

JUSTIÇA & CIDADANIA

JUSTA
ENTREVISTA COM A NOVA
PRESIDENTE DA OAB-SP,
PATRÍCIA VANZOLINI

DIREITO COMPARADO
"UBERIZAÇÃO" NOS ESTADOS
UNIDOS, ARTIGO DO JUIZ
PETER MESSITE

A professional portrait of Ricardo Anafe, a middle-aged man with short, light-colored hair, wearing a dark blue suit jacket, a white shirt, and a dark red patterned tie. He is looking directly at the camera with a neutral expression against a dark grey background.

ENTREVISTA COM O DESEMBARGADOR RICARDO ANAFE,
NOVO PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

EFICIÊNCIA NA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL



Foto: Flickr/TST

PROCESSO DO TRABALHO, SEGURANÇA JURÍDICA E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO

ALEXANDRE AGRA BELMONTE

Membro do Conselho Editorial
Ministro do Tribunal Superior do Trabalho

Introdução

A normatização tem por fim dar segurança jurídica a uma sociedade. Historicamente, alguns sistemas jurídicos se pautam pela *civil law* e outros pela *common law*. A opção por um ou outro sistema deriva de raízes históricas e do grau de conformação da sociedade em relação ao comportamento social desejado, eis que a normatização não depende, necessariamente, de lei escrita.

No Brasil, o desajuste entre o comportamento desejado e o socialmente obtido importaram, num período agrário e num País então com altíssimo índice de analfabetismo, na adoção da *civil law* e, ao longo do tempo, numa proliferação de normas escritas, como tentativa de solução preventiva e compositiva para os inúmeros conflitos sociais.

Atualmente, sem que esse desajuste esteja resolvido e sem que a infinidade de normas escritas tenha, por si só, cumprido eficientemente o seu papel preventivo (basta verificar o alto índice de judicialização), nota-se, num caminho inverso, uma mitigação do sistema da *civil law*, quer por meio de cláusulas gerais, conceitos indeterminados, desregulamentação e incentivo à autocomposição, quer por meio do poder criativo, mas não ativista, da jurisprudência e da autoridade do precedente.

Evidentemente, a regra, escrita ou não, necessita de interpretação e a jurisprudência cumpre o seu papel ao dar a correta dimensão do seu sentido e alcance. Daí que os efeitos jurídicos da norma interpretada passam a ser a expectativa da sociedade.

A regra escrita é uma prescrição específica de disciplinamento de situação jurídica abstrata e é informada

por princípios que atuam como diretrizes gerais de fundamentação e interpretação do ordenamento. Juntos, compõem o acervo de normas jurídicas.

Nem sempre a regra jurídica é bastante para disciplinar uma situação concreta, diante de suas variações circunstanciais ou frente a conteúdos abertos destinados a uma valoração. Aí a jurisprudência assume papel criativo, de preenchimento desse conteúdo ou exame das peculiaridades, conforme interpretação dos princípios que orientam o ordenamento e das características principais de uma sociedade, frente às circunstâncias do caso concreto. Mas, ainda assim, a repetição de situações iguais ou análogas permite que a jurisprudência majoritária defina como o caso sobre o qual atua deve ser decidido.

Há segurança jurídica quando é possível prever, tanto diante de uma situação abstrata, quanto de uma situação concreta, os efeitos jurídicos materiais e processuais emanados pelas normas jurídicas. Não é uma certeza, mas deixa de ser mera possibilidade, tornando provável o resultado.

Nessa linha de raciocínio, é injustificável que uma situação abstrata, definida pela interpretação corrente da regra escrita ou pela interpretação concreta da jurisprudência pacificada pelos meios processuais próprios, obtenha decisão fora da curva, causando perplexidade à sociedade ou, especificamente, ao jurisdicionado, causando espanto àquele que adquiriu um imóvel ou bem móvel após analisar a documentação segundo a regra escrita e a jurisprudência, e vem a, injustificadamente, sofrer evicção, com base em um entendimento particular surpreendente. Ou à empresa condenada a pagar R\$ 1 milhão a título de danos extrapatrimoniais, quando outras empresas, na mesma situação, com o mesmo porte e nas mesmas circunstâncias, foram condenadas a pagar quantias módicas ou absolvidas com base numa compreensão dissonante da já sedimentada para o fato verificado.

Relativamente à pessoa física, ela investe as suas economias pessoais visando o desfrute de comodidades que a sociedade oferece ou a aquisição de bens da vida. As suas ações são, evidentemente, direcionadas à obtenção do resultado esperado. Quanto às pessoas jurídicas, elas investem parte do capital social em empreendimentos que possam lhe dar lucro ou investem, sem esse objetivo, de forma associativa, em fins políticos, assistenciais, educacionais ou outro que corresponda aos seus anseios.

Em ambas as hipóteses, há um planejamento visando resultados que correspondam, no mínimo, às expectativas sociais, econômicas e jurídicas. Podem até arriscar, de forma calculada, a assunção de um passivo. Mas são pegas de surpresa quando a *res sperata*, mormente acompanhada desse surpreendente passivo, é um ponto fora da curva, que foge totalmente às suas expectativas.

