

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO DE RIBEIRÃO PRETO

RADSON RANGEL FERREIRA DUARTE

O princípio da segurança jurídica no direito do trabalho e direito processual do trabalho:
ênfase sob a Lei nº 13.467/2017

Ribeirão Preto

2019

RADSON RANGEL FERREIRA DUARTE

O princípio da segurança jurídica no direito do trabalho e direito processual do trabalho:
enfoque sob a Lei nº 13.467/2017

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo para obtenção do título de Mestre em Ciências. (“Versão Corrigida. A original encontra-se disponível na FDRP/USP”).

Área de Concentração: Desenvolvimento no Estado Democrático de Direito

Orientador: Prof. Dr. Jair Aparecido Cardoso

Ribeirão Preto

2019

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca
e Seção Técnica de Informática da FDRP/USP,
com os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

DDp	<p>Duarte, Radson Rangel Ferreira</p> <p>O princípio da segurança jurídica no direito do trabalho e direito processual do trabalho: enfoque sob a Lei nº 13.467/2017 / Radson Rangel Ferreira Duarte; orientador Jair Aparecido Cardoso. -- Ribeirão Preto, 2019. 258 p.</p> <p>Dissertação (Mestrado - Programa de Pós-Graduação em Direito) -- Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, 2019.</p> <p>1. DIREITO E PROCESSO DO TRABALHO. 2. SEGURANÇA JURÍDICA. 3. REFORMA TRABALHISTA. 4. TEORIA GERAL DO DIREITO. 5. LEI Nº 13.467/2017. I. Cardoso, Jair Aparecido, orient. II. Título</p>
-----	--

FOLHA DE APROVAÇÃO

Nome: DUARTE, Radson Rangel Ferreira.

Título: O princípio da segurança jurídica no direito do trabalho e direito processual do trabalho: enfoque sob a Lei nº 13.467/2017. 2019.

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo para obtenção do título de Mestre em Ciências - Área de Concentração: Desenvolvimento no Estado Democrático de Direito.

Aprovado em:

Banca Examinadora

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

DEDICATÓRIA

Dedico o presente texto a minhas
princesas, Sophie e Beatriz, por tornarem
os meus dias mais coloridos; a Dani,
por ser minha fonte de segurança e dividir
comigo esse sonho; e a meus pais,
Lindomar e Júlia, exemplos de vida e por
ensinarem desde sempre a importância do
estudo.

AGRADECIMENTOS

A dissertação é o resultado de uma longa caminhada, em cujo percurso contamos com o auxílio de várias pessoas. Assim, essa é uma oportunidade para agradecer a quem, de uma ou de outra forma, esteve presente durante esse trajeto.

A Deus, pelo dom da vida. Só isso já bastaria; mas Suas bênçãos são incontáveis.

Ao professor doutor Jair Aparecido Cardoso, não apenas um orientador, mas também um mestre e amigo que pude ter. Seu profundo conhecimento sobre o Direito do Trabalho e sobre o Processo do Trabalho, o seu equilíbrio na análise dos fenômenos jurídicos trabalhistas, a sua perspicácia na interpretação dos textos jurídicos, identificando pontos não percebidos por outras pessoas, revelam uma pessoa comprometida com a evolução desses ramos jurídicos e despertam uma admiração profissional. A sua generosidade e sua capacidade de acolhimento mostram como é uma pessoa verdadeiramente abençoada pelo dom da amizade. A você, prof. Jair, serei eternamente grato.

Aos demais professores do Programa do Mestrado em Direito da Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto: ao professor Sérgio Nojiri, por mostrar que fatores metajurídicos podem influenciar as decisões judiciais; ao professor Paulo Eduardo Alves da Silva, por mostrar a importância das pesquisas empíricas também no Direito; aos professores Gustavo Saad Diniz e Juliana Oliveira Domingues, pela clareza no ensino de temas tão áridos; às professoras Fabiana Cristina Severi e Cyntia Soares Carneiro, por mostrarem como as minorias e os grupos vulneráveis carecem de uma tutela especial do Direito; à professora Maria Hemília Fonseca, cujo rigor técnico presenciado desde a fase preliminar da seleção contribuiu para diminuir as falhas na presente pesquisa; ao professor Gustavo Assed Ferreira, cujas aulas dinâmicas permitiram o contato com diversas teorias sobre a inter-relação do desenvolvimento econômico e a regulação jurídica.

Aos integrantes da Banca de Qualificação, Jair Aparecido Cardoso, Maria Hemília Fonseca e Platon Teixeira de Azevedo Neto, bem como ao professor Mario Garmendia. As críticas, os registros e as contribuições foram de grande importância no direcionamento final desta pesquisa.

À Vania Prudêncio, secretária do Programa, e à Sandra Favaretto, colega nessa caminhada, que, ao viabilizarem o atendimento de necessidades que exigiam a presença física em Ribeirão Preto, tornaram a distância desde Itumbiara em um obstáculo menor.

Aos amigos Guilherme Sarri e Vinicius Abreu, pois, além de colaborarem na bibliografia, permitiram um diálogo franco e construtivo quanto às ideias centrais do presente texto.

À dona Marlene, ao Zezinho e aos servidores da 2ª Vara do Trabalho de Itumbiara, que sempre torceram por esse momento.

Por fim, não menos importante, sou grato à Dani. Sem o seu apoio e incentivo essa caminhada teria se tornado ainda mais difícil. Sou igualmente grato às minhas filhas, Sophie e Beatriz, que, embora sem compreenderem os motivos das ausências, tornavam o retorno à casa o momento mais esperado das viagens para as aulas.

RESUMO

DUARTE, Radson Rangel Ferreira. O princípio da segurança jurídica no direito do trabalho e direito processual do trabalho: enfoque sob a Lei nº 13.467/2017. 2019. 258f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2019.

A segurança é uma exigência humana, o que se projeta nas relações jurídicas. O presente estudo propõe uma ressignificação da segurança jurídica no direito material e processual do trabalho, que compreende não apenas uma concepção formal, mas, especialmente, como uma proteção contra o exercício desmesurado do poder, além de sua vinculação aos valores e garantias fundamentais inseridos no ordenamento pátrio. Para tanto, sustenta ser necessário que a interpretação das normas observe um procedimento no qual os seus destinatários possam efetivamente participar da resposta além do que a decisão deve ser justificada segundo critérios admitidos no corpo social. Embora promulgada sob o discurso de proporcionar segurança jurídica, reputa-se que a Lei 13.467/2017 realizou alterações no âmbito do Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho que comprometem esse princípio situado no âmbito da Constituição. Isso ocorre, dentre outros temas, ao afastar a ideia de estabilidade na preservação de situações jurídicas que se desenvolvem por longo tempo além de dificultar a uniformização jurisprudencial e contribuir para que haja uma imprevisibilidade no entendimento dos tribunais trabalhistas.

