os interesses do empregado e dos empregadores, ou seja - e toda doutrina trabalhista e a jurisprudência trabalhista assim apontam -, a norma se aplica quando prevê a real existência de conflito coletivo de trabalho, ou seja, um conflito entre empregados e empregadores, e aí há necessidade e obrigatoriedade da participação dos sindicatos. Aqui não existe conflito. Aqui existe a necessidade de uma convergência, a convergência pela sobrevivência, a convergência pela sobrevivência da empresa, do empregador e do empregado, com o auxílio do governo. Sem o auxílio do governo e sem essa convergência de interesses de empregado e empregador, as empresas não sobreviverão a esse período de pandemia. Ou muitas, principalmente as micro, pequenas e médias empresas, não sobreviverão. Consequentemente, nós teremos um desemprego em massa. O Brasil já começou com 12,5 milhões de desempregados, antes do início da pandemia - há cálculos mais pessimistas, outros mais otimistas -, se não houver o auxílio governamental, como vem começando, e não houver um pacto entre empregados e empregadores, poderá terminar essa pandemia, nos próximos dois, três meses, com um número de desempregados entre 25 e 30 milhões. Ou seja, é algo inadmissível e gerará um conflito social gigantesco. Então, aqui, insisto: afasto a incidência estrita do art. 7º, VI, porque não há conflito coletivo, não se pretende tão somente reduzir o salário. Não! Pelo contrário, pretende-se manter o trabalho, manter o emprego, uma convergência, e precisa de um acordo escrito entre empregado e empregador, e recebe também uma complementação por parte do Poder Público. Volto a insistir: qual seria aqui a possibilidade além dessa? O desemprego, o desemprego com consequências catastróficas, a meu ver. Agora, dentro da interpretação desse binômio que coloquei - manutenção do trabalho e renda para a subsistência do empregado e, do outro lado, sobrevivência da própria atividade empresarial, com uma injeção de 51,2 bilhões de reais do Poder Público para diminuição dos duros reflexos sociais e econômicos da crise gerada pela pandemia, se nós colocarmos a necessidade de um verdadeiro "referendo" por parte dos sindicatos, se nós colocarmos como uma condição resolutive o sindicato inaugurar, após oficiado em 10 dias, o sindicato iniciar uma convenção coletiva ou para referendar, concordar com aquilo, estender a possibilidade aos demais, ou não aceitar - e um dos *amici curiae* juntou em memorial uma manifestação de um sindicato do Estado de Minas Gerais, já dizendo, desde o início, que aquele sindicato não aceitará nenhum acordo, aquele sindicato não aceitará nenhuma redução proporcional -, então, se admitirmos como condição resolutive a participação do sindicato, nós vamos ter três possibilidades, sendo que, dessas três possibilidades, só uma, a meu ver, com todo o respeito às posições contrárias, só uma não afetará a segurança jurídica e a boa-fé de empregados e empregadores. A única que não afetará a segurança jurídica e a boa-fé é o caso de o sindicato, eventualmente, concordar com o que foi feito: concordou, não há necessidade de complementação salarial e não há necessidade de recálculo do benefício dado pelo governo. Se o sindicato tiver essa possibilidade como condição resolutive de dizer "não concordo, os acordos não são válidos", o empregador terá que complementar os salários e o empregado terá que devolver o benefício que ele recebeu do Estado? Um, dois, três meses? Veja, qual a segurança jurídica que o empregador terá para

fazer esses acordos, podendo, daqui 15, 20, 30 dias, um mês, dois meses, ou até no final dos três meses, podendo ter que complementar, e complementar como, se as horas trabalhadas não foram as horas integrais? A boa-fé dos participantes estará combalida, a segurança jurídica estará prejudicada. Parece-me, então, que a medida provisória não trouxe como condição resolutive a participação dos sindicatos; a medida provisória trouxe a necessidade de comunicação aos sindicatos. Obviamente, o sindicato poderá não só, a partir dessa comunicação verificar se deve estender aos demais, ou pelo menos indicar uma extensão aos demais, eventuais vícios formais, os vícios de consentimento, isso sempre será possível, uma anulação. Mas, no mérito, tirando os requisitos legais, formais, no mérito, aqui, a medida provisória, o que fez foi apostar na boa-fé, na convergência entre empregados e empregadores para a manutenção da atividade empresarial, mesmo que diminuindo a sua produtividade, e para a manutenção do emprego, do trabalho, a manutenção proporcional com uma complementação. A exigência de que só se torne um ato jurídico perfeito com a concordância do sindicato, ou mesmo a possibilidade de o sindicato alterar esse acordo feito individualmente, a meu ver, geraria enorme insegurança jurídica e, conseqüentemente, diminuiria sensivelmente a eficácia dessa medida emergencial, podendo aumentar o desemprego não só nesse momento, mas, na sequência, com o fechamento de inúmeras empresas. A temporariedade e a excepcionalidade da medida, que é destinada - repito - a manter empregos e a atividade econômica nacional, a proporcionalidade, porque há uma redução remuneratória com redução da carga horária, além da complementação parcial por parte do Poder Público, e a finalidade maior da medida provisória de preservar o vínculo trabalhista e a renda do trabalhador para a sua subsistência, para a subsistência da sua família, estão, a meu ver, em absoluta consonância com uma proteção social ao emprego, ao trabalho, a proteção à dignidade da pessoa humana, o respeito aos valores sociais do trabalho e à livre iniciativa.