O ponto fora da curva, a surpresa, o ineditismo, causa insegurança, compromete o patrimônio e é suscetível de abortar sonhos e projetos. Pior, o sonho termina por virar um pesadelo.

“O ponto fora da curva, a surpresa, o ineditismo, causa insegurança, compromete o patrimônio e é suscetível de abortar sonhos e projetos. Pior, o sonho termina por virar um pesadelo”

Segurança jurídica é um princípio. Atuando no terreno da previsibilidade, visa a estabilidade das relações jurídicas, entre elas a proveniente de decisão judicial, ainda que na proteção à confiança (diante da boa fé), ou da confiança legítima (suscetível de preponderar sobre o princípio da legalidade estrita).

O princípio da segurança jurídica consolidada, por exemplo, uma situação alcançada pela prescrição ou pela decadência. E atua no direito processual em exemplos como a preclusão e a regular coisa julgada. Ou é, ou não é.

O princípio da confiança atua no Direito comum, por exemplo, quando protege a real expectativa daquele que adquire um imóvel após tirar as certidões de praxe e não encontra qualquer obstáculo, em que pese vir a ser surpreendido com o risco da evicção em virtude de um débito que favorecia o evictor, anterior à aquisição, e que pendia sem registro sobre o patrimônio do alienante.

Tentaremos, neste artigo, abordar alguns aspectos que nos parecem reveladores do princípio da segurança jurídica.

TÉCNICAS PROCESSUAIS ORDINÁRIAS DE CONCRETIZAÇÃO DA SEGURANÇA JURÍDICA

Uniformização da jurisprudência, recursos repetitivos e assunção de competência

No sistema jurídico da *civil law*, a norma escrita é a técnica primeva da segurança. Preventivamente, o legislador estabelece as regras do jogo, comunicando à sociedade como ela deve se conduzir e os efeitos da inobservância do direito objetivo.

Para que essas regras sejam observadas, há todo um conjunto de poderes, órgãos e instituições socialmente admitidos e aparelhados, destinados a garantir o cumprimento. E o Poder Judiciário, no cumprimento de sua missão, desponta como guardião do direito objetivo. A ele cabe a interpretação final e o cumprimento da lei. E essa interpretação fica expressa na jurisprudência pacificada. Interpretações divergentes dão margem a decisões dissonantes, que terminam por alimentar os conflitos e a judicialização, daí a necessidade da pacificação, para efeito de uniformização e objetivo último de dar segurança à sociedade.

São inúmeras as técnicas utilizadas para dar segurança jurídica às decisões judiciais, visando a pacificação da jurisprudência e a uniformidade das decisões judiciais. A começar, no caso trabalhista, pela indispensável uniformização da jurisprudência no âmbito dos tribunais de 2º grau, prosseguindo com as decisões proferidas nos recursos extra-

ordinários de recisa e embargos direcionados ao Tribunal Superior do Trabalho (TST) – que visam exatamente uniformizar a jurisprudência produzida pelos Regionais e também no âmbito interno da Corte Superior – culminando, por disciplina judiciária, com a observância das decisões superiores pelas varas trabalhistas.

Num regime democrático, descabem vaidades e posições isoladas que só trazem insatisfações, ilusões e insegurança sociais. Goste-se ou não, prevalece a decisão da maioria.

Embora tenha sido extirpada da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) pela Lei nº 13.467/2017 a normatividade então contida nos §§3º a 6º do art. 896, que determinava a uniformização regional¹, é lógico que o Código de Processo Civil (CPC) atua subsidiária e supletivamente, de forma a obrigar que os Regionais uniformizem e mantenham estável a jurisprudência. O Judiciário trabalhista é um só e não compartimentos estanques, onde cada um decide o que quer.

Nos termos do art. 926, do CPC, “Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”.

O recurso de revista, de natureza extraordinária, porque *numerus clausus*, objetiva: a) afastar violações a literal disposição de lei ou afronta direta e literal à Constituição Federal (CF), para, se for o caso, conformar a decisão ao direito objetivo federal infraconstitucional e constitucional (art.896, c, CLT); b) resolver divergências entre Regionais na interpretação da lei federal ou estadual, norma coletiva ou regulamento empresarial de abrangência ultraregional ou entre Regional e a interpretação dada à matéria pela Subseção de Dissídios Individuais (SDI) I do TST (art.896, a, primeira parte e b); e c) exercer o controle sobre a jurisprudência, afastando as contrariedades a sumulas do TST, sumula vinculante do Supremo Tribunal Federal (STF) ou interpretação dada à matéria pela SDI (art. 896, a, segunda parte).

O escopo do recurso de revista não é o de rever fatos e provas, já examinados e reexaminados nas instâncias ordinárias. Basicamente, visa o ajuste da decisão atacada à lei infraconstitucional federal, à Constituição Federal e à jurisprudência, e à uniformização de decisões divergentes entre tribunais regionais para fixar a compreensão final sobre o tema controvertido, estabelecendo a tese a ser aplicada em nível nacional.