Palavras-chave: Segurança Jurídica. Reforma Trabalhista. Lei nº 13.467/2017. Gratificação de Função. Uniformização Jurisprudencial.

ABSTRACT

DUARTE, Radson Rangel Ferreira. The principle of legal certainty in labor law and procedural labor law: focus under Law No. 13.467 / 2017. 2019. 258f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2019.

Security is a human requirement, which is projected in legal relations. The present study proposes a resignification of legal certainty in both material and procedural labor law, which includes not only its formal conception but especially a protection against the excessive exercise of power, as well as its connection to the fundamental values and guarantees contained in the legal system. Therefore, it is stated that it is necessary to follow a procedure in interpretation of legal norms in which its addressees can effectively participate in the Court decision, that must be justified under society's accepted criteria. Although promulgated to provide legal certainty, Law 13.467 / 2017 made changes in Labor Law and Procedural Labor Law that compromise this constitutional principle. This occurs, among other issues, by rejecting the idea of stability in the preservation of legal relations that develop over a long time, as well as making it difficult to unify jurisprudence, contributing to an unpredictability of labor courts decisions.

Keywords: Legal Certainty. Labor Reform. Law 13467/2017. Labor Bonus. Jurisprudential Unification.

LISTA DE ABREVIATURAS

ADC	Ação Declaratória de Constitucionalidade
ADCT	Atos das Disposições Constitucionais Transitórias
ADI	Ação Declaratória de Inconstitucionalidade
ADPF	Arguição por Descumprimento de Preceito Fundamental
ARE	Agravo Regimental em Recurso Extraordinário
Art.	artigo
CC	Código Civil
CC	Conflito de Competência
CF	Constituição Federal
CIPA	Comissão Interna de Prevenção de Acidentes
CIPATR	Comissão Interna de Prevenção de Acidentes de Trabalho Rural
CLT	Consolidação das Leis do Trabalho
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CPC	Código de Processo Civil
Dt. Julg.	Data de julgamento
EC	Emenda Constitucional
En.	Enunciado
FGTS	Fundo de Garantia por Tempo de Serviço
IRR	Incidente de Recurso Repetitivo
LINDB	Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro
MP	Medida Provisória
MS	Mandado de Segurança
NR	Norma Regulamentadora
OIT	Organização Internacional do Trabalho
OJ	Orientação Jurisprudencial
Rel. min.	Relator ministro
RODC	Recurso Ordinário em Dissídio Coletivo
RE	Recurso Extraordinário
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
SV	Súmula Vinculante
SDC	Seção de Dissídios Coletivos
SDI	Seção de Dissídios Individuais
SbDI-I	Subseção I de Dissídios Individuais
SbDI-II	Subseção II de Dissídios Individuais
TRT	Tribunal Regional do Trabalho
TST	Tribunal Superior do Trabalho

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	19
1 A NECESSIDADE HUMANA DE SEGURANÇA.....	23
2 O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA.....	31
2.1 Causas de insegurança jurídica.....	31
2.1.1 Causas sociais.....	31
2.1.2 Causas legislativas.....	34
2.1.3 Causas jurisprudenciais.....	37
2.2 A segurança como um fenômeno jurídico.....	38
2.3 Conceito de segurança jurídica.....	42
2.4 A segurança jurídica como um princípio constitucional.....	45
2.4.1 A segurança jurídica como um princípio.....	45
2.4.2 Sede normativa do princípio da segurança jurídica.....	50
2.5 O caráter multifacetário da segurança jurídica.....	57
2.5.1 A segurança jurídica como conhecimento: determinação, cognoscibilidade e compreensibilidade.....	57
2.5.2 A segurança jurídica como estabilidade e confiabilidade.....	60
2.5.3 A segurança jurídica como previsibilidade e calculabilidade.....	61
2.6. O princípio da segurança jurídica sob o prisma subjetivo: a proteção da confiança legítima.....	62
2.7 A segurança jurídica sob uma perspectiva argumentativa.....	74
2.8 Destinatários da segurança jurídica.....	82
2.9 A segurança jurídica como um valor.....	85
3 A REVERSÃO AO CARGO EFETIVO E A VIOLAÇÃO DA ESTABILIDADE FINANCEIRA DO EMPREGADO.....	93
3.1 O instituto da estabilidade no Direito do Trabalho.....	93
3.1.1 Aspectos gerais.....	93
3.1.2 A estabilidade como essência do contrato de trabalho – a noção de estabilidade social.....	99
3.2 O poder empregatício.....	101

3.3 Alterações contratuais.....	106
3.4 Boa-fé objetiva no Direito do Trabalho.....	118
3.5 Reversão do empregado ao cargo efetivo e a impossibilidade de supressão de parcela salarial como expressão da segurança jurídica.....	130
4 AS RESTRIÇÕES À CRIAÇÃO DE SÚMULAS E A VIOLAÇÃO À PREVISIBILIDADE HERMENÊUTICA DOS TRIBUNAIS TRABALHISTAS.....	143
4.1 Aspectos técnicos do Direito do Trabalho como exigência da atuação jurisdicional.....	143
4.1.1 A existência de lacunas e contradições no ordenamento juslaboral.....	144
4.1.2 O caráter aberto dos textos normativos trabalhistas.....	150
4.2 Requisitos estabelecidas pela Lei 13.467/17 para a edição de enunciado de súmula.....	159
4.3 A uniformização jurisprudencial como um dos vetores da segurança jurídica.....	162
4.4 A violação da segurança jurídica pela fixação de óbices na uniformização da jurisprudência.....	178
5 A (IN)SEGURANÇA JURÍDICA EM OUTRAS ALTERAÇÕES PROVOCADAS PELA LEI 13.467/2017.....	185
5.1 Sucessão de diplomas normativos como fator de insegurança jurídica.....	185
5.2 Falta de previsibilidade quanto às relações jurídicas continuadas.....	189
5.3 Critérios para a responsabilização dos sócios.....	195
5.4 Possibilidade de inversão do ônus da prova no processo do trabalho.....	201
5.5 Acordo extrajudicial.....	207
5.6 Antecipação da definição do valor do crédito.....	209
5.7 Transcendência como requisito do recurso de revista.....	212
5.8 Insegurança quanto ao conteúdo da decisão tomada em sede de arbitragem.....	215
CONCLUSÕES.....	223
REFERÊNCIAS.....	235

INTRODUÇÃO

A segurança é uma das principais necessidades pessoais, o que exige que o Direito, instituição destinada a regular as relações humanas, adote mecanismos para alcançá-la. Por isso, em um ordenamento jurídico, há diversos institutos que resultam dessa necessidade inerente do ser humano em ter um ambiente pessoal e social marcado por uma estabilidade, previsibilidade, calculabilidade, confiabilidade, conhecimento e determinação nas relações intersubjetivas.