- **Trechos do voto do Ministro Luis Roberto Barroso**
p. 64-68

[...] A Medida Provisória nº 936, esta que está aqui em exame, institui o Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e Renda. É medida provisória que integra amplo conjunto de atos normativos editados pelo Estado brasileiro, para fazer frente a essa grave crise sanitária, econômica e humanitária, representada pela COVID-19 e pela velocidade de sua expansão. É uma legislação emergencial extremamente complexa, que tem normas de alcances diferentes, incidentes sobre diversas áreas do Direito. Há normas de direito sanitário ou medidas sanitárias, há normas de caráter econômico - inclusive de ajuda emergencial a setores econômicos e a pessoas que precisam de assistência social -, há normas tributárias - com diferimentos e exonerações nos pagamentos de tributos -, há outras normas trabalhistas para além dessa medida provisória e, mesmo em matéria penal, o Conselho Nacional de Justiça editou recomendações sobre a maneira pela qual os juízes, sobretudo de execuções penais, devem lidar com este fenômeno. Presidente, esse conjunto normativo, nessa variedade de áreas do Direito, a meu ver, constitui delicada engenharia de intervenções estatais, pensadas por médicos sanitaristas, economistas, financistas, gestores públicos e profissionais do Direito que os assistiram. Gostaria de destacar que aqui há um conjunto relevante de juízos técnicos e de viabilidade econômica feitos por especialistas de diferentes segmentos da vida do País. Penso que a complexidade dessas matérias, o entrelaçamento entre esses diferentes setores da vida brasileira e os riscos do tipo de impacto que intervenções judiciais podem causar sobre essa realidade recomendam, a meu ver, elevado grau de autocontenção do Poder Judiciário. Autocontenção a significar uma dose substancial de deferência para com as decisões tomadas por pessoas que têm expertise nos específicos domínios em que editada essa legislação ou esse conjunto de legislação. Além disso, Presidente, também recomendando a autocontenção, há a circunstância de que estamos

lidando com medida provisória submetida à apreciação do Congresso Nacional. Ainda haverá, acerca dela, juízos políticos a serem feitos pelo órgão de representação política da sociedade brasileira, inclusive com margem a negociação e atenuações daquilo aqui previsto. Acho que a autocontenção se impõe, porque não podemos correr o risco de errar nesse momento difícil, complexo e grave que estamos vivendo. Se houve juízos e expertise já feitos, e se há juízo político em curso, acho que devemos ter substantiva cautela em interferir nessa matéria. Considero importante ter em conta os limites das capacidades institucionais do Poder Judiciário. Não se trata de interpretação em abstrato, mas de interpretação que deve levar em conta juízes, juízos factuais e prognósticos feitos por pessoas que têm habilitação diferente da nossa. Dito isso, Presidente, estabeleci a premissa da autocontenção. Na sequência do meu voto, procurei estabelecer o que estamos decidindo, quais princípios norteiam minha visão, uma breve descrição do quadro geral de pandemia, uma identificação da legislação em vigor em múltiplas áreas, uma legislação interconectada, tudo isso a recomendar, a meu ver, uma dose relevante de autocontenção por parte deste Tribunal. Está aqui em questão, Presidente, o tema da negociação coletiva. Já tive oportunidade de ressaltar, aqui mesmo no Tribunal, a importância da negociação coletiva. De fato, diante da assimetria entre empregador e empregado, diante da desigualdade intrínseca de poderes entre empregador e empregado, a negociação coletiva não é entre empregado e empresa, mas entre sindicato patronal e sindicato dos empregados. É sim uma alternativa importante, frequentemente a melhor alternativa, para que se definam as regras das relações de trabalho. Devo dizer que, sob meu ponto de vista, nesta matéria, o ideal, o desejável, é que as negociações coletivas se estabeleçam na maior extensão possível. Não posso deixar de concordar e de louvar o Ministro Ricardo Lewandowski quando exalta o papel das negociações coletivas e sua importância na proteção do empregado, sobretudo, na relação com o empregador, quando o poder econômico, maior nível de informação e poder potestativo de demissão dão ao empregador posição muito mais favorável na negociação. Porém, feito o registro de que considero importante a negociação coletiva, a verdade é que há grande heterogeneidade de sindicatos. Suas múltiplas deficiências, que todos nós conhecemos, exibem, de forma muito visível, incapacidade para realizar, a tempo e a hora, com proficiência e probidade, a chancela de milhões de acordos de suspensão ou de redução de jornada no volume que se exigirá. Constatamos aqui uma impossibilidade material, uma impossibilidade prática, que salta aos olhos, a meu ver e com todo o respeito de quem pense diferentemente. Salta aos olhos de quem tem olhos de ver que não há estrutura sindical no Brasil, neste momento, capaz de atender, a tempo e a hora, as demandas de urgência de redução de jornada e de suspensão de contratos de trabalho. Assim, se der esse protagonismo aos sindicatos, inexoravelmente, as empresas vão optar pelo caminho mais fácil, que é o da demissão - que, como observou o Ministro Alexandre de Moraes, já vêm acontecendo em grande quantidade. As empresas vão terminar escolhendo o caminho mais fácil da demissão do que o caminho mais tormentoso de ficar na dependência da intervenção dos sindicatos nesse contexto. Aqui, Presidente - já me encaminho para o fim -, penso que a própria lei, a própria medida provisória, cuidou de estabelecer colchões de proteção social para coibir eventual comportamento abusivo das empresas nesse contexto. Estou convencido de que a Medida Provisória nº 439 já embutiu nela a percepção de que haveria grande dificuldade de negociação coletiva de milhares de acordos e, conseqüentemente, já estabeleceu - ela própria - um conjunto de regras protetivas, justamente para impedir comportamento abusivo do empregador. Vejam, Vossas Excelências, as regras protetivas estabelecidas pela Medida Provisória nº 936, relativamente à redução da jornada de trabalho e da remuneração. Primeiro, há prazo máximo para essa redução, que é de noventa dias. Segundo, nesse período, fica assegurada a garantia no emprego, portanto, nesse prazo de noventa dias, o empregado não pode ser demitido e nos noventa dias subsequentes, tampouco. A Medida Provisória assegurou uma estabilidade provisória. Além