O recurso de embargos objetiva, por sua vez, pacificar a jurisprudência interna do TST, diante de decisões dissonantes das Turmas ou delas em relação à jurisprudência consolidada pelo TST ou STF.

Outrossim, nos termos do art. 896-C, da CLT, em caso de multiplicidade de recursos de revista fundados em idêntica questão de direito, objeto de entendimentos divergentes entre os ministros, ou diante de matéria relevante, essa questão poderá ser afetada à Seção Especializada em Dissídios Individuais ou ao Tribunal Pleno, admitida a suspensão dos recursos interpostos em casos idênticos ao afetado, até o pronunciamento definitivo do Tribunal Superior do Trabalho (§3º).

A tese estabelecida no julgamento dos recursos repetitivos ou de matéria relevante em assunção de competência, terá natureza obrigatória para o próprio TST e para as instâncias inferiores. E para não surpreender, diante de decisões pretéritas com orientação contrária, admite-se a modulação de efeitos.

No âmbito dos tribunais regionais, por simetria cabe o incidente de demandas repetitivas.

Outras técnicas destinadas a dar segurança jurídica estão contidas no mandado de segurança e na correção parcial. No primeiro caso, visando extirpar abuso ou ilegalidade contra direito líquido e certo não amparado por regular recurso. E no outro, embora de forma censória, para recolocar o processo no devido rumo, do qual se afastou. Essas decisões igualmente passam, no conjunto, a compor a jurisprudência e a estabelecer precedentes, persuasivos ou não.

A própria jurisprudência pacificada e o precedente como técnicas de concretização da segurança jurídica

A tese estabelecida no julgamento dos recursos repetitivos ou de matéria relevante em assunção de competência tem natureza obrigatória para o próprio TST e para as instâncias inferiores, como técnica de concretização da segurança jurídica.

Assim ocorre porque o debate sobre o tema em discussão, envolvendo os vários aspectos, admitem manifestação de pessoa, órgão ou entidade com interesse na controvérsia, inclusive como assistente simples, bem como provas podem ser produzidas e audiência pública admitida para ampliação do debate. Tudo isso para ser levado finalmente a discussão em sessão da SDI ou plenária, para estabelecimento da tese a ser aplicada e seguida.

“Num regime democrático, descabem vaidades e posições isoladas que só trazem insatisfações, ilusões e insegurança sociais. Goste-se ou não, prevalece a decisão da maioria”

Por outro lado, as súmulas do TST, do STF, orientações jurisprudenciais e notórias e iterativas da SDI e decisões plenárias, porque resultam de pacificação da jurisprudência, também são técnicas de concretização da segurança jurídica. Tanto assim é que as decisões que as contrariam admitem recurso de revista ou de embargos, conforme o caso, bem como os inadmitem, se a decisão atacada com elas estiver em conformidade.

Logo, num regime democrático, onde deve prevalecer a disciplina judiciária em virtude da estabilidade da jurisprudência, não se admite decisão contrária à jurisprudência assim consolidada. Atentam contra a previsibilidade e a segurança jurídica.

Note-se, no entanto, que em relação ao TST, as súmulas e orientações jurisprudenciais anteriores à Lei nº 13.015/2014 são persuasivas.

“Há segurança jurídica quando as regras do jogo são claras ou foram clarificadas pela jurisprudência, conferindo estabilidade às relações jurídicas”



A reclamação como garantia da estabilidade das decisões dos tribunais

A reclamação objetiva preservar a competência e autoridade das decisões do STF e dos tribunais, por meio da cassação da decisão dissonante.

A partir da edição do atual CPC, que determina, no art. 15, a aplicação supletiva e subsidiária do CPC de 2015, o cabimento da reclamação no âmbito da Justiça do Trabalho restou reforçado.

De qualquer sorte, com a Emenda Constitucional nº 92, de 2016, foi introduzido o art.111-A, estabelecendo, no § 3º, expressamente, que: “Compete ao Tribunal Superior do Trabalho processar e julgar, originariamente, a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões.”

O novo CPC, no entanto, vai além, novamente atuando subsidiária e supletivamente no processo do Trabalho e admite reclama-

ção contra a inobservância de acórdão proferido em julgamento de demandas repetitivas (IRDR), pelo que, por paridade em relação aos órgãos de instância inferior, a reclamação é cabível também no âmbito dos Tribunais Regionais do Trabalho, para cumprimento do precedente por ele firmado. Daí a expressão genérica, utilizada no art. 988, II, de garantia de autoridade das decisões “do tribunal” (e não de tribunal superior).

De igual sorte, também cabe reclamação, no âmbito dos Tribunais Regionais do Trabalho contra o descumprimento das decisões de plenário, uniformizadoras da jurisprudência, previstas na Lei nº 13.015/2014, por força da aplicação supletiva do CPC (art.15) e simetria ao disposto no art. 988, I e II, do CPC, que se referem a “tribunal” e não, especificamente, a tribunal superior.

Controles de constitucionalidade e de convencionalidade

Controle de constitucionalidade corresponde às técnicas destinadas à verificação da compatibilidade ou adequação entre um ato normativo e a Constituição, incluindo os seus princípios e regras. Visa assegurar a

supremacia da Constituição, como norma suprallegal, à qual as demais devem se submeter.