Essa exigência ocorre, igualmente, no âmbito de um contrato de trabalho, uma espécie de relação jurídica que se desenvolve no tempo e que contempla uma assimetria natural entre os seus sujeitos, ou seja, trata-se de um ambiente propício ao surgimento de situações que carecem da concretização da segurança jurídica.

O presente estudo assenta-se na premissa de ser a segurança jurídica um princípio previsto na própria Constituição Federal. Essa conclusão decorre não apenas no fato de esse diploma normativo contemplá-la expressamente (art. 5º, *caput*; art. 103-A, § 1º) mas também, como reconhece a doutrina, na previsão constante no seu artigo 1º pelo qual o Brasil é um Estado Democrático de Direito, fundado, dentre outros, no princípio da dignidade. Ademais, é possível identificar esse *locus* da segurança jurídica ao se recorrer ao método indutivo mediante diversos dispositivos constitucionais: a divisão funcional das funções estatais; a existência de um espaço constitucional imune a alterações; a irretroatividade das leis, salvo para beneficiar o réu; a intangibilidade de situações fáticas, em razão dos institutos da prescrição, decadência e estabilidade, ou de situações jurídicas, como o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada; a existência de restrições legais em benefício dos contribuintes; a exigência de que mudanças implementadas respeitem expectativas legítimas; a fixação de regras de competência e procedimentais etc.

A relação da segurança jurídica com o Estado Democrático de Direito significa a busca de uma proteção conferida pelo próprio ordenamento jurídico. Mas, ao mesmo tempo, essa previsão exige que a atuação estatal contemple os valores vinculados à íntima existência da pessoa, como a democracia, a liberdade, a dignidade e os valores sociais do trabalho, explicitamente alcançados no texto constitucional. Essas exigências indicam que a segurança jurídica não se satisfaz apenas formalmente, com o atendimento aos textos legais, a despeito de sua marcante importância, pois exige a satisfação de um conteúdo material.

Em sua essência, a segurança jurídica é uma proteção contra a atuação indevida de determinadas prerrogativas ou situações jurídicas, um anteparo ao exercício arbitrário do detentor de uma posição jurídica de superioridade na relação jurídica. No âmbito do Direito do Trabalho, é um truísmo afirmar, o empregador ocupa uma posição de destaque na relação jurídica, o que expressa a necessidade de a segurança jurídica ter uma eficácia especial em relação ao empregado. Por isso, o presente trabalho apresenta uma ressignificação da segurança jurídica, consubstanciada na adequação a valores expressos no ordenamento jurídico.

Como será visto, a segurança jurídica não se apresenta como um feixe monolítico e unidirecional, antes, tem um amplo leque de atuação. Ela volta seu olhar ao passado, na preservação das situações constituídas, na ideia de estabilidade, como também possui uma atenção primordial com o futuro, seja na forma de oferecer mecanismos de previsibilidade, seja na forma de permitir calculabilidade, seja em oferecer confiabilidade. Não obstante o presente estudo busque apresentar algumas manifestações multifacetárias da segurança jurídica, atentar-se-á especialmente à estabilidade que deve reger as relações jurídicas entre particulares bem como à confiabilidade na jurisprudência enquanto manifestação estatal.

No capítulo 1 expôs-se a teoria de Abraham Maslow sobre as necessidades humanas. Ainda que se objete que essa teoria encontra-se ultrapassada, não se pode negar a sua importância ao propor um escalonamento relativo às necessidades humanas, encontrando-se na sua base, logo na segunda posição, as necessidades de segurança. Essa exposição foi descritiva e teve como objetivo destacar que o ser humano carece de um ambiente marcado pela segurança.

A doutrina juslaboral (que alcança o direito material e processual) não se dedica, de forma sistemática, ao estudo da segurança jurídica, realizando de forma esparsa referências a alguns de seus elementos indutivos, como a irretroatividade da lei, a coisa julgada etc. Tendo em vista essa realidade, recorreu-se a obras escritas sob a ótica de outros ramos do Direito igualmente sensíveis às expressões da segurança jurídica¹, o que não compromete o resultado da pesquisa uma vez que a segurança jurídica é um dos temas centrais de toda a teoria jurídica, embora guarde especificidades de acordo com a área de análise.

A presente pesquisa teve como objetivo estudar a incidência do princípio da segurança jurídica no Direito do Trabalho e no Direito Processo do Trabalho, com especial atenção à

¹ A presente pesquisa possui teve como principal marco teórico o estudo apresentado pelo professor Humberto Ávila na obra Teoria da segurança jurídica, publicada pela Malheiros Editores (4. ed. 2016). Inicialmente escrita sob a perspectiva do Direito Tributário (Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário. Malheiros Editores, 2011), essa obra, como o autor afirma no prefácio à 3ª edição, deixou de restringir seu enfoque àquela disciplina.

reforma trabalhista proporcionada pela Lei 13.467/2017. Esse objetivo decorre do fato de, no contexto da tramitação do projeto que culminou com a edição desse diploma normativo, ter sido propagada a necessidade de implementação da segurança jurídica nas relações de emprego. Com efeito, o relator na Câmara dos Deputados Federais do projeto que culminou com a edição da Lei 13.467/2017 mencionou, como fundamento das alterações propostas, a palavra “segurança” em 22 (vinte e duas) ocasiões ao passo que o seu antônimo “insegurança” foi mencionado 7 (sete) vezes. Daí, o tema da segurança jurídica ter sido um importante vetor, ao menos formalizado, de inspiração na edição desse texto legislativo.

Todavia, a pesquisa identificou diversos pontos da reforma trabalhista que comprometem a noção de segurança jurídica, paradoxalmente ao que foi suscitado nesse relatório.

A primeira violação identificada à segurança jurídica consiste na ofensa à estabilidade e confiança depositadas pelo empregado na preservação de sua condição pessoal.