disso, a Medida Provisória assegurou a preservação do valor da hora trabalhada. Você pode reduzir a jornada, mas, como regra geral, o limite estabelecido para o valor da hora ficará preservado. Além disso, no caso de redução, fica assegurada reposição do percentual descontado, ou seja, aquilo que o empregador reduzir eventualmente no salário do empregado, pela redução da remuneração ou da jornada, será compensado pelo benefício emergencial de preservação do emprego, no mesmo percentual da redução. É verdade que tendo por base de cálculo o valor do seguro-desemprego, mas, se se reduzir 25% da remuneração, o empregado terá 25% do seguro-desemprego pago pelo Estado. Há intervenção estatal para minimizar essa perda, já prevista na legislação e, ademais, para assegurar a garantia do salário mínimo. Além disso, a Medida Provisória também tem característica que considero importante de preservação dos hipossuficientes, dos mais vulneráveis e dos que ganham menos. O que se prevê nessa Medida Provisória? Os acordos individuais somente se aplicam: I - a empregados que ganham até R\$ 3.155 (três mil cento e cinquenta e cinco reais), três salários mínimos. Por que se limitou aos empregados que ganham até R\$ 3.155 (três mil cento e cinquenta e cinco reais) em princípio? Porque estes serão os menos afetados. Como a compensação paga pelo Estado, no caso de redução da remuneração, tem como base o seguro-desemprego e como o seguro-desemprego vai de um salário mínimo de R\$ 1.045 até R\$ 1.813 - essa vai ser a base de cálculo - , com a reposição estatal, a perda desses empregados de menor remuneração é relativamente pequena, proporcionalmente pequena. Acho que a normatização não foi indiferente com aqueles trabalhadores que ganham menos - a grande maioria, que ganham até três salários mínimos. Ademais, a possibilidade de acordos individuais para redução de jornada e de salário se aplica também aos empregados de nível superior que ganhem mais que R\$ 12.202,00, mais do que o dobro do maior benefício da previdência. Esses trabalhadores não são hipossuficientes. Quem ganha mais de R\$12.000,00 tem capacidade própria de negociação, tem capacidade até mesmo de ter um advogado para a negociação - sempre lembrando que é acordo, o empregado pode não concordar com o acordo. Apenas, em determinadas empresas, ele, possivelmente, sujeita-se ao risco de demissão, mas a demissão sempre seria possível. Aliás tudo o que estamos falando aqui constitui esforço para evitar a demissão. Mas, vejam Vossas Excelências, a medida provisória prevê a possibilidade de acordo individual para quem ganha até R\$ 3.155,00 e para quem ganha acima de R\$ 12.000,00. Todos os demais trabalhadores seguirão a regra da negociação coletiva, portanto a legislação pinçou os que sofrerão menor impacto e impactou aqueles que têm melhor condição, inclusive, na própria negociação. A grande maioria, que ganha entre R\$ 3.155,00 e R\$12.000,00, continuará protegida pela negociação coletiva. O mesmo se aplica, mais ou menos, nos casos de suspensão do contrato de trabalho: prazo máximo de sessenta dias; garantia de emprego; preservação dos benefícios; recebimento do benefício emergencial pago pelo Estado - variando um pouco em função do faturamento da empresa -; garantia do salário mínimo; e, de novo, critérios que diferenciam os hipossuficientes dos mais favoráveis. Relembrando: a regra geral continuará a ser a negociação coletiva. Portanto, Presidente, fecho meu voto. Acho que temos uma situação emergencial, extraordinária, com risco de quebra sucessiva de empresas e de desemprego em massa. Penso que a interpretação constitucional não pode ser indiferente a esta realidade. Penso, ademais, que essa medida provisória se insere em conjunto normativo que envolve equações econômicas, financeiras, sanitárias, trabalhistas e tributárias complexas, e que mexer em uma peça do tabuleiro pode gerar efeitos sistêmicos imprevisíveis. A interpretação constitucional precisa aqui ser feita à luz da realidade fática [...].

- **Trechos do voto do Ministro Luiz Fux**
p. 97-103

[...]