Quanto ao tipo ou espécie de inconstitucionalidade de um ato normativo, pode ser formal, material e mista.

Quanto à extensão, a inconstitucionalidade pode ser total, parcial e por arrastamento ou atração.

Quanto ao modo de controle, pode ser por via incidental ou por via direta ou principal.

Quanto aos limites subjetivos da decisão, pode ser *inter partes* e *erga omnes*.

Quanto aos efeitos temporais do ato considerado inconstitucional, pode ser *ex tunc*, *ex nunc* e com efeitos futuros.

Quanto à causa que enseja a inconstitucionalidade, pode ser por ação e por omissão.

Quanto aos órgãos de controle, pode ser político (Poder Legislativo ou presidente da República) e judiciário.

Quanto ao momento de exercício do controle, pode ser preventivo ou prévio e repressivo ou ulterior.

Quanto aos sistemas ou métodos de controle, pode ser concentrado (um único órgão destinado ao con-

trole), difuso (qualquer órgão do Judiciário, no exame do caso concreto pode exercê-lo) e misto (abrange os controles concentrado e difuso, caso do Brasil).

O controle concentrado, por via de ação, é reservado ao STF, ao passo que o controle difuso, por via de exceção ou defesa, pode ser exercido por qualquer órgão jurisdicional, em qualquer grau de jurisdição, inclusive pelo STF.

No controle difuso, a inconstitucionalidade deve ser declarada mediante reserva de plenário, ou seja, pelo pleno do tribunal, computados os votos por maioria absoluta dos seus membros ou do respectivo órgão especial (art. 97 da CF).

O controle concentrado pode ser realizado por meio de ação direta de inconstitucionalidade (ADIN) genérica, ação direta de constitucionalidade (Adecon), ADIN interventiva, arguição de descumprimento de preceito fundamental e ADIN por omissão.

A declaração de inconstitucionalidade do ato importa em sua nulidade, produzindo efeitos *erga omnes*, *ex tunc* e vinculantes.

Juntamente com a ADIN por omissão, pela via de ação, a Constituição também prevê, mas para a defesa de direito individual contra a omissão do legislador, o mandado de injunção, que, no entanto, não é destinado ao controle de constitucionalidade e sim ao exercício de direitos não regulamentados.

São ainda mecanismos de controle da Constituição, com eficácia *erga omnes* e efeitos vinculantes (art. 28, parágrafo único da Lei nº 9.868/1999), a interpretação conforme e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto.

Com base no art. 27 da Lei nº 9.868/1999, ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou poderá

declarar a inconstitucionalidade, com a suspensão dos efeitos por algum tempo por ele fixado (declaração de inconstitucionalidade com efeitos futuros).

Assim, permite-se que a declaração de inconstitucionalidade não gere a nulidade dos atos já praticados com base na lei ou no ato normativo, modulando assim os seus efeitos para a aplicação da decisão apenas a partir do trânsito em julgado da decisão.

Permite-se também a suspensão dos efeitos pelo tempo fixado pelo STF (declaração de inconstitucionalidade com efeitos futuros), como ocorreu tanto em relação ao reconhecimento da competência da Justiça do Trabalho para apreciar as ações acidentárias a partir da EC 44/2004, com conservação residual na Justiça comum das ações por ela já julgadas meritariamente, quanto no tocante ao reconhecimento da Justiça comum para apreciar as ações de complementação de aposentadoria, com conservação residual na Justiça do Trabalho das ações por ela já julgadas meritariamente.

A adequação das leis com a Constituição é denominada de controle de constitucionalidade. Mas além de compatíveis com a Constituição, as normas internas devem estar em conformidade com os tratados internacionais ratificados pelo Brasil e em vigor no País. À verificação dessa conformidade se dá o nome de controle de convencionalidade, ou seja, de conformidade dessas convenções com a lei interna do País ou vice-versa.² Tal controle, assim como ocorre no caso do controle de constitucionalidade, se dá, portanto, conforme o STF, em virtude da hierarquia das normas, ou seja, com prevalência sobre as de inferior hierarquia.

Com base no entendimento adotado pelo STF, a diferença entre tratados com *status* equivalente aos de emenda constitucional e demais tratados que revelem hierarquia supralegal, está em que os primeiros passam, para efeito interno, a integrar o bloco de constitucionalidade, como parâmetro tanto de um controle de constitu-

cionalidade, quanto de um controle de convencionalidade, já que o tratado não se incorpora ao texto constitucional propriamente dito. Os tratados de direitos humanos não internalizados pela maioria qualificada prevista no §3º do art.5º, da CF, acrescentado pela EC nº 45/2004, passam a ser paradigma apenas do controle difuso de convencionalidade ou conformidade com a Constituição.

Verifica-se, portanto, que os controles de constitucionalidade e de convencionalidade têm igualmente por fim promover a segurança jurídica, do respeito à Constituição e mesmo a decisão proferida no exame da questão pode merecer conformação ou modulação, para evitar instabilidade.