A posição de destaque do empregador no contrato de trabalho possibilita-lhe a realização de alterações nesse vínculo que se caracteriza por ser uma relação jurídica que se desenvolve no tempo. Em razão dessa prerrogativa, o empregador pode determinar que o empregado passe a ocupar um cargo de confiança, normalmente com o pagamento de gratificação de função, ou revertê-lo ao cargo definitivo, com a supressão dessa parcela. Ocorre que o desempenho do cargo de confiança e a respectiva percepção da gratificação de função por longo período criam no empregado a expectativa da preservação de uma certa estabilidade financeira e ensejam no empregado uma confiabilidade nessa situação fática. Assim, embora a Lei 13.467/2017 apresente como válida a supressão salarial em decorrência da reversão ao cargo definitivo, os elementos do caso concreto poderão permitir conclusão diversa em razão da incidência do princípio da segurança jurídica sob o prisma da proteção da confiança legítima do empregado.

Assim, no capítulo 3, esse será um dos pontos enfrentados na presente pesquisa.

A segunda manifestação de insegurança jurídica propiciada pela Lei 13.467/2017, estudada no capítulo 4, corresponde à criação de óbices na uniformização jurisprudencial.

O ordenamento juslaboral apresenta características que dificultam o planejamento das ações no âmbito de uma relação trabalhista, situação que dificulta seus planejamentos, o que compromete a exigência de segurança jurídica. Daí, a necessidade de os tribunais trabalhistas uniformizarem os seus posicionamentos como uma forma de permitir às pessoas a previsibilidade e a calculabilidade nas relações com outras pessoas, pois a jurisprudência

assume um fator de concretização da segurança jurídica. Todavia, a Lei 13.467/2017 inseriu dispositivo na CLT que estabelece uma série de requisitos que comprometem essa tarefa uniformizadora a ser realizada pelos tribunais.

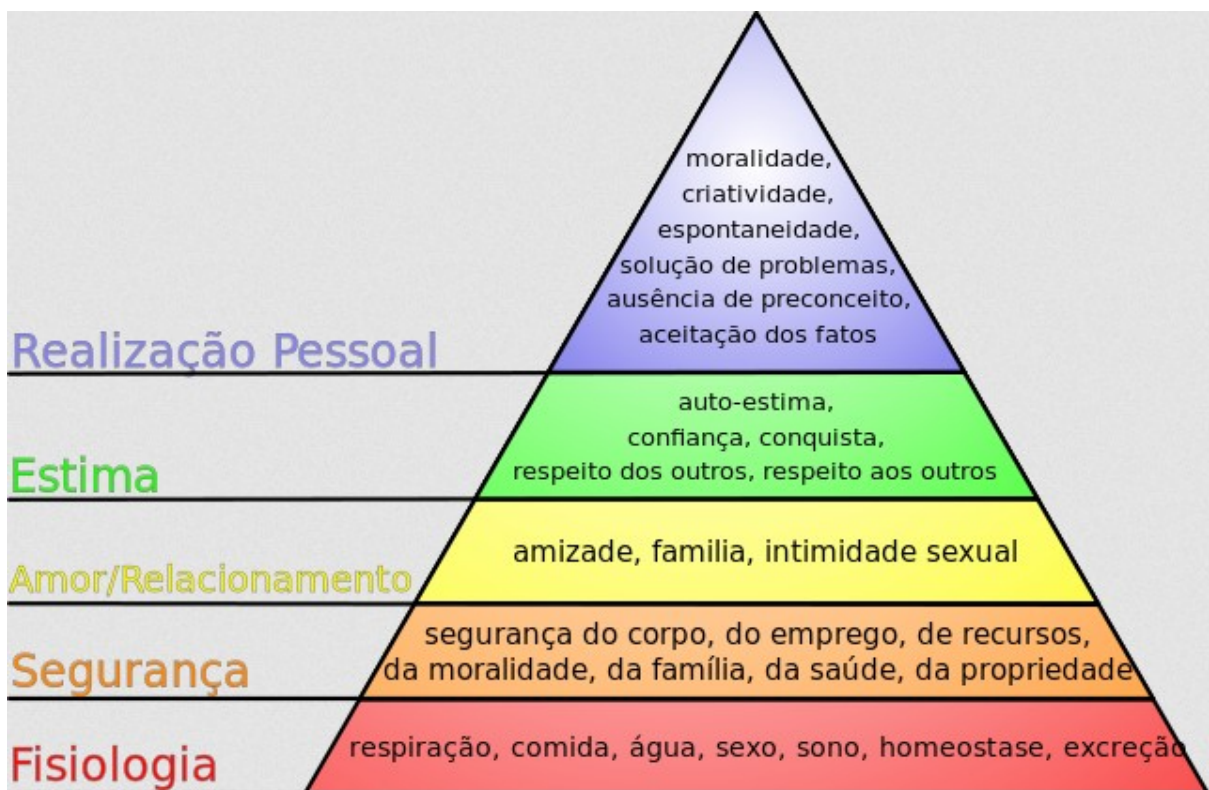
Apesar de esses dois assuntos ocuparem grande parte das atenções no presente estudo, em relação aos quais houve uma atenção mais extensa, a pesquisa permitiu identificar diversos outros aspectos nos quais a Lei 13.467/2017 teve uma preocupação com a segurança jurídica, não obstante nem sempre tenha logrado êxito em concretizá-la. Esses outros aspectos serão analisados no capítulo 5, no qual optou-se por uma mudança metodológica, em razão da qual o enfoque foi direto como forma de viabilizar a conclusão da pesquisa, embora entenda-se não ter havido comprometimento de seus resultados.

A pesquisa adotou como forma de abordagem, ainda que não exclusivamente, o método crítico-dialético, que se prima pela ação recíproca entre os aspectos a serem analisados, submetendo afirmações a contradições e críticas como forma de chegar a uma conclusão. Quanto à metodologia utilizada, tratou-se de pesquisa bibliográfica pois realizada a partir de estudos anteriores, ainda que levadas a efeito em outras áreas ou de autores trabalhistas sobre temas que envolvem o Direito do Trabalho e o Processo do Trabalho. Ademais, quanto às fontes, pautou-se por uma pesquisa documental, em textos doutrinários, nos textos legais (especialmente a CF, a CLT, a Lei 13.467/2017) ou também em manifestações jurisprudenciais – fonte utilizada com parcimônia para que a pesquisa não se transformasse em uma mera repetição dos posicionamentos pretorianos. Assim, houve uma abordagem qualitativa, metodologia adotada para o tratamento e análise de informações constantes nos documentos, de forma a se compreender criticamente o sentido das comunicações.

Por fim, uma observação: como será visto, houve o uso extensivo de notas de rodapé. Embora o ideal fosse a parcimônia, optou-se por tal metodologia como forma de explicar aspectos relativos ao texto mas que, se aqui inseridos, poderiam dificultar ainda mais a fluência da leitura.