Como aqui foi destacado, o Direito não vive apartado da realidade. Então, quer a escola do Realismo Jurídico ou a escola Hermenêutica Brasileira, capitaneada por Carlos Maximiliano, nós estamos diante de um quadro excepcional, de um Direito excepcional, e que se interpreta com essa excepcionalidade que ele encerra. Tanto é que se trata de um ato normativo que traz no seu bojo o germe da sua própria extinção. De sorte que nós não estamos no quadro de normatividade usual, mas em um quadro de normatividade excepcional. Nesse primeiro momento, o papel da jurisdição constitucional, conforme destacado pelo Ministro Luís Roberto Barroso, efetivamente deveria ser decidir e não decidir, porque na falta *expertise*, experiência, e capacidade institucional daqueles segmentos científicos que elaboraram essa medida em tempo recorde. Entretanto, é imperiosa a palavra do Supremo Tribunal Federal, na medida que se elege, como *causa petendi*, a violação de direitos constitucionais. Sob esse ângulo, é muito importante que nós tenhamos em mente a essência da Medida Provisória nº 936. E o que dispõe essa medida? Ela institui um programa emergencial de manutenção do emprego e da renda diante desse estado de calamidade pública e de emergência de saúde pública internacional, decorrente do covid-19. Tanto quanto que se pôde depreender do voto extremamente esmerado do ilustre Relator, Ministro Ricardo Lewandowski – que defendeu, com a profundidade que lhe é peculiar, todos os seus pontos de vista -, ficou bem claro que a preocupação é a possibilidade da lavratura desses acordos individuais entre empregador e empregado, sem a interferência dos sindicatos. Então, uma questão simples que se põe é se pode o empregado ser tutelado pelo sindicato e fazer o seu acordo. Ora, a realidade prática determina que, neste momento, o que nós temos é uma convergência de manifestações de vontade. Tanto empregados quanto empregadores pretendem essa estratégia neste momento tão delicado. Assim o é que, segundo informações de hoje, praticamente três milhões de empregados e empregadores engendraram esse acordo. E por que o fizeram? Fizeram exatamente na tutela dos empregos, na manutenção dos empregos, não desconhecendo o quadro de pandemia, que acabou gerando efeitos colaterais não só sobre as relações empregatícias, mas também sobre o aspecto da ordem econômica e a manutenção das empresas. E, ontem, aqui, foi colocado com muita clareza que onde não há empresas, onde as empresas vão à bancarrota, não há empregos. E nos faz assistir a um quadro muito mais gravoso do que aquele que assistimos recentemente, ou seja, pelas previsões trazidas pelo Ministro Alexandre de Moraes, de doze milhões de desempregados, nós podemos vir a assistir a um quadro sem retoques, trágico, de trinta milhões de desempregados. Nesse momento, estimulados pela medida provisória - e é nesse particular que eu afirmo que a lei e a liberdade, a qual, em regra, às vezes, escraviza, podem libertar -, empregador e empregados inauguraram a melhor forma de solução de potenciais litígios por meio dessa conciliação, porque de há muito já se assentou que a conciliação otimiza os relacionamentos sociais e as relações empregatícias. Mas há também um detalhe muito importante em relação a essa condicionante de participação de sindicato. É que, historicamente, essa interferência pressupunha interesses divergentes. O que nós estamos assistindo agora são interesses convergentes de empregados e empregadores no afã da manutenção dos empregos, evitando um gravíssimo problema social, mercê da crise econômica que se abate nessas empresas que carregam esses empregos. Eu entendo que essa liberdade e autonomia, à luz do realismo jurídico, como assentava o justice Oliver Holmes, de Massachussets, não podem ser abandonadas. Esse realismo jurídico deve impregnar a nossa interpretação e exegese dos dispositivos constitucionais. Em primeiro lugar, porque o art. 7º assenta que são direitos dos trabalhadores, dentre outros, o seguro desemprego, salário mínimo, previdência social, piso salarial e a irredutibilidade do salário. Então, do texto constitucional, depreende-se que é possível a redutibilidade dos salários e a higidez de todos esses negócios que já foram empreendidos, remetendo-se, conforme a lei, a *posteriori*, esse documento para os sindicatos. O segundo fundamento é que nós não podemos olvidar que a reforma trabalhista trouxe, no seu bojo, um novo cunho ideológico em relação às entidades sindicais, não só porque o art. 8º da Constituição Federal dispõe que é livre a associação sindical, como também a reforma trabalhista, à luz das experiências

práticas, concluiu exatamente que os sindicatos não estavam cumprindo os seus desígnios maiores, estabelecidos pela Constituição Federal. Eu rememoro, conforme destacado pelo Ministro Edson Fachin na ADI 5.794, que o Plenário do Supremo Tribunal Federal destacou, na ementa do seu acórdão, algumas críticas procedentes contra a atuação sindical, que ora se pretende estabelecer como uma condicionante desses acordos individuais tão eficientes para os empregados. E, nessa ação direta de inconstitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal plasmou que a reforma trabalhista tem como objetivo combater o problema da proliferação excessiva de organizações sindicais do Brasil, que, na sua essência, conglomeram inúmeros trabalhadores, mas não alcançam exatamente aquelas aspirações por eles pretendidas. Tanto é assim que, no inciso XII do acórdão do Plenário do Supremo Tribunal Federal, destacou-se que o engajamento notório de entidades sindicais em atividades políticas, lançando e apoiando candidatos, conclamando protestos e mantendo estreitos laços com partidos políticos, faz com que a exigência de financiamento de atividades políticas com as quais os indivíduos não concordam, por meio de contribuições compulsórias a sindicatos, configure violação à garantia fundamental da liberdade de associação e da liberdade de expressão. E, naquela oportunidade, o Supremo Tribunal Federal calçou-se em julgados emblemáticos da Suprema Corte Americana, no caso *Janus v. American Federation* e também no caso *Abood v. Detroit Board of Education*. Então, verifica-se que a remessa dessas convenções pretendidas por ambas as partes ao sindicato não visa a que os sindicatos possam propiciar modificações daquilo que foi engendrado. Até porque isso representaria, por via reflexa, uma sinalização de severa judicialização desses acordos, gerando aquilo que a Constituição promete como ideário da nação: a segurança jurídica. Então, esses acordos individuais engendrados no momento em que vivemos essa tragédia dessa pandemia, foram arquitetados de maneira singular e devem ser mantidos na sua total higidez. E, por outro lado, foi colocado um paradoxo. Ou seja, os empregadores têm duas alternativas: ou fazem esses acordos individuais, no afã de manter os empregos e impedir um gravíssimo problema social; ou, então, eles não fazem o acordo e, em um cálculo atuarial, resolvem demitir em massa, fazendo com que assistamos, por força de uma decisão judicial sem contenção, a um quadro irretocável de tragédia humana, com milhões de desempregados acrescentando aos que já ocorriam ao mercado informal antes do surgimento dessa pandemia. Ora, se o sindicato, hoje, pela reforma trabalhista, não interfere no mais, que é a rescisão do contrato de trabalho, a despedida do empregado; como é que pode ser obrigatório o sindicato interferir em um acordo que empregado e empregadores estão consensualmente travando? O sindicato não pode ser mais realista que o rei. E a realidade está aí para quem quiser ver. De sorte que, no meu modo de ver, respeitadas as opiniões em contrário, o sindicato não pode fazer nada, absolutamente nada, que supere as vontades das partes. Porque, desde priscas eras, a transação extrajudicial tem força de coisa julgada. E ainda que ela possa ser rescindível, só pode ser rescindível pelas pessoas que participaram dessa transação. E eu reitero que esses acordos estão sendo tão benéficos que até o dia de hoje quase 3 milhões já foram engendrados. Eu corroboro, de tantos quantos assentaram, que a interpretação constitucional deve ser levada a efeito exatamente à luz do realismo jurídico e da razoabilidade. E, quando aduzo a razoabilidade, destaco aqui, em um voto que farei juntar a *posteriori*, as medidas compensatórias dessa medida provisória. Então, vejam: ela prevê que as medidas de redução proporcional de salários e horário de trabalho serão sempre acompanhadas do pagamento de benefício emergencial custeado com recursos da União, de modo a garantir que o trabalhador mantenha a renda, no mínimo, igual ao que teria no gozo do seguro desemprego, caso fosse despedido. E mais: a medida provisória estabelece prazos extremamente exíguos de vigência de medidas de redução salarial (90 dias), suspensão do contrato de trabalho (60 dias) - inclusive houve uma outra medida provisória revogando a suspensão, prevendo expressamente a sua cessação no caso de cessação do estado de calamidade - ou seja, ela traz em si o germe da sua existência. Por fim, ela prestigia a negociação coletiva, na medida em que admite a efetivação da redução salarial e da suspensão do contrato por acordo individual apenas nas hipóteses específicas enumeradas no art. 12 - e, com toda vênua, respeito a opinião da Ministra Rosa Weber, que é *expert* no assunto, no tema, como Ministra

ex-integrante do Tribunal Superior do Trabalho, mas que enxerga aqui uma violação ao princípio da isonomia. De sorte que, hoje, não só esses aspectos, mas o mundo jurídico reclama por segurança jurídica. E se nós não temos capacidade institucional para analisarmos a fundo a arquitetura que foi engendrada nessa medida provisória, nós temos uma vigília consciente e constante sobre a necessidade de o Judiciário e a jurisdição constitucional, através do Supremo Tribunal Federal, oferecerem a segurança jurídica de saber se as pessoas podem ou não elaborar esse contrato individual sem a necessidade de intervenção do sindicato. Foi sugerida uma questão interessante sobre qual seria o papel do sindicato. É claro, os sindicatos têm um papel importante, os sindicatos, malgrado as críticas, podem equalizar as partes, mas a verdade é que os sindicatos, à semelhança de demais outros órgãos, registram o histórico da vida do trabalhador. O Supremo Tribunal Federal, quando declara, *incidenter tantum*, a inconstitucionalidade da lei, ele manda avisar o Senado. Mas o Senado não pode desfazer aquilo que o Supremo fez. Uma pessoa falece e tem o seu atestado de óbito, que é remetido ao Registro Civil, que não pode também infirmar aquele atestado de óbito. E os sindicatos recebem essa manifestação de vontade consensual dos empregados e dos empregadores para manter ali o histórico da existência trabalhista do seu sindicalizado. Eu, com todas as vênias, entendo que uma interpretação diferente dessa *exegese* e que imponha necessariamente uma participação condicionante do sindicato, além de gerar insegurança jurídica, incide em uma proteção deficiente, viola a valorização dos empregos e, *a fortiori*, incide naquilo que o Supremo cognominou de vedação ao retrocesso. Os documentos internacionais que foram lavrados após a pandemia não se referem a essa miudeza a que chegou o Direito brasileiro numa boa hora. Na verdade, esses documentos transnacionais, diante da pandemia, suplicam é que não haja sacrifício dos trabalhadores e, conseqüentemente, não eliminem os empregos. E foi exatamente isto que o Brasil fez: a tempo e hora, editou medidas de proteção do emprego e do empregado. E nós não podemos ir na contramão, sob pena de incidirmos numa proteção absolutamente ineficiente, num retrocesso sem possibilidade de se ter a complacência de qualquer um, quer do mercado empregador, quer do segmento dos empregados [...].

- **Trechos do voto do Ministro Gilmar Mendes**
p. 150-153

[...] Como já se demonstrou, o legislador da MP foi bastante cauteloso. Tomou todas as medidas que poderia tomar, não sendo possível depreender qualquer lesão ao princípio da proporcionalidade. Fez as distinções que poderia fazer. É claro que esse texto ainda estará sujeito a aperfeiçoamento perante o Congresso Nacional, mas, é um esforço que se faz para que não haja o esgarçamento e a destruição do sistema produtivo e que os empregos sejam preservados. Justiça se faça ainda ao ordenamento jurídico brasileiro, a fim de que nós não nos esqueçamos que a ideia de força maior já constava da CLT, admitindo situações excepcionais e essas normas nunca foram contestadas. O ordenamento jurídico nacional já dispunha de instrumentos voltados a situações de imprevisibilidade econômico-social, na seara trabalhista, em casos de força maior (v.g. catástrofes e surtos epidemiológicos, a exemplo do Covid-19), a saber: [...] São medidas que estão em vigor há mais de setenta anos e, ultrapassados trinta anos de promulgação da atual Constituição, nunca tiveram sua recepcionalidade questionada em ação de controle concentrado de constitucionalidade. De outro lado, não estou a confirmar a integralidade de sua recepção pela atual ordem constitucional, mas que, em momentos de tensionamento dos pilares democráticos e sobrecarga das instituições sociais estabelecidas pelo mercado, o cenário econômico-social que se avizinha não pode ser olvidado. Em boa medida, repito, as disposições da medida provisória questionada buscam a manutenção do emprego, concedendo as seguintes alternativas: teletrabalho; antecipação de férias individuais; concessão de férias coletivas; aproveitamento e a antecipação de feriados; banco de horas; suspensão de exigências administrativas em segurança e saúde no trabalho; direcionamento do trabalhador para qualificação (revogado pela MP 927/2020); e diferimento do recolhimento do Fundo de

Garantia do Tempo de Serviço – FGTS. Portanto, foram instituídas medidas adicionais, em complemento àquelas dispostas no art. 7º da Constituição Federal, para tentar minimizar os impactos socioeconômicos da atual pandemia, sempre com vistas à manutenção do emprego. Então, é nesse contexto, no que já foi demonstrado pelos votos que seguiram a divergência do Min. Alexandre de Moraes e, em certa forma, também pelo eminente Ministro Relator, que trouxe a informação de que milhões de acordos já foram assinados, portanto, valendo-se dessa solução criativa deste pensamento de possibilidades. Assim, colocar em xeque isto agora representaria verdadeira *summum ius, summa iniuria*. O Ministro Relator assentou ainda que, talvez, quando do julgamento do mérito desta questão, ele pudesse se abalar a acompanhar os votos do Min. Fachin e da Min. Rosa Weber. Infelizmente, contudo, é bem provável que, até o julgamento de mérito desta ação, milhares de trabalhadores já tivessem perdido o emprego. À semelhança do que aduzia em relação ao contexto fático que permeava o julgamento da ADC 9, entendo que a Corte realmente precisa dar uma resposta firme a essa questão jurídica aqui e agora. Mais uma vez reconhecendo e cumprindo o Advogado-Geral da União pelo bem elaborado texto, o qual ainda é suscetível de aperfeiçoamento, entendo que o Direito Constitucional de crise não pode negar validade a essa norma, sob pena de, querendo proteger, acabarmos matando os doentes. E os doentes aqui são muitos, são as empresas, os trabalhadores e o sistema econômico em si. Com essas considerações, subscrevo na íntegra a divergência iniciada com o voto do Min. Alexandre de Moraes [...].

- **Trechos do voto do Ministro Marco Aurélio**
p. 155

[...] As medidas provisórias mencionadas visaram, acima de tudo, como já ressaltado pelos Colegas que votaram indeferindo a tutela de urgência, a preservação dos empregos, a viabilização da continuidade das relações jurídicas envolvendo tomadores e prestadores de serviço. A crise notada não podia esperar a atuação do Brasil cartorário, com a submissão de acordos individuais aos sindicatos que congregam as categorias profissionais. Há três dias, Presidente, li artigo no jornal "O Globo", de José Pastore, no qual ressaltado que não se pode somar aos quinze milhões de desempregados outros quinze milhões. Evidentemente, o empregador, diante do risco de caminhar para a morte civil, a falência, chegaria, não houvesse a possibilidade de acordar diretamente, à dispensa dos prestadores de serviços. Afirmo que a Medida Provisória em jogo visou, acima de tudo, a preservação dos vínculos. Teve presente haver a crise alcançado o meio empresarial. E o que houve? Houve a observância da autodeterminação dos empregados, que poderão optar pela preservação da fonte do próprio sustento, pelo emprego, ou rompimento do vínculo empregatício. Versou-se, na Medida Provisória, a redução proporcional, mediante acordo – autodeterminação do empregado –, da jornada e do respectivo salário. Não se cogitou de ato individual do tomador dos serviços, mas de ajuste a ser formalizado por empregado e empregador, não se colocando o empregado como verdadeiro tutelado do ramo sindical a que integrado. Tive ação direta de inconstitucionalidade que versou essa mesma matéria e caminhei no sentido do indeferimento da liminar. Não posso adotar dois pesos e duas medidas e assentar que não se poderia ter ajuste envolvendo jornada e salário, envolvendo suspensão temporária do contrato de trabalho como também redução salarial [...].

Ação	Objeto e tema	Relator do acórdão/nº de páginas (inteiro teor)	Data do julgamento	Resultado

ADI nº 5.685	Declaração de inconstitucionalidade da Lei 13.429, de 31 de março de 2017, que altera dispositivos da Lei 6.019, de 3 de janeiro de 1974, sobre trabalho temporário em empresas urbanas e sobre relações de trabalho em empresas de prestação de serviços a terceiros.	Ministro Gilmar Mendes 112 páginas	16 de junho de 2020	"O Tribunal, por maioria, julgou improcedente o pedido formulado na ação direta, nos termos do voto do Relator, vencidos os Ministros Marco Aurélio, Edson Fachin, Ricardo Lewandowski e Rosa Weber [...]"
--------------	--	---------------------------------------	---------------------	--

- **Trechos do voto do Ministro Gilmar Mendes**
p. 29-39

[...]

Inicialmente, é preciso destacar que o tema em questão encerra múltiplas facetas, fazendo com que o problema seja, em grande medida, muito mais sociológico do que jurídico. É quase desnecessário enfatizar o valor do trabalho para a atividade humana. Por conseguinte, a sua regulação por meio do Direito do Trabalho assume a mesma importância. Sendo assim, de início, convém salientar que da pretensão de releitura do trabalho, do mercado e do direito do trabalho não resulta uma fragilização e uma precarização desses temas. Para a compreensão do problema e seus reais consectários, impõe-se uma breve digressão, sem a pretensão de retorno aos modelos econômicos fundados, por exemplo, na escravidão e na servidão. Tradicionalmente, a atividade desenvolvida por agentes econômicos, que ora chamamos de empregadores, sempre foi centralizada, ou seja, as etapas produtivas transcorriam internamente, arcando as empresas não só com todos os custos operacionais e de infraestrutura, como também de gestão. Esse modelo de produção convencionou-se chamar *fordismo*. É nesse contexto que se assenta a pedra fundamental do Direito do Trabalho: a relação de emprego. E, enquanto perdura o império do modelo fordista, também as instituições clássicas do Direito Trabalho desenvolvem-se e consolidam-se. No entanto, o modelo de internalização das etapas produtivas passa a ceder espaço para um modo descentralizado, externalizado, de produção. Na verdade, os novos modos de produção são só mais um viés das revoluções culturais pelas quais temos passado com uma frequência assustadora. É, portanto, no contexto desses “*tempos líquidos*”, na expressão cunhada por Zygmunt Bauman, que devemos discutir o problema. Como assevera o autor, vivemos a passagem de uma fase “sólida” para uma fase “líquida” de modernidade, em que “*as formas sociais (estruturas que limitam escolhas individuais, instituições que guardam repetições de rotinas, padrões de comportamento aceitáveis) não podem mais (e não se espera isso delas) manter o seu formato por muito tempo, porque elas se decompõem e derretem mais rapidamente do que o tempo necessário para moldá-las*”. (Zygmunt Bauman, *Liquid Times, e-book*, tradução livre) Para admitirmos que os ares socioeconômicos são completamente diversos daqueles em que se assentaram as bases principiológicas do Direito do Trabalho, basta observar que a maior empresa de transportes do mundo não tem um carro sequer, e a maior empresa de hospedagem do mundo também não dispõe de um único apartamento. Refiro-me aos paradigmáticos *Uber* e *Air B&B*, ambos fundados em economia colaborativa e na descentralização da atividade econômica entre diversos agentes mercadológicos. Ronald Coase, responsável pela inserção da ideia de “*custos de transação*” na teoria da atividade empresarial e do mercado, assevera que: [...] Sendo assim, a atuação da “*firma*” pautar-se-á