Prescrição, decadência, preclusão, preempção e coisa julgada

Prescrição é a perda do prazo de ação para exercício de uma pretensão, ao passo que decadência é a perda do poder de criar, modificar ou extinguir um direito ou uma relação jurídica. Preclusão é a impossibilidade de praticar um ato jurídico processual pela perda do prazo; por ter praticado ato incompatível com a faculdade de que podia exercer; ou por já ter validamente realizado o ato.³

O processo é um caminhar para a frente e as partes têm o ônus de observar os prazos que lhe são conferidos para interferir temporal e eficientemente na sua defesa.

Diferentemente da preclusão, a preempção atua como impossibilidade de ajuizar outra vez a mesma demanda, quer definitivamente após três tentativas que importaram na extinção do processo por inércia sua (CPC), que temporariamente, após duas tentativas (CLT).

Coisa julgada, por sua vez, é a decorrente da decisão da qual não caiba mais recurso, podendo ser formal ou material, importando na chamada preclusão máxima.

Em todas essas situações, de direito material ou processual, o que o ordenamento busca é dar segurança, estabilizando as relações jurídicas.

Ação rescisória e ação anulatória

Embora aparentemente tenham por finalidade restaurar situações jurídicas já consolidadas, são admissíveis para evitar que a autoridade do direito objetivo possa ceder diante de vícios insuperáveis.

As referidas ações visam extirpar vícios processuais materiais ou processuais que influíram no julgamento de uma causa, ou na concretização de um negócio jurídico decorrente da autonomia privada.

Embora tais ações possam vir a ter como resultado a anulação de um negócio jurídico firmado entre as partes ou judicialmente homologado, ou na rescisão de uma decisão de mérito ou sentença, longe de causar insegurança tais ações visam dar estabilidade ao ordenamento, na concretização do direito objetivo, que não admite que tais vícios possam macular o ato jurídico, ainda que esse ato jurídico tenha a natureza de decisão judicial.

O princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva e a segurança das relações jurídicas

A Lei nº 13.467/2017 identificou no art. 611-A, da CLT, os direitos que podem, pelo exercício da autonomia privada coletiva, ser negociados, privilegiando assim os ajustes coletivos. Sem os ajustes coletivos prevalece a CLT protetiva; com eles, prevalece o negociado sobre o legislado, ressalvadas as normas cogentes indisponíveis, destacadas no art. 611-B, da CLT.

Um dos pontos que a meu ver merece destaque na reforma trabalhista é esse: a concretização da autonomia privada coletiva, concedida pela Lei nº 13.467/2017 para o ajuste e estabilidade das condições de trabalho negociadas pelas partes.

Os acordos e convenções coletivas são, por excelência, instrumentos de flexibilização das condições de trabalho estabelecidas em lei. Servem para a prevenção e solução, por autocomposição, dos conflitos coletivos de trabalho.

Quando é feito um ajuste coletivo de condições de trabalho diferentes das previstas em lei, o negociado em acordo ou convenção coletiva tem efeito paralisante da normatividade legal dispositiva.

Mas o que leva os trabalhadores a optarem por acordos e convenções coletivas que diferem da lei que os protege?

- problemas conjunturais econômicos, locais, regionais ou nacionais;
- dificuldades financeiras setoriais ou de certas empresas, em particular; e,
- condições peculiares de trabalho numa empresa ou em determinado setor produtivo.

Anteriormente à reforma de 2017, a lei e a jurisprudência sempre foram firmes e coerentes em posicionamentos destinados a admitir ajustes transitórios para superar problemas econômicos do País, do mercado ou de certos setores, bem como dificuldades financeiras episódicas de determinadas empresas, principalmente com negociação para a manutenção dos empregos, mediante contrapartidas compensatórias.

Todavia, quanto à terceira hipótese, os ajustes de adequação às condições de trabalho numa empresa ou em determinado setor produtivo, antes da reforma a doutrina não se entendia sobre as matérias que podiam ou não ser negociadas. Era errante. Havia posições sustentando que qualquer negociação era admissível; outras, de que somente nos casos expressos em lei os direitos trabalhistas seriam disponíveis; e, finalmente, que somente poderia haver ajustes de redução ou supressão, desde que mediante contrapartidas que efetivamente beneficiassem os trabalhadores, e sempre excetuadas as reduções ou supressões de direitos atinentes à saúde e segurança do trabalhador.

Essa disparidade de compreensão sobre o tema, como é obvio se refletia na jurisprudência, que diante de uma legislação inflexível e omissa quanto à identificação dos direitos disponíveis para efeito de negociação, anulava ou validava cláusulas negociadas, sem que se pudesse identificar uma diretriz única capaz de pacificar as várias hipóteses.

Essa situação causava insegurança ao jurisdicionado e impactava a vida das empresas, muitas vezes surpreendidas com um passivo trabalhista com o qual não contavam.

Pior: cláusulas consideradas prejudiciais ao trabalho eram anuladas, mas o restante da norma coletiva, compensatória da supressão ou redução de um direito, era preservada. A empresa cedia direitos, ficava sem a contrapartida e ainda precisava pagar diferenças decorrentes das anulações, que não estavam previstas em seu orçamento. E os trabalhadores ganhavam os benefícios,



sem necessidade de dar contrapartidas. Pior dos mundos para as empresas e melhor dos mundos para os trabalhadores.