1. A NECESSIDADE HUMANA DE SEGURANÇA

Abraham Maslow (1908-1970), psicólogo norte-americano, em meados do século XX, apresentou uma teoria em razão da qual as necessidades humanas são organizadas em diversos níveis, segundo uma escala hierárquica de valores². Trata-se de uma escala crescente, semelhante a uma pirâmide, em cuja base contém as necessidades mais básicas, ao passo que, no topo, estariam exigências inerentes à satisfação pessoal: a “pirâmide de necessidades humanas” ou “hierarquia dos motivos humanos”. Assim, segundo essa proposta, ter-se-iam os seguintes níveis de necessidades humanas³:



- a) necessidades fisiológicas. Correspondem, como o próprio nome expressa, às necessidades inerentes ao funcionamento do corpo humano e à própria sobrevivência da pessoa. São as necessidades mais básicas de qualquer pessoa,

² Sampaio não restringe a teoria de Maslow aos 5 níveis acima mencionados. Para ele, também existem as necessidades de conhecimento e as necessidades estéticas (SAMPAIO, Jáder dos Reis. VOLUNTÁRIOS: um estudo sobre a motivação de pessoas e a cultura em uma organização do terceiro setor. 2004. 255f. Tese (doutorado). Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade. USP. São Paulo).

³ Disponível em:

https://upload.wikimedia.org/wikipedia/commons/thumb/6/65/Hierarquia_das_necessidades_de_Maslow.svg/640px-Hierarquia_das_necessidades_de_Maslow.svg.png. Acesso em: 16 jul. 2019.

como o sono, os desejos sexuais, a respiração, a excreção, dormir, abrigo, dentre outras. Nota-se que essa categoria permite reconhecer a existência de uma grande proximidade do ser humano com outros animais. Esse caráter primário explica, por exemplo, condutas aparentemente irracionais ou a prática de atos extremos em busca de alimentos (como o chamado “furto famélico” etc.), situações nas quais o comportamento do indivíduo tem como finalidade encontrar alívio da pressão que essas fisiológicas necessidades produzem sobre o organismo (SILVA *et al.*, 2006);

- b) necessidades de segurança. Decorrem de uma busca por um ambiente estável que possibilite a proteção da pessoa. Trata-se, igualmente, de uma necessidade primária e tem como premissa o fato de o ser humano carecer de um ambiente sem ameaças. “Assim o conceito de segurança de Abraham Maslow compreende uma certa estabilidade, entendimento e controles dos padrões de mudança do ambiente em que a pessoa se encontra” (SAMPAIO, 2004, p. 66), ou, conforme as próprias palavras de Maslow (1943, s.l):

As necessidades de segurança – Se as necessidades fisiológicas são relativamente bem satisfeitas, surge então um novo conjunto de necessidades, que podemos classificar grosseiramente como as necessidades de segurança. Tudo o que foi dito das necessidades fisiológicas é igualmente verdadeiro, embora em menor grau, desses desejos. O organismo pode igualmente ser totalmente dominado por eles. Eles podem servir como os organizadores quase exclusivos de comportamento, recrutando todas as capacidades do organismo a seu serviço, e podemos então descrever o organismo como um mecanismo de busca de segurança. Mais uma vez podemos dizer dos receptores, dos efetores, do intelecto e das outras capacidades que eles são primariamente ferramentas de busca de segurança. Novamente, como no homem faminto, descobrimos que o objetivo dominante é um forte determinante não apenas de sua atual visão de mundo e filosofia, mas também de sua filosofia do futuro. Praticamente tudo parece menos importante que a segurança (até mesmo as necessidades fisiológicas que estão sendo satisfeitas agora são subestimadas). Um homem, neste estado, se for extremo o suficiente e crônico o suficiente, pode ser caracterizado como vivendo quase só por segurança⁴.

- c) necessidades de pertencimento. Dizem respeito ao reconhecimento ou aceitação pelo círculo social, à busca de aprovação às necessidades de afeto ou amizade.

4 Tradução nossa do seguinte trecho:

“The safety needs. -- If the physiological needs are relatively well gratified, there then emerges a new set of needs, which we may categorize roughly as the safety needs. All that has been said of the physiological needs is equally true, although in lesser degree, of these desires. The organism may equally well be wholly dominated by them. They may serve as the almost exclusive organizers of behavior, recruiting all the capacities of the organism in their service, and we may then fairly describe the whole organism as a safety-seeking mechanism. Again we may say of the receptors, the effectors, of the intellect and the other capacities that they are primarily safety-seeking tools. Again, as in the hungry man, we find that the dominating goal is a strong determinant not only of his current world-outlook and philosophy but also of his philosophy of the future. Practically everything looks less important than safety, (even sometimes the physiological needs which being satisfied, are now underestimated). A man, in this state, if it is extreme enough and chronic enough, may be characterized as living almost for safety alone.”

São necessidades secundárias, de caráter psicológico. Propõem os estudiosos que a frustração dessas necessidades inviabiliza o alcance do nível superior: a “sensação de não ser aceite isola o indivíduo do meio e provoca uma queda muito forte na sua auto-estima” (SILVA *et al.*, 2006);

- d) necessidades de autoestima. Dizem respeito ao juízo que as pessoas fazem de si, ou seja, a forma como a própria pessoa se vê e se avalia; trata-se de uma avaliação pessoal, a percepção de dignidade pessoal. Assim, para atender a tais necessidades, buscam-se os “símbolos hierárquicos” (SILVA *et al.*, 2006), como o caso de adquirir um carro cada vez melhor, uma casa maior, roupas de determinada grife etc.;
- e) necessidades de autorrealização. Correspondem às necessidades de desenvolvimento das capacidades de cada pessoa em um contínuo “empoderamento”. Consiste na tendência da pessoa em superar os seus próprios limites com vistas à concretização de suas potencialidades. “Esta tendência geralmente expressa-se através do impulso de a pessoa se tornar sempre mais do que é e de vir a ser tudo o que pode ser” (SILVA *et al.*, 2006).

Embora bastante utilizada em perspectivas motivacionais, marketing e produtividade da força de trabalho⁵, a teoria de Maslow consiste em um estudo que busca permitir a compreensão do homem em sociedade (SAMPAIO, 2004, p. 60).