inevitavelmente no sentido que se revelar menos oneroso do ponto de vista dos custos de transação: sendo a internalização menos onerosa, esta será a via eleita pela firma, sendo a externalização menos onerosa, é por ela que a firma conduzirá seus negócios. No entanto, é preciso lembrar que essa é uma premissa econômica, que não leva em consideração o fator de liberdade que a empresa tem para se conduzir por um ou por outro caminho (internalização vs. externalização). No nosso sistema jurídico, não há, de fato, essa liberdade, ou seja, a empresa não conseguirá se conduzir de acordo com os custos de transação trazidos pelo mercado em si. Isso porque encontram no Direito mais um vetor de ampliação de custos. Como preleciona Fernando Hugo Miranda: [...] Ou seja, as empresas são chamadas a financiar um determinado modelo de estado que traz consigo inúmeros custos que extrapolam a lógica do mercado em si mesma. É óbvio que a imposição, por parte do Estado, no sentido da internalização da cadeia produtiva resulta na mitigação da liberdade de iniciativa. E mais: onera empresas que, num contexto moderno, passam a adotar uma estratégia econômica que reduz “a extensão de sua organização econômica hierarquizada, sem, contudo, reduzir a extensão do mercado econômico que ocupam”. (*Idem. Ibidem.*) Impende destacar, ainda, que, nesse cômputo dos custos de transação, a eficiência é um dado significativo. É que a externalização transfere etapas da produção para outros agentes que normalmente são especializados naquela específica etapa produtiva. A terceirização é justamente um consectário desse modelo descentralizado, externalizado. E, se as bases socioeconômicas são outras, é inevitável que tenhamos que conformar a disciplina em torno delas. [...] Seja sob a epígrafe de terceirização, *outsourcing* ou *Auslagerung*, o tema está na pauta do dia no cenário mundial. Aliás, é inevitável abordar a questão sob o prisma das inúmeras reformas trabalhistas realizadas ao redor do mundo, fundadas, em grande medida, na necessidade de flexibilização das relações trabalhistas. E os resultados são majoritariamente positivos. A título ilustrativo, cito a pesquisa feita por Ives Gandra da Silva Martins Filho, que demonstra os avanços de diversas reformas trabalhistas no mundo em termos de redução das taxas de desemprego: “**Alemanha** Taxa de desemprego antes da reforma: 9,8%/ Taxa de desemprego depois da reforma: 5,7%; **Espanha** Taxa de desemprego antes da reforma: 23,3%/Taxa de desemprego depois da reforma: 17,8%; **França** Taxa de desemprego antes da reforma: 10,1%/Taxa de desemprego depois da reforma: 9,5%; **Itália** Taxa de desemprego antes da reforma: 11,5%/Taxa de desemprego depois da reforma: 11,1%; **Portugal** Taxa de desemprego antes da reforma: 16,8%/Taxa de desemprego depois da reforma: 9,8%”. (Ives Gandra da Silva Martins Filho, *A Reforma Trabalhista no Brasil*, p. 13. Seria temerário concluir que a redução das taxas de desemprego em tais países se deve unicamente à flexibilização, mas desconsiderar tais números seria igualmente insensato. E, falando em números, trago também dados da Organização Internacional do Trabalho a respeito da fuga para a informalidade. De acordo com a OIT, no cenário latino-americano, a parcela de trabalhadores informais cresceu pelo terceiro ano consecutivo, atingindo 32.2% em 2017. Estima-se que em 2018 tenhamos – na América Latina, repita-se – 91 milhões de trabalhadores informais. (OIT, *World Employment Social Outlook: Trends 2018*, p. 17) No Brasil, em 2017, o trabalho sem carteira assinada e “por conta própria” superou o emprego formal. E, interessantemente, a ligeira redução da taxa de desemprego se deu em razão do crescimento do trabalho informal e do desenvolvimento do comércio. (IBGE, *Informalidade e comércio contribuem para queda no desemprego*, disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-denoticias/noticias/19163-informalidade-e-comercio-contribuem-paraqueda-no-desemprego>) Ou seja, aqui não se trata de optarmos entre um modelo de trabalho formal e um modelo de trabalho informal, mas entre um modelo com trabalho e outro sem trabalho; entre um modelo social utópico, como tão frequentemente nos alertou Roberto Campos, e um modelo em que os ganhos sociais são contextualizados com a realidade. A informalidade é um claro indicativo de que os agentes de mercado, não apenas empresas, mas também os trabalhadores, estão migrando para a margem do sistema super-regulado que construímos. Nesse sentido, o Banco Mundial, em relatório sobre políticas de redução da informalidade, destaca que: [...] Portanto, o que se observa no contexto global é uma ênfase na flexibilização das normas trabalhistas. É temerário ficar alheio a esse inevitável movimento de globalização

do fenômeno produtivo, que faz com que empresas tenham etapas de sua produção espalhadas por todo o mundo, a exemplo de gigantes como a Apple, a Dell, a Boeing e a AirBus, cujos modelos e experiências já foram aqui apresentados da tribuna ou nos votos até aqui proferidos. Assim, se a Constituição Federal não impõe um modelo específico de produção, não faz qualquer sentido manter as amarras de um modelo verticalizado, fordista, na contramão de um movimento global de descentralização. Isolar o Brasil desse contexto global seria condená-lo à segregação econômica. Não se trata aqui de fazer uma ode à informalidade e um *requiem* das garantias trabalhistas, muito pelo contrário. A flexibilização passa necessariamente por ajustes econômicos, políticos e jurídicos, que resultarão no aumento dos níveis de ocupação e do trabalho formal, que, por conseguinte, trará os desejáveis ganhos sociais. Portanto, é nessa balança entre o ideal – por vezes ideológico e utópico – e o real que o problema se coloca.

[...]