Não bastasse, os mesmos sindicatos que participavam da celebração dos acordos e convenções coletivas iam depois ao Judiciário, substituindo trabalhadores, para buscar a nulificação de cláusulas coletivas por eles mesmo negociadas.

Que fez então o legislador reformador diante dessa situação? Estatuiu no art. 611-A, que os acordos e convenções coletivas de trabalho têm prevalência sobre a lei quando, entre outros, dispuserem sobre os direitos ali enumerados, que considerou disponíveis para ajustes coletivos.

Outrossim, apontou como indisponíveis, no art. 611-B os direitos enumerados nos artigos 7º (excetuadas os casos de flexibilização previstos no próprio dispositivo), 8º e 9º da CF, acrescidos de outros reconhecidos pela lei infraconstitucional, políticas públicas

e pela jurisprudência como direitos sociais que não podem ser suprimidos ou reduzidos, caso das normas de saúde e segurança do trabalho. Ao diferenciar os direitos de que as partes podem ou não dispor para efeito de negociação, deu meios seguros para que, se esse fosse o desejo da categoria profissional, pudesse estabelecer livremente condições de trabalho prevalentes sobre os direitos individuais previstos nas normas legais.

E por que assim procedeu? Porque nas relações coletivas de trabalho não se faz presente a subordinação que caracteriza o relacionamento individual protegido por lei entre empregado e empregador e a categoria profissional, à qual o trabalhador integra, tem força suficiente para discutir condições de trabalho em pé de igualdade com a categoria econômica. Essa força é concretizada inclusive com a possibilidade de paralisação mediante greve. Pelo que não se justifica dar-se às relações coletivas, em que não se verifica a assimetria das individuais, igual tratamento.

Por outro lado, a decisão de negociar direitos que diferem daqueles estabelecidos em lei para a proteção individual dos trabalhadores é da categoria. Ela não é obrigada a aceitar supressão ou redução de direitos disponíveis. Pode permanecer com aqueles previstos em lei. Se aceita, e não estamos falando do trabalhador subordinado ao empregador e sim da categoria, é porque lhe é conveniente, quer para manutenção dos empregos em épocas difíceis, quer mediante permuta de um direito legal por de natureza convencional que considere mais vantajoso.

Indo além, estabeleceu, no art.8º, § 3º, da CLT, que no exame de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, cabe à Justiça do Trabalho tão somente analisar a conformidade dos elementos essenciais do negócio jurídico.

O legislador assim procedeu para evitar que em eventual exame do instrumento de negociação coletiva, pudesse adentrar no merecimento das cláusulas negociadas entre os trabalhadores e a empresa ou entre a categoria profissional e a categoria econômica. Ai está o princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva, que deve balizar a atuação do Poder Judiciário.

As cláusulas negociadas entre as partes são síntese de discussões que levam a um ajuste de *quid pro quo*, toma lá, dá cá. Troca-se um reajuste maior de salá-

rios por uma garantia de emprego ou uma parcela de cunho salarial por uma cláusula social que permita a participação dos trabalhadores na gestão empresarial. Não cabe ao Judiciário procurar compreender os motivos da transação, porque eles dizem respeito aos interesses das partes que, pela representação e forças equilibradas das categorias sabem o que lhes convém.

Daí ter o legislador disposto que a inexistência de expressa indicação de contrapartidas recíprocas em convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho não enseja a nulidade da norma, porque a ela aplica-se o princípio do conglobamento (§2º). E que na hipótese de procedência de ação anulatória de cláusula de convenção coletiva ou de acordo coletivo de trabalho, quando houver a cláusula compensatória esta deverá ser igualmente anulada, para evitar o melhor dos mundos para o trabalhador e o pior dos mundos para o empregador (§4º). Não bastasse, determinou que os sindicatos subscritores de convenção coletiva ou de acordo coletivo de trabalho deverão participar, como litisconsortes necessários, em ação individual ou coletiva, que tenha como objeto a anulação de cláusulas desses instrumentos (§5º). Se participaram da celebração da norma coletiva, pelo que fizeram devem se responsabilizar. Finalmente, estabeleceu no art. 611-B, a ilicitude da negociação dos direitos indisponíveis, ali elencados.

Quanto aos acordos e convenções coletivas que versarem sobre as matérias previstas no art. 611-A, a atuação do Poder Judiciário ficará adstrita à conformidade dos elementos essenciais do negócio jurídico.

Significa dizer que sem adentrar no merecimento das cláusulas livremente negociadas entre os trabalhadores e a empresa ou entre a categoria profissional e a categoria econômica, cabe apenas verificar os aspectos formais: se a proposta feita pela empresa foi objeto de deliberação pela categoria em assembleia; se a convocação para a assembleia observou os requisitos legais; se foi observado o quórum mínimo; se a entidade que negociou as cláusulas é a entidade que representa os trabalhadores; se o tempo de vigência das cláusulas atende às normas legais; se a matéria pode ser objeto de negociação, posto que as previstas no art. 611-B estão fora do poder negocial das partes.