5 Nesse sentido, destacam-se diversos estudos: a) HESKETH, J. L.; COSTA, M. T. P. M. Construção de um instrumento para medida de satisfação no trabalho. *Revista de Administração de Empresas*, São Paulo, v. 20, n. 3, p. 59-68, set. 1980. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-75901980000300005&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 17 mai. 2018; b) MATSUOKA, L. T.; SILVA, J. J. Os eventos e a hierarquia das necessidades humanas de Maslow: conjecturas na sociedade contemporânea. *Colloquium Humanarum, Presidente Prudente*, v. 10, p. 633-639, 2013; c) SILVA, Vander Luiz da; et al. Análise da motivação de pessoas: um estudo baseado em princípios da hierarquia de necessidades de Maslow. *Revista Foco*, v. 10, n. 2, jan./jul., 2017, p. 148-166; d) SILVA, Andreia.; et al. Motivação no trabalho. Portugal: Universidade do Minho, 2006. Disponível em: <http://susanacosta.files.wordpress.com/2006/12/motivacao.pdf>. Acesso em: 14 jun. 2018; e) TAVARES, M. S. R. A. T. Motivação e desempenho dos funcionários da Administração Pública cabo-verdiana actual. Lisboa. 203 f. 2010 Dissertação (Mestrado) – Universidade Aberta de Portugal, Lisboa – Portugal. p. 69-72. Disponível em: <http://www.portaldoconhecimento.gov.cv/bitstream/10961/182/1/Motiva%C3%A7%C3%A3o%20e%20Desempenho%20Dos%20Funcion%C3%A1rios%20Da%20Administra%C3%A7%C3%A3o.pdf>. Acesso em: 5 jul. 2018.

Não obstante sejam objeto de diversas críticas⁶, os estudos de Maslow apresentam utilidade à presente pesquisa por oferecerem subsídios que permitem reconhecer a segurança como uma exigência humana de natureza básica.

Por se tratar de uma necessidade humana, a segurança corresponde a um estado de motivação, isto é, o propósito ao qual devem ser direcionadas as condutas humanas (SAMPAIO, 2004, p. 62), ou, como expressam outros autores, o conjunto de atitudes que orienta e determina a atuação rumo a determinado objetivo (SILVA, *et al.*, 2017, p. 150). Assim, a

busca de um mundo ordenado e previsível, protegido e seguro são manifestações típicas dessa necessidade e leva o indivíduo a proteger-se de qualquer perigo real ou imaginário, físico ou abstracto, nomeadamente protecção contra: perigo, doença, desemprego, roubo. Quando essas necessidades não são satisfeitas, causam incerteza e insegurança (TAVARES, 2010, p. 70).

Nessa ordem de ideias, não se pode negar que o perigo, em qualquer uma de suas manifestações (físico, profissional, pessoal etc.), provoca insegurança e domina o comportamento da pessoa. Isso explica, por exemplo, nas cidades, o interesse por moradias que assegurem proteção às pessoas, presente o fenômeno das segregações dentro das cidades; as pessoas que possuem condições recorrem a carros blindados, isto quando não buscam serviços de segurança pessoal; o mercado de tecnologia de segurança desenvolve-se em grande velocidade etc.

A segurança física, porém, é apenas uma das manifestações da segurança.

Relações afetivas, por mais que se viva em uma realidade líquida, são idealizadas como duradouras. O ser humano trabalha com perspectivas a longo prazo, como lograr êxito em um determinado projeto pessoal ou profissional, a obtenção de um financiamento imobiliário. Como não poderia deixar de ocorrer, a necessidade de segurança tem especial destaque no exercício profissional. Nesse sentido, destacam-se as seguintes transcrições, feitas de pesquisas distintas:

6 É certo que tal teoria é criticada por apresentar um caráter idealista e com otimismo exacerbado, com pretensões universais e aplicabilidade a todas as pessoas (SILVA *et al.*, 2006). Não é possível afirmar que sempre seja observada a hierarquização de necessidades humanas segundo aqueles critérios propostos pelo autor norte-americano, pois não parece ser absoluta a ideia de haver um percurso sucessivo das etapas que formam aquela pirâmide de superação. Se não bastasse, pode se afirmar também que, mesmo que satisfeitas as necessidades de um nível, não há obrigatoriedade de busca da satisfação das necessidades estabelecidas no nível seguinte. Por fim, uma necessidade não desaparece apenas porque satisfeita. Jáder Sampaio (2004, p. 71) sustenta que a teoria de Maslow foi objeto de testes: “Muitos autores posteriores a Maslow se propuseram a fazer pesquisas empíricas sobre a hierarquia de necessidades, e a maioria deles não encontrou resultados que a sustentassem. Entretanto, seus experimentos foram calcados, em sua maioria, no pressuposto da rigidez da hierarquia, o que, como foi visto, não se coaduna com o pensamento do autor a quem se propuseram avaliar”.

Vejam, por exemplo, o caso de um empregado que está numa forte relação de dependência com a empresa na qual trabalha. A ocorrência de ações administrativas arbitrárias podem provocar incerteza ou insegurança no empregado, quanto à sua permanência no emprego. Se essas ações ou decisões transmitem sentimentos de discriminação, favoritismo ou alguma política administrativa imprevisível, podem tornar-se poderosos factores de geração de insegurança no indivíduo. (SILVA *et al.*, 2006).

Nível de segurança: queixas relativas à segurança e estabilidade no trabalho, ao medo de ser despedido arbitrariamente, a não poder planejar o orçamento familiar devido à falta de garantia quanto à permanência no trabalho, à arbitrariedade do supervisor com respeito a possíveis indignidades a que o indivíduo tenha que se submeter para se manter no trabalho, à própria segurança física com relação a possíveis acidentes no trabalho, a uma assistência médica mais eficiente e atuante. (ESKETH; COSTA, 1980).

Essa necessidade de segurança ajuda a explicar a opção humana por relações estáveis no trabalho, especialmente porque tal tema é um dos mais sensíveis ao ser humano. Nesse sentido, a estabilidade no emprego, a aderência do empregado ao trabalho como forma de assegurar a subsistência pessoal e familiar, é uma preocupação constante que tem suscitado a atenção dos estudiosos⁷.

Neste particular, algo é certo: o mundo do trabalho passa por uma intensa transformação (SCHWAB, 2016, p. 42), em razão da qual haverá uma radical substituição do trabalho por tecnologia e automação; as novas tecnologias mudarão radicalmente a natureza do trabalho, com a possibilidade do desaparecimento de grande parte dos empregos. Estudo realizado pela Universidade de Oxford⁸, publicado em 2013, concluiu que 47% do emprego total dos Estados Unidos correm o risco de desaparecer em uma ou duas décadas⁹. Tal

7 Sobre esse tema, o item 3.1 do capítulo 3 no presente estudo far-se-á uma análise de diversas hipóteses de estabilidade no emprego.

8 FREY, Carl Benedikt, OSBORNE, Michael Osborne. “The Future of Employment: How Susceptible Are Jobs to Computerisation?”, Oxford Martin School, Programme on the Impacts of Future Technology, University of Oxford, 17 set. 2013. Disponível em: http://www.oxfordmartin.ox.ac.uk/downloads/academic/The_Future_of_Employment.pdf?inf_contact_key=0618992509141a08491ed57cd55161a4b9c00f457af8bf78ab89e2ece0943416. Acesso em: 27 jul. 2018.

Observe-se, todavia, que essa preocupação não é recente. Adverte Klaus Schwab (2016, p. 41) que já em 1931, Keynes alertava sobre o risco do desemprego, afirmando que “nossa descoberta dos meios de economizar o uso de trabalho ultrapassa o ritmo no qual podemos encontrar novos usos para o trabalho” (SCHWAB, Klaus. A quarta revolução industrial. Tradução Daniel Moreira Miranda, São Paulo: Edipro, 2016). É certo que aquele receio ao final restou afastado, como expressa Schwab; mas, sob uma nova realidade social, esse autor indaga (2016, p. 41): “Provou-se que isso estava errado, mas e se isso mostrar-se verdadeiro dessa vez?” Ademais, é possível que no Brasil o ritmo seja menos intenso pois aqui o custo salarial não é tão elevado quanto nos Estados Unidos, de forma que a substituição de pessoas por tecnologia não seja tão interessante, sob o prisma financeiro, em todas as profissões.

9 O estudo analisou 702 (setecentas e duas) profissões com probabilidade de sua automação. A conclusão foi no sentido de que as profissões caracterizadas pela rotina e pela repetição estão mais sujeitas ao desaparecimento; nesse grupo, operadores de telemarketing, avaliadores de seguros, “hosts” e “hostesses” de restaurantes, corretores de imóveis, entregadores, mensageiros etc. Já as ocupações e cargos cognitivos que exigem um grau maior de criatividade terão um crescimento, como os assistentes sociais em caso de abuso de

constatação tem o condão de provocar insegurança nas pessoas ante a incerteza sobre a própria existência de sua profissão¹⁰.

A previdência social talvez seja o mais eloquente exemplo da afirmação de a pessoa carecer de um mínimo de segurança pessoal e familiar. Isso se dá pela exigência de proporcionar uma capacidade financeira compatível com os valores atualmente percebidos, especialmente em fase da vida de maior necessidade, em face do envelhecimento biológico. Além da previdência oficial, vicejam planos de previdência complementar (ou privada) como forma de assegurar uma renda extra nesse momento especial.

Com proximidade a essa linha de raciocínio, o contrato de seguro é um instrumento a concretizar a necessidade de segurança e proteção ao patrimônio e à pessoa. Tão grande a sua importância que, em alguns casos de relevo social, esse contrato é obrigatório, como se dá em relação a veículos, condomínios, acidentes do trabalho, transporte de pessoas e bens, além de inúmeras outras hipóteses contempladas no art. 20 do Decreto-Lei 70/66¹¹.

Mas não apenas no âmbito pessoal ou psicológico ocorre a necessidade de segurança.

A economia pressupõe investimentos, muitas vezes, vultosos, de forma que a imprevisibilidade jurídica e a instabilidade decisória são fatores que, certamente, inviabilizam ou dificultam a realização de investimentos por interessados e a elevação do nível de negócios. Nesse sentido, traz-se o exemplo sobre a definição de qual seria a categoria profissional dos empregados nas usinas de cana-de-açúcar, a demonstrar o quão temerário economicamente é para o empresário a indefinição sobre tal tema, pois, a depender do

substâncias e saúde mental, coreógrafos, cirurgiões, gerentes de recursos humanos, diretores etc. Sobre o tema, cf.: SCHWAB, 2016, p. 43-52.

10 Como afirmam os portugueses João Leal Amado e Teresa Coelho Moreira (2019, p. 65), “o trabalhador atualmente, neste Mundo Novo do Trabalho, para não ser excluído, tem de ter obrigatoriamente um QI digital mínimo que lhe permita conhecer, sobreviver e trabalhar na era digital” (AMADO, João Leal; MOREIRA, Teresa Coelho. A lei portuguesa sobre o transporte de passageiros a partir de plataforma eletrônica: sujeitos, relações e presunções. *In Labour & Law Issues*. Vol. 5, n. 1, 2019).

11 “Sem prejuízo do disposto em leis especiais, são obrigatórios os seguros de:

- a) danos pessoais a passageiros de aeronaves comerciais;
- b) responsabilidade civil do proprietário de aeronaves e do transportador aéreo;
- c) responsabilidade civil do construtor de imóveis em zonas urbanas por danos a pessoas ou coisas;
- d) bens dados em garantia de empréstimos ou financiamentos de instituições financeiras pública;
- e) garantia do cumprimento das obrigações do incorporador e construtor de imóveis;
- f) garantia do pagamento a cargo de mutuário da construção civil, inclusive obrigação imobiliária;
- g) edifícios divididos em unidades autônomas;
- h) incêndio e transporte de bens pertencentes a pessoas jurídicas, situados no País ou nêles transportados;
- i) crédito rural; (Revogado pela Lei Complementar nº 126, de 2007)
- j) crédito à exportação, quando julgado conveniente pelo CNSP, ouvido o Conselho Nacional do Comércio Exterior (CONCEX);
- l) danos pessoais causados por veículos automotores de vias terrestres e por embarcações, ou por sua carga, a pessoas transportadas ou não;
- m) responsabilidade civil dos transportadores terrestres, marítimos, fluviais e lacustres, por danos à carga transportada.

Parágrafo único. Não se aplica à União a obrigatoriedade estatuída na alínea 'h' deste artigo.”

posicionamento judicial, varia a representação sindical viabilizadora da elaboração de normas convencionais¹², o que pode tornar inválidas, normas convencionais firmadas por entidades sindicais que, sob uma determinada compreensão jurisprudencial, não detêm a legitimidade de representação.

Desse modo, pode-se afirmar que a segurança, uma exigência de proteção contra as ameaças às condições essenciais de sobrevivência humana (ÁVILA, 2016, p. 122), é um valor absolutamente caro no seio social, em face de sua íntima relação com as necessidades da pessoa¹³. Como afirmou Ricardo Dip,

O temor e o medo humanos são fenômenos universais de aversão ao mal: *Ubi es?... Vocem tuam in paradiso et timui... Onde estás?... Ouvi o barulho de Teus passos no jardim e tive medo...*

De um mero e repentino susto, emoção resultante de uma forte impressão súbita da perspectiva de males iminentes, até as gradações mais intensas, como a de pavor ou pânico, o temor é uma constante da história dos homens.

[...].

Tanto seja o temor um movimento comum aos homens, são-lhes também ordinários seus opostos: a audácia e a segurança (2012, p. 40-41).

12 Retornar-se-á esse tema no item 4.3.

13 “A politicidade ou sociabilidade natural do homem assina ao fim comum da sociedade a tarefa de realizar o bem real humano – equivale a dizer, a satisfação da natureza do homem –, o que inclui, o quanto possível, a consecução da segurança política ou social. Não apenas, pois *ubi homines, ibi societas* e *ubi societas, ibi ius*, mas também *ubi homines et societas, ibi securitas iuris*: a segurança jurídica, portanto, é uma propriedade natural da sociedade política” (DIP, Ricardo Henry Marques. Segurança jurídica e crise pós-moderna. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 50).

2. SEGURANÇA JURÍDICA

2.1 Causas de insegurança jurídica

Humberto Ávila (2016, p. 51), após afirmar que o “ponto de partida para a análise da segurança deve ser, pois, a insegurança”, logo em seguida transcreve a lição de José Souto Maior Borges: “Como a segurança é valor e, pois, bipolar e relacional, implica logicamente seu contravalor, a insegurança, ao qual se contrapõe”. Para além dos fatores de insegurança social, genericamente considerados, atraí-nos, neste momento (embora não em uma análise mais aprofundada, pois não se trata do cerne do presente trabalho), a apresentação de causas que provocam a insegurança jurídica, que podem ser agrupadas em 3 (três) ordens: sociais, legislativas e jurisdicionais.

2.1.1 Causas sociais

Atualmente vivencia-se um momento de intensas transformações sociais – especialmente marcadas pela revolução tecnológica, a qual se convencionou chamar de “4ª Revolução Industrial”¹⁴ – que provocam alterações na sociedade contemporânea¹⁵. Disso

14 Sob tal enfoque, a Revolução Industrial passou por 3 (três) etapas anteriores: (a) 1ª Revolução Industrial (do séc. XVIII a aproximadamente ao ano 1840), marcada pelas seguintes características: i) transição da força muscular para a energia mecânica (surgimento da máquina a vapor, no ano de 1775; surgimento dos teares mecânicos, 1784; criação das ferrovias); ii) exploração da mão de obra (jornadas de 14/18 horas; intensa utilização dos serviços de crianças e mulheres, com menor custo; ambientes insalubres); iii) falta de assistência previdenciária. Nessa fase ocorrem as primeiras normas sobre Direito do Trabalho. (b) 2ª Revolução Industrial (meados séc. XIX a aproximadamente 1960), que se caracteriza pela descoberta da eletricidade e a criação de novas técnicas de produção (especialização de tarefas e as linhas de montagens – taylorismo e fordismo), resultando em uma produção em massa e no barateamento dos produtos. Ocorre, nesse momento, a consolidação do Direito do Trabalho. (c) 3ª Revolução Industrial (década de 1960 ao ano 2000), marcada pelo surgimento dos computadores (mainframe, 1960) e sua popularização (1980), bem como o surgimento da internet, o uso dos semicondutores e criação da noção de obsolescência programada. Neste momento, ocorre uma crise do Direito do Trabalho, com discussões sobre a flexibilização, a terceirização e, especialmente, a discussão dos próprios fundamentos do Direito do trabalho (por exemplo, sobre a extensão do princípio da proteção).

15 A tentativa de caracterizar esse momento por novos nomes é profícua e marcante. Por isso se fala em “modernidade líquida fluida”, ou “tempos fraturados” etc. Trata-se de uma sociedade marcada pelas seguintes características: (a) hiperconsumismo; (b) sociedade da pressa, em que o tempo é medido em frações de segundo; (c) sociedade do espetáculo e da exposição midiática; (d) esvaziamento do poder estatal e prevalência do poder financeiro; (e) novas tecnologias, com amplitude, profundidade e em velocidade em ritmos exponenciais, que geram novas tecnologias e que provocam mudanças de paradigmas e que modificam não apenas o “que” e “como”, mas também “quem somos”. Observe-se que essa revolução industrial é marcada por diversos impulsionadores: (i) físicos: veículo autônomo, impressão em “3 D”, robótica avançada e novos materiais; (ii) digitais: internet das coisas, moedas virtuais (como a “Bitcoin”) e registro “blockchain”, plataformas virtuais (Uber, Facebook, Alibaba, Airbnb); (iii) biológicos: novos medicamentos, órgãos humanos com novos materiais, supercomputadores (Deep Blue e Watson). Sobre esses aspectos, cf.: JOBIM, Marcos Félix. *In* Cultura, escolas e fases metodológicas do processo. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016; SCHWAB, Klaus. *A quarta revolução industrial*. Tradução Daniel

resulta uma complexidade, entendida como “presença permanente de mais possibilidades (alternativas) do que as que são suscetíveis de ser realizadas” (NEVES, 2012, p. 15), ou, como afirma Heleno Taveira Torres, “Crise, desordem e insegurança são decorrências da complexidade” (2011, p. 109). Por isso, tem-se a afirmação de que essa realidade social é causa de insegurança, quando se aponta que:

a irrupção da pós-modernidade traz consigo as seguintes tendências, ainda em ascensão, em assentamento e em pleno processo de produção: à publicização dos Direitos; à falência da dogmática isolacionista; à quebra do paradigma de que a ciência jurídica só pode ser a ciência caracterizada pela pureza kelseniana (isolamento das questões ideológicas, históricas, políticas, sociais, axiológicas, éticas...); à despreocupação excessiva com a certeza terminológica e identificação de problemas reais, concretos e sociais como fulcro da reflexão jurídica, inclusive dogmática; à pulverização e multiplicação dos objetos de conhecimento, na medida da quebra do isolacionismo das dogmáticas, tendo por fulcro a importância interdisciplinaridade que passa a invadir as concepções científicas tradicionais; à modificação dos cânones formais de produção do conhecimento (BITTAR, 2005, p. 370-371).

Uma das características do atual momento histórico consiste na imensidade e intensidade de informações disponíveis às pessoas. Com efeito, de um ponto qualquer do planeta – desde que existam os meios de acesso à rede mundial de internet – é possível saber o que ocorre em outro ponto remoto; publicações que demandavam tempo até se vulgarizarem hoje chegam às pessoