

VEREDITO

BOLETIM JURÍDICO AGOSTO/SETEMBRO DE 2013 Nº 15

PUBLICAÇÃO DA FEDERAÇÃO DO COMÉRCIO DE BENS, SERVIÇOS E TURISMO DO ESTADO DE SÃO PAULO

FECOMERCIO/SP

Sesc

Senac

Aqui tem
a presença
do comércio



PÁGINA 5 FATO EM ANÁLISE

O ENTENDIMENTO CONSOLIDADO, SEJA POR MEIO DE SÚMULA, SEJA POR MEIO DE ORIENTAÇÕES JURISPRUDENCIAIS, DEVE OCORRER SOMENTE APÓS VASTA DISCUSSÃO SOBRE DETERMINADO TEMA

PÁGINA 8 VISÃO

JOSÉ PASTORE FAZ UMA ANÁLISE SOBRE O ESTABELECIMENTO DE LEIS TRABALHISTAS MAIS BRANDAS NA RELAÇÃO ENTRE EMPREGADORES E EMPREGADOS NO PAÍS

SÚMULAS DO TST E IMPACTOS NA LEGISLAÇÃO TRABALHISTA

AS SÚMULAS DO TST E OS IMPACTOS PROFUNDOS NO DIREITO DO TRABALHO

O SISTEMA CONSTITUCIONAL BRASILEIRO PERMITIRIA A ATUALIZAÇÃO INDIRETA DO DIREITO ATRAVÉS DE SÚMULAS?



BREVE HISTÓRICO

PROMULGAÇÃO DE LEIS, EDIÇÃO DE SÚMULAS E O ORDENAMENTO DO SISTEMA JURÍDICO NO PAÍS

O BRASIL É UM PAÍS CUJO SISTEMA JURÍDICO TEM SUAS RAÍZES NO DIREITO ROMANO, QUE PRECONIZA A SEGURANÇA JURÍDICA POR MEIO DE REGRAS FORMAIS, GERAIS E ABSTRATAS QUE SE APLICAM AOS CASOS OCORRIDOS DURANTE SUA VIGÊNCIA. A CONSTITUIÇÃO FEDERAL REFORÇA ESSA MENSAGEM, REGISTRANDO EM FORMA DE CLÁUSULA PÉTREA QUE *NINGUÉM SERÁ OBRIGADO A FAZER OU DEIXAR DE FAZER ALGUMA COISA SENÃO EM VIRTUDE DE LEI* (INCISO II, ART. 5º).

POIS BEM, EMBORA A MAIORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SACRAMENTADOS NA CONSTITUIÇÃO PAREÇA INATINGÍVEL, FATO É QUE SUTIS ALTERAÇÕES OCORRIDAS NO COTIDIANO, INOBTANTE SEREM TOTALMENTE JUSTIFICÁVEIS, RESTAM POR ABALAR POUCO A POUCO ALGUNS PILARES DA DEMOCRACIA.

DAS RECENTES INTERCORRÊNCIAS DO DIREITO BRASILEIRO, MENCIONAREMOS NESTA PUBLICAÇÃO ALGUMAS ALTERAÇÕES TRAZIDAS AO DIREITO DO TRABALHISTA ATRAVÉS DA EDIÇÃO DE SÚMULAS PELO COLENDO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO.

COM A NOBRE INTENÇÃO DE ATUALIZAR O CENÁRIO LEGISLATIVO TRABALHISTA, BASICAMENTE CONCENTRADO NA CLT DE 1943, O PODER JUDICIÁRIO APARENTEMENTE FEZ VISTAS GROSSAS AO PROCESSO LEGISLATIVO FORMAL, CRIANDO NOVAS REGRAS ABSTRATAS – RETROATIVAS E DE APLICAÇÃO GERAL – QUE SALPICARAM DE POLÊMICA O MOVIMENTADO DIA A DIA DA JUSTIÇA TRABALHISTA NO PAÍS.

O DIREITO DO TRABALHO E SUA RECENTE POLÊMICA – A ATUALIZAÇÃO DA CLT ATRAVÉS DE SÚMULAS

Qualquer brasileiro com conhecimentos medianos sobre a atual legislação trabalhista sabe sobre a urgência de uma reforma geral. O diploma principal utilizado é a CLT, que exaustivamente explorada ao longo destes 50 anos, praticamente implora por sua aposentadoria.

Mas o tempo é implacável e corre independentemente de a coragem aflojar no legislador brasileiro. Fatos novos acontecem e o Judiciário, desprovido do auxílio do irmão Legislativo, se vê muitas vezes obrigado a espremer ao máximo o suco da legislação trabalhista para atender às novidades que lhe são apresentadas.

Algumas situações são resolvidas a contento pelo Judiciário, pois têm base já fixada na legislação, dando margem à interpretação meramente evolutiva. Outras, ao contrário, ficam relegadas à aplicação de princípios gerais ou, ainda, têm sua tutela jurisdicional recusada por falta de embasamento sólido (já que a Justiça do Trabalho deve, entre outros, resolver controvérsias *na forma da lei*, cf. inciso IX do art. 111 – CF).

O cotidiano do Judiciário Trabalhista, portanto, é grandemente afetado pela ausência de atuação eficaz do Poder Legislativo, que muitas vezes queda-se inerte ou até mesmo retroage, por interesses meramente eleitoreiros.

Neste contexto de insuficiência de legislação atualizada, assuntos impor-

tantes vêm encontrando outra via (que não a legislativa) para modernização, sendo esclarecidos e – de certa maneira – até modificados pela concatenação de entendimentos das súmulas editadas pelo Tribunal Superior do Trabalho.

Referidas súmulas têm sua previsão em documentos esparsos, como no § 3º do art. 869 da CLT, art. 476/479 do CPC e art. 159 e seguintes do Regimento Interno do TST (Resolução Administrativa nº. 1295/2008). Todos os dispositivos mencionados indicam de modo claro que a súmula é, objetivamente, *um instrumento para uniformização de jurisprudência do tribunal*.

Dessa forma, se a competência principal da Justiça do Trabalho resume-se em resolver controvérsias decorrentes das relações do trabalho *na forma da lei*, as súmulas – como mecanismos para uniformização dessas soluções – também encontram limites na própria lei.

Ocorre que nos últimos anos, novas regras têm nascido diretamente de súmulas exaradas pelo TST. Tais dispositivos, que deveriam servir como ferramentas de uniformização de jurisprudência, têm extrapolado suas finalidades, sob a justificativa de necessidade de modernização da legislação para a proteção ampla do trabalhador.

Então, pergunta-se: será que esse modelo de criação de regras jurídicas trabalhistas está em consonância

com o padrão constitucional brasileiro para a formação do Direito?

Aparentemente não. Os motivos sobejam e serão vistos em detalhes, a seguir:

1. Só lei obriga. Como mencionado na introdução, um dos pilares inafastáveis do Estado Democrático de Direito é o princípio da *reserva legal* (inciso II, art. 5º – CF). Só a lei, em sentido formal, tem a propriedade para impor novas obrigações ao cidadão. Assim, se a lei não prevê expressamente que determinado tipo de contrato de trabalho pode surtir certos efeitos naturais de outros tipos de contratos, não há base constitucional para ampliar essa interpretação. Isso porque, para que o empregador possa organizar-se financeiramente com relação aos funcionários, é imprescindível que ele saiba, antecipadamente, quais serão as regras aplicáveis a cada tipo de colaborador (empregados comuns, temporários, terceirizados, aprendizes...). Criar novidades no curso dos contratos por outras vias que não a legislação, precedida da devida *vacatio legis*, pode soar como inversão injusta das regras “durante pleno jogo”.

2. A Justiça do Trabalho só tem autorização da Constituição para criar regras nos dissídios coletivos de natureza econômica quando as partes não chegam ao acordo, conforme

prevê o § 2º do art. 114 – CF. Ou seja, apenas em relação aos dissídios coletivos de natureza econômica haveria a exceção ao princípio processual da limitação do julgamento ao pedido das partes. Portanto, criar um “melhor direito” nos dissídios individuais está fora da competência constitucional outorgada aos tribunais trabalhistas. Ademais, o instrumento sumular objetiva consolidar a jurisprudência e, como tal, jamais poderia trazer novidades ao mundo do Direito. Destarte, o argumento teórico de que as súmulas do TST não teriam efeito vinculante é pura ilusão, pois a prática forense denuncia que decerto serão utilizadas como fundamentos para contadores, profissionais de RH e, provavelmente, por juízes e partes oponentes nos processos.

3. Lacuna legal difere da inexistência de direito. Uma coisa é a legislação quedar-se silenciosa/omissa a respeito de uma situação não prevista. Isso geralmente ocorre com circunstâncias advindas da dinâmica social em constante evolução. Nesses casos, a lei civil prevê a possibilidade de utilização da analogia, princípios gerais de direito e equidade (art. 4º do Decreto-lei 4657/1942, anteriormente conhecido como *Lei de Introdução ao Código Civil*). Hipótese totalmente diferente é a inexistência proposital de determinados direitos a situações previamente conhecidas. O exemplo clássico é a condição do empregado doméstico, cujo contrato não é nenhuma novidade social e carece de nova legislação para ter ampliação em seus direitos. Assim, se não há previsão de direitos para algumas situações,

como as tratadas nas Súmulas nº 244 e nº 378 – hipóteses sociais contemporâneas da edição da CLT de 1943 –, não há qualquer base jurídica para interpretações extensivas.

4. Ainda que sob a louvável justificativa de atualizar o Direito, a utilização de súmulas para esse fim representa clara interferência entre os Poderes, contrariando tanto o art. 2º, como o art. 22 da Constituição Federal. É inconcebível que inquietações sejam criadas nas relações trabalhistas e sindicais em função de novos entendimentos do Judiciário que, tendo ou não essa intenção, inegavelmente criou novos direitos. Ora, uma coisa é a prolação de decisão isolada – com efeitos entre as partes – que determine (em razão de necessidade provada nos autos) o prolongamento da vigência do instrumento coletivo excepcionalmente enquanto não for finalizado novo documento. Outra, bem diferente, é a determinação geral – via súmula – de que para todos os casos e categorias, as cláusulas das convenções/dissídios anteriores são considerados incorporados aos contratos de trabalho enquanto não houver novo instrumento (cf. Súmula nº 277). A diferença entre as situações é gritante, em especial porque esse entendimento sumular, embora não vinculante, é aparentemente contrário à teleologia do § 3º do art. 614 da CLT, originário de criação legítima do Poder Legislativo.

5. Se é verdade que o desenvolvimento econômico será fundamentado na busca pela redução das desigualdades sociais e pelo pleno emprego (incisos VII e VIII do art. 170–CF), também é fato que este

deve garantir a livre-iniciativa, a concorrência e o tratamento favorecido às empresas de pequeno porte (*caput* e incisos IV e IX do art. 170–CF). Logo, verifica-se que as interpretações insculpidas nas novas súmulas do TST trazem evidente desequilíbrio entre os princípios elencados, golpeando o empreendedorismo e agravando o pesado ônus já imposto pela legislação vigente. Vale lembrar, igualmente, que o microempresário (aproximadamente 90% das empresas brasileiras) também é considerado hipossuficiente perante a lei e, por isso, jamais poderia ser surpreendido com novidades sumulares que impeçam seu acesso ou sua continuidade no mercado. Em um país que urge de reforma trabalhista para a ampliação do emprego e para o desenvolvimento econômico, aumentar o fardo sobre os ombros do empresário parece bem contraditório. —



LEGISLAR ATRAVÉS DE SÚMULAS PODE GERAR EFEITOS INDESEJADOS

DISCRIMINAÇÃO INDIRETA E INÉRCIA SINDICAL SÃO CONSEQUÊNCIAS VISLUMBRADAS

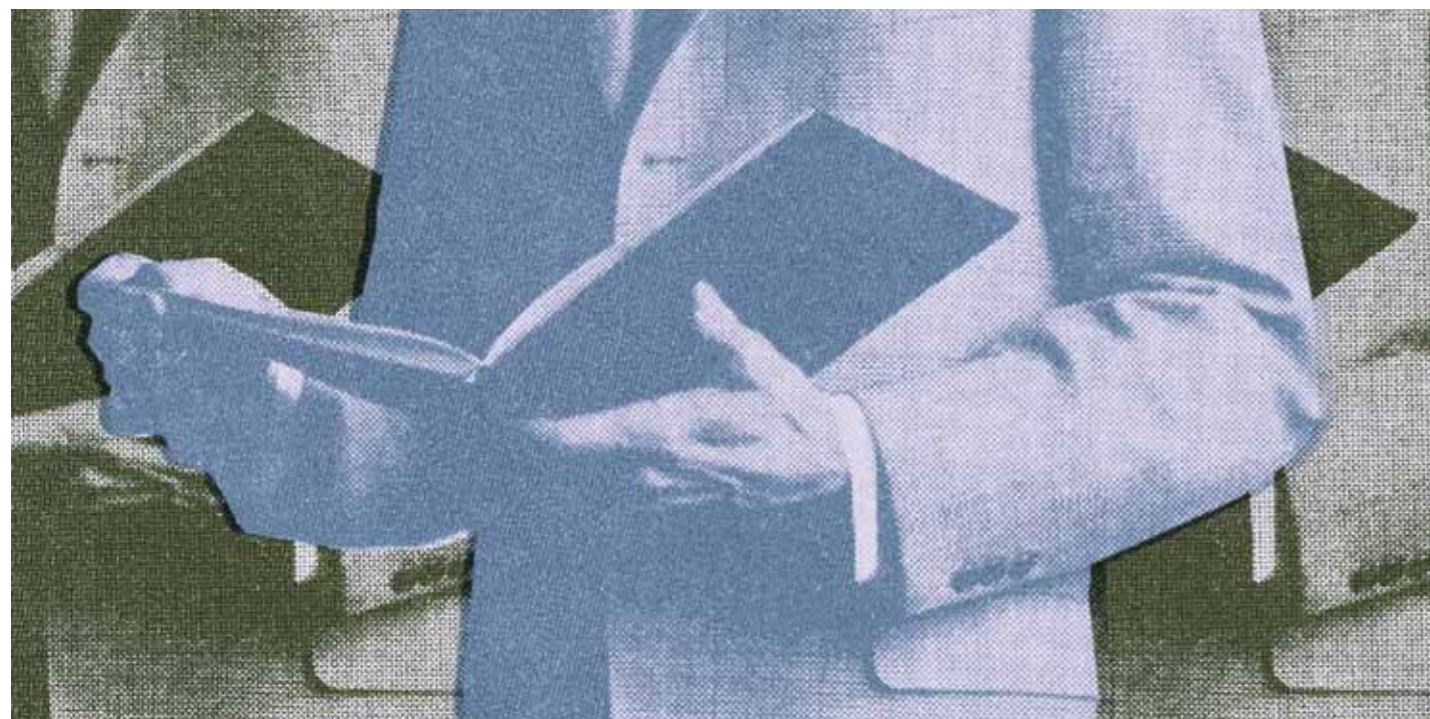
Considerando que a construção de entendimento consolidado – seja por meio de súmula, seja por meio de precedentes, seja por meio de orientações jurisprudenciais – deva ocorrer somente após vasta discussão sobre determinado tema, parece-nos que em algumas situações o exercício pelo Judiciário (de poderes legiferantes) pode gerar efeitos absolutamente contrários aos fins esperados.

As súmulas expedidas pelo TST, como reforçado pela melhor doutrina, caracterizam-se como instrumentos de trabalho para o magistrado, possibilitando a celeridade da prestação jurisdicional. Em outras letras, a fonte sumular é mecanismo de uniformização de jurisprudência utilizado para desafogar o Poder Judiciário, evitando que demandas sobre a mesma matéria

amontoem-se nos tribunais. A Súmula nº 333 confirma essa instrumentalidade, vedando a interposição de recurso de revista quando a questão já estiver superada por iterativa, notória e atual jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho.

Ocorre que, para que a sedimentação de matéria por meio de súmula – a ponto de torná-la barreira para o acesso à Justiça, deve haver amplo debate, bem como apreciação de quantidade considerável de casos idênticos, para que o tribunal assegure-se que o entendimento formalizado encontrará guarida entre os julgadores e seja bem recebido pela doutrina, trazendo paz social ao mundo jurídico.

Contudo, recentemente essa estrutura necessária à consolidação sumular parece ter ficado no campo



teórico e a paz social foi postergada às esperanças futuras. Haja vista as radicais alterações promovidas pelo TST em setembro de 2012 em algumas de suas súmulas que, em vez de provocarem a pacificação de entendimentos, geraram inquietações entre operadores do Direito em geral.

Outrossim, três das súmulas nascidas em 2012 merecem especial destaque, seja pela ausência de histórico de legitimação, seja pelo debate maior sobre o tema, seja pelos efeitos negativos causados. Comentaremos, a seguir, a Súmula nº 244, que dispõe sobre a estabilidade provisória à gestante; a Súmula nº 378, que trata da estabilidade em razão de acidente de trabalho; e, por fim, a Súmula nº 277, que trata da ultratividade das normas coletivas de trabalho.

Inicialmente a alteração dada ao item III da Súmula nº 244 representa retrocesso jurídico, além de um provável incentivo à discriminação ao trabalho da mulher e a seu acesso ao mercado de trabalho. *In verbis*: Súmula nº 244 (...) III – A empregada gestante tem

direito à estabilidade provisória prevista no art. 10, inciso II, alínea “b”, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, mesmo na hipótese de admissão mediante contrato por tempo determinado (grifos nossos).

Embora a alteração objetive a proteção do nascituro por meio de garantia de emprego à gestante também a casos de contrato por prazo determinado (inclusive o de experiência, que é uma de suas espécies), verifica-se que o entendimento pode provocar acentuado desestímulo prático à contratação de mulheres em período fértil. Em outras palavras, embora pareça tratar-se de uma conquista, na verdade, os efeitos da súmula no dia a dia do mercado de trabalho podem ser absolutamente indesejados, especialmente nas micro e pequenas empresas que não possuem estrutura financeira suficiente para, em períodos de alta na demanda, arcarem com despesas inesperadas. Anteveja-se, por exemplo, que nas pequenas lojas de comércio, a contratação de empregadas poderá se tornar uma

segunda opção, caso o contingente masculino não atenda às expectativas.

Desse modo, nota-se que o novo entendimento do Tribunal Superior sobre a matéria carecia de maior discussão antes de ser sumulado, já que ao desconfigurar a modalidade de contrato a termo, coloca também em dúvida diversas outras espécies do mesmo gênero, como do aprendiz, do temporário etc.

Conforme observa em estudo sobre as novas súmulas e orientações jurisprudenciais Vólia Bomfim Cassar – professora, Juíza do Trabalho e desembargadora convocada do TRT da 1ª Região –, “*garantir o emprego durante todo o período da estabilidade, mesmo que perdure mais que a vigência do contrato determinado é o mesmo que acabar com algumas espécies de contratos determinados típicos*”. Ao destacar determinadas situações, a mesma professora ressalta que “*a empregada que está terminando o curso de aprendizagem, aos 24 anos (idade máxima), e/ou cujo prazo de 2 anos está se esgotando, como previsto no artigo 428 da CLT e que, no*

último mês, engravidada, terá o contrato de aprendizagem prorrogado? Mesmo que tenha se formado, que ausente da escola ou que saia do curso de formação metódica?”

A interpretação jurisprudencial jamais pode contrariar princípios e outros dispositivos existentes.

Por evidente, a intenção do TST em procurar, no caso em comento, garantir a subsistência de pessoa em condições específicas é compreensível. Contudo, tal modificação não poderia afrontar princípios jurídicos como o da reserva legal e como outros que no Estado Democrático de Direito procuram contribuir para a solidez do desenvolvimento econômico do País.

A utilização da expressão “contrato por prazo determinado” nos itens III das Súmulas nº 244 e nº 378, além de provocar indiretamente a discriminação em termos práticos, ignora as peculiaridades que envolvem cada tipo de contrato a termo. Ademais, as nove decisões que embasaram a modificação na Súmula nº 244, item III, referem-se especificamente ao contrato de experiência, muito embora em uma delas haja a menção de que o artigo 10, II, “b” do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias não faz distinção entre contrato por prazo determinado ou indeterminado. Declina-se:

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. O agravo de instrumento merece ser provido para melhor exame da denúncia de contrariedade à Súmula 244-III-TST. Agravo de instrumento conhecido e provido. **RECURSO DE REVISTA. COMPATIBILIDADE DO CONTRATO POR PRAZO DETERMINADO E O DIREITO À ESTABILIDADE DA GESTANTE.** A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal,

bem como da SBDI-1, vem evoluindo no sentido de admitir, em casos especiais, a compatibilidade do instituto da estabilidade nos contratos por prazo determinado. (...) Isso porque a lei garantidora da estabilidade da gestante, artigo 10, II, “b” do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias não faz distinção entre contrato por prazo determinado ou indeterminado. Nesse contexto, a decisão do TRT que reconheceu a estabilidade à reclamante deve ser mantida. (...) (TST, RR nº TST-RR-57041-60.2009.5.09.0671, Rel. Ministro Horácio Raymundo de Senna Pires, 3ª T., DJE 18.06.2010/J-09.06.2010, grifos nossos).

A questão fica ainda mais controversa com a introdução do item III na Súmula nº 378, que trata da estabilidade em razão de acidente de trabalho, *in verbis*: Súmula nº 378: (...) III – O empregado submetido a contrato de trabalho por tempo determinado goza da garantia provisória de emprego, decorrente de acidente de trabalho, prevista no art. 118 da Lei nº 8.213/91 (grifos nossos).

Conquanto perceba-se a nítida finalidade em se afastar qualquer tipo de discriminação da empregada gestante e do acidentado em contratos com termos pré-fixados, na verdade o TST acaba por provocar insegurança e incertezas quanto às demais modalidades de contratos por prazo determinado (lei nº 6.019/74, lei nº 9.601/98 e lei nº 2.959/56).

A professora Vólia Bomfim Cassar (em trabalho já citado anteriormente) examinando o tema, observa: “*A temporária, regida pela Lei n. 6.019/74, cujo contrato determinado não pode ultrapassar três meses (salvo prorrogação autorizada), que engravidada ou se acidentada, e, por isso, em virtude da esta-*

bilidade ultrapassa o prazo legal, terá seu vínculo formado com o tomador, mesmo não havendo mais necessidade de seus serviços? Se, por exemplo, foi contratada para substituir as férias de 30 dias da secretária Maria de Lourdes, empregada do tomador (motivo do contrato temporário: substituição de pessoal regular e permanente da empresa cliente) e a temporária engravidada, o que fazer? Ela continuará substituindo a secretária do tomador mesmo depois do seu retorno ou ficará à sua disposição, ou à disposição da empresa temporária? De terceirização licita pasará a ilícita?”

Oportuno tratar ainda da modificação de entendimento da Súmula nº 277 que, salvo melhor juízo, representa flagrante afronta ao princípio da legalidade, não existindo no ordenamento jurídico pátrio lei específica que disponha sobre a ultratividade das convenções e dos acordos coletivos de trabalho. *In verbis*: Súmula nº 277 – As cláusulas normativas dos acordos coletivos ou convenções coletivas integram os contratos individuais de trabalho e somente poderão ser modificados ou suprimidos mediante negociação coletiva de trabalho.

Destarte, com a novidade introduzida por esta súmula verifica-se, primeiramente, o notório induzimento à inércia nas negociações coletivas pela comodidade, eis que as regras do instrumento coletivo ficarão indefinidamente em vigor se os sindicatos não se movimentarem. Segundo, entende-se que o TST contrariou a legislação vigente, já que a CLT é clara no sentido de que não é permitido estipular duração de convenção ou acordo superior a dois anos, nos termos do § 3º do art. 614. —

VISÃO



O DESAFIO DE SUPERAR O GARANTISMO LEGAL

Uma das características das leis trabalhistas dos países avançados é a garantia de possibilidade de trocas entre empregadores e empregados. Essa garantia é essencial para as partes buscarem as soluções que maximizem seus desejos dentro das limitações que enfrentam. Em tempos de recessão, por exemplo, os empregados se dispõem a reduzir salários em favor da manutenção do emprego. Em tempos de “boom”, os empregadores aceitam arcar com mais benefícios para não perder seus funcionários.

Essas são trocas simples, fáceis de serem entendidas. Há trocas mais complexas. É o que acontece, por exemplo, quando os empregados aceitam menos dias de férias em troca de uma melhoria no seu seguro de saúde ou quando os empregadores atrelam aumentos de salários à elevação da produtividade.

No Brasil, o espaço para trocar é irrisório porque quase todas as proteções trabalhistas são rigidamente fixadas em lei. Historicamente fomos ensinados a acreditar apenas na lei como base de proteção. As proteções garantidas por negociação e contrato são vistas com extrema

PAÍS PODERIA PARTIR PARA O ESTABELECIMENTO DE LEIS MAIS BRANDAS NAS RELAÇÕES DE TRABALHO, QUE FUNCIONAM COMO GUIAS DE ORIENTAÇÃO

desconfiança. Os brasileiros se sentem inseguros quando se fala em transferir o *locus* de uma proteção da lei trabalhista para o contrato de trabalho, mesmo que negociado com os sindicatos.

Sabendo da idolatria à filosofia do garantismo legal, os parlamentares não se arriscam a mudar as leis vigentes, temendo perder votos. Conclusão: o País possui um cipoal de leis, decretos, portarias, súmulas, enunciados e orientações jurisprudenciais, mas, apesar disso, protege apenas a metade da força de trabalho. A outra está na informalidade.

A maioria dos projetos que tramitam no Congresso Nacional visa enrijecer ainda mais as leis vigentes e elevar perigosamente o custo do trabalho.

A rigidez das leis brasileiras cria problemas inimagináveis em países avan-

çados como é o caso da tributação do passado. Isso ocorreu, por exemplo, com a nova lei do aviso prévio e com a lei que estabeleceu um adicional de efeito retroativo para o FGTS. Ocorre diariamente nos casos em que a Justiça do Trabalho anula acordos e convenções coletivas livremente negociados.

Como mudar isso? Lanço aqui uma sugestão. Penso que, sem abandonar a cultura do garantismo legal, o Brasil poderia partir para o estabelecimento de leis mais suaves – as chamadas “soft laws”. Esse tipo de lei estabelece regras que não são estritamente compulsórias, mas que têm significado legal. Elas funcionam como guias de orientação para os cidadãos, dando a eles o direito de realizar as trocas para buscar caminhos alternativos. Quando não há interesse do lado das partes, as “soft laws” funcionam como leis rígidas, obrigando essas partes a seguirem seus preceitos.

José Pastore é presidente do Conselho do Emprego e Relações do Trabalho da FecomercioSP

VEREDITO

PRESIDENTE: Abram Szajman
DIRETOR EXECUTIVO: Antonio Carlos Borges
COLABORAÇÃO: Assessoria Técnica
COORDENAÇÃO EDITORIAL E PRODUÇÃO:
 Fischer2 Indústria Criativa
DIRETORA DE COMUNICAÇÃO: Neusa Ramos
DIRETOR DE CONTEÚDO: André Rocha
EDITORA EXECUTIVA: Jo Pasquatto
PROJETO GRÁFICO E ARTE: TUTU
FALE COM A GENTE: aj@fecomercio.com.br
 R. Dr. Plínio Barreto, 285 – Bela Vista – 01313-020
 São Paulo – SP – www.fecomercio.com.br

Para líderes decidirem

Informações precisas e exploradas em profundidade sobre assuntos relevantes da agenda empresarial.

Anuncie na **Revista Conselhos**

conselhos@fecomercio.com.br
www.fecomercio.com.br