De forma resumida, podemos afirmar que o princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva tem por fim dar segurança jurídica ao que as partes livremente negociaram. E se essa negociação

ultrapassou os limites impostos por lei ou pela função social, ou não foram observados os requisitos formais, o acesso ao Judiciário atua pelos meios próprios no mesmo objetivo de conferir segurança jurídica por meio da anulação.

Ativismo Judicial e Segurança Jurídica

Podemos chamar de ativismo judicial a postura proativa do Poder Judiciário em suprir lacunas de lei frente à omissão do Poder Legislativo em editar normas. O ativismo não se confunde com a atividade ordinária do Poder Judiciário de, na interpretação e aplicação de uma lei já envelhecida e que não mais atende, pelas limitações do texto, aos anseios sociais, dar-lhe, com o auxílio dos métodos normativo-estruturante, hermenêutico-concretizador, tópico-problemático, comparativo-constitucional, científico-espiritual integrativo⁴, ou mesmo mediante a tradicional interpretação evolutiva, um novo sentido, que a compatibilize com a realidade social. Essa forma de interpretar a lei concretiza o disposto no art. 5º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB/Decreto-Lei nº 4.657/1942): "Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum".

Também não se confunde com a atividade do julgador, de preencher cláusulas gerais e normas de conceitos indeterminados. Muito menos com a decisão por meio de princípios gerais, analogia, costumes e usos nos casos em que a lei escrita é omissa ou precisa ser complementada. E menos ainda com o estabelecimento, pelo Poder Judiciário, de um comando por meio de mandado de injunção, função que lhe é típica.

A discussão ganha relevância em sistemas jurídicos como o brasileiro, romano-germânico, em que as decisões se apoiam em leis pré-existentes, não obstante cada vez mais se note uma tendência de aproximação ao sistema anglo saxão. A repercussão geral, a transcendência, a reclamação constitucional, os incidentes de demandas repetitivas e

de recursos repetitivos e a assunção de competência demonstram que teses firmadas geram precedentes que tornam obrigatórias a sua observância pelos juízos, tribunais e outras entidades, em nome da segurança e estabilidade das decisões judiciais.

Dentro do princípio da separação de Poderes frente ao sistema de leis escritas e pré-existentes, o que na prática se discute é o limite entre a interpretação na aplicação da lei, função ordinária do Poder Judiciário, e o ativismo judicial, em que o magistrado substitui o legislador congressista, eleito pelo voto popular exatamente para a edição de leis.

Esse fenômeno decorre, por um lado, da retração dos Poderes Legislativo e Executivo em produzir normas de sua competência com a agilidade e abrangência desejadas e, de outro, do texto da própria Constituição Federal de 1988, que é analítica, permitindo amplo acesso ao Poder Judiciário, ou seja, sobre qualquer questão e com abrangente controle de constitucionalidade. Nas palavras do próprio legislador constitucional, “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (art. 5º, XXXV).

O referido texto é complementado com o disposto no art. 4º, da LINDB: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.

Verifica-se, portanto, que suprir omissões dos Poderes Legislativo e Executivo mediante aplicação direta da Constituição via regras ou princípios, ou por meio do elastecimento ou direcionamento do sentido e alcance da lei para a compatibilização às transformações e realidade social, é função do Poder Judiciário.

Essa atividade criativa tem, por óbvio, limites. Assim ocorre quando o próprio legislador os estabelece. Por exemplo, quando no art. 7º, I, da CF, condiciona a regulamentação da proteção à despedida arbitrária à edição de lei complementar. Ou no art. 7º, XXIII, quando condiciona a instituição de remuneração por trabalho penoso à definição por lei.

Nesses casos, somente mediante mandado de injunção estará o Poder Judiciário autorizado a se substituir ao legislador. Mas, de qualquer sorte, ainda assim poderá o Poder Judiciário se ativar, substitutivamente ao legislador, definindo norma de caráter geral para a espécie, até que este a estabeleça.

Abstraindo os casos fora da curva, de puro invenção e indevida substituição do legislador pelo magistrado, têm sido chamadas de decisões ativistas hipóteses como: extensão da estabilidade no emprego à mãe adotante; extensão de direitos em uniões homoafetivas; casamento entre pessoas do mesmo sexo; aplicação ao setor público do direito de greve previsto para o setor privado; permissão de aborto no caso de fetos anencéfalos.

Nesses casos há mera aparência de decisões ativistas e surpreendentes, algumas inclusive porque contrárias ao literal texto escrito.

Na verdade, quem surpreende a sociedade, causando instabilidade, é a ausência de norma escrita, apesar do comando constitucional para o legislativo elaborá-la (art. 7º, I, da CF); a existência de norma escrita ineficiente; ou de norma escrita em si mesma surpreendente.

A aplicação ao setor público do direito de greve previsto para o setor privado é decisão por analogia, autorizada por lei, assim também a extensão da estabilidade no emprego à mãe adotante e a extensão de direitos em uniões homoafetivas. Se é assim para o caso “X”, deverá ser assim para situações análogas.

O casamento entre pessoas do mesmo sexo decorre de interpretação da Constituição Federal sobre um fenômeno social irreversível, ou seja, do conceito entre homem e mulher. A permissão de aborto no caso de fetos anencéfalos decorre do fato da inviabilidade da vida e do sofrimento que seria imposto à família. Enfim, quer por analogia, quer com base no art. 5º, da LINDB, de dar sentido atual a uma norma já envelhecida, ainda que *contra legem*, a atividade nesses casos é típica do Poder Judiciário. Longe de causar insegurança, dá, por meio de nova roupagem, adequada à evolução social, estabilidade às relações.

Conclusão

Há segurança jurídica quando as regras do jogo são claras ou foram clarificadas pela jurisprudência, conferindo estabilidade às relações jurídicas.

A segurança jurídica importa em previsibilidade, tornando possível o planejamento das atividades sociais, jurídicas e econômicas. O resultado esperado é provável e resultado diferente, embora justificável, deve ser possível e igualmente previsto⁵. Para isso o ordenamento jurídico coloca à disposição da sociedade todo um aparato destinado a evitar o inesperado e assim dar estabilidade às relações sociais. Uma decisão fora da curva pode ter efeitos econômicos deletérios em larga escala.

Na área trabalhista, imagine-se que uma decisão judicial é proferida em 1º grau. Dela cabe recurso, apreciado por pelo menos três desembargadores do Trabalho, encarregados de rever fatos e provas e a justiça da decisão na interpretação da lei aplicável. Desse acórdão, preenchidos os pressupostos extrínsecos e intrínsecos, cabe recurso de revista, para verificação de sua conformidade e eventual adequação ao direito objetivo infraconstitucional federal e à Constituição ou, se for o caso, para ajuste da decisão à jurisprudência pacificadora. E do acórdão proferido no recurso de revista, ainda cabem embargos para a SDI-1, se houver divergência interna que assim justifique.

No meio desse caminho ainda há o mandado de segurança e a correção parcial para afastar violação a direito líquido e certo ou para colocar o processo no rumo do qual se desviou, igualmente produzindo essas decisões, pela reiteração, uma jurisprudência pacificadora a respeito das inúmeras hipóteses que ensejaram a sua impetração.

Nas demais áreas do Judiciário mudam as nomenclaturas recursais ou suas aplicações e procedimentos, mas a dinâmica é basicamente a mesma.

Não obstante, após esse árduo, dispendioso e demorado caminho, envolvendo aflição e expectativa do jurisdicionado, além de uma infinidade de atos abrangendo servidores, magistrados, advogados, procuradores, tempo e custo, é justificável que um magistrado ou colegiado resolva decidir contrariamente à jurisprudência, tendo como único fundamento uma interpretação particular isolada, destacada, sem qualquer distinção, da compreensão já sedimentada, causando instabilidade?

Portanto, quer se trate de jurisprudência de observância obrigatória, quer se trate de jurisprudência de natureza persuasiva, nada justifica, exceto em caso de *distinguishing* – e para isso precisam ser muito bem

demonstrados os critérios caracterizadores – uma decisão surpreendente, fora da curva, meramente com base num entendimento particular.



BIBLIOGRAFIA:

- BRASIL, Constituição da República Federativa de 1988. Acesso em 04/11/2021 in http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm
- BRASIL, Decreto-lei nº 4.657/1942. Acesso em 04/11/2021 in http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm
- BRASIL, Decreto-lei nº 5.452/1943 (CLT). Acesso em 04/11/2021 in http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm
- BRASIL, Lei nº 13.105/2015 (CPC). Acesso em 04/11/2021 in http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm
- BRASIL, Lei nº 13.015/2014, acessível em 04/11/2021 in http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/13015.htm
- CHIOVENDA, Giuseppe. “Cosa giudicata e preclusione. Saggi di Diritto Processuale Civile”, Milano: Giuffrè, 1993, v. 3, p. 233.
- MAZZUOLI, Valério de Oliveira. “O controle jurisdicional de convencionalidade da lei”. Editora RT, 2009.
- MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. “Curso de Direito Constitucional”. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

NOTAS

- 1 Certamente por conta do penoso e revogado critério então adotado pela Lei nº 13.015/2014, mas que terminou revogando a norma anterior a esse procedimento, que simplesmente determinava a obrigatoriedade da uniformização regional.
- 2 MAZZUOLI, Valério de Oliveira. “O controle jurisdicional de convencionalidade da lei”. Editora RT, 2009.
- 3 CHIOVENDA, Giuseppe. “Cosa giudicata e preclusione. Saggi di Diritto Processuale Civile”, Milano: Giuffrè, 1993, v. 3, p. 233.
- 4 COELHO, Inocêncio Mártires. Curso de Direito Constitucional. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2010, pp.159 e ss.
- 5 Até mesmo os negócios aleatórios são normalmente previsíveis quanto à verificação ou quantidade. Assim não fosse, não existiria o contrato de seguro, com risco baseado em projeções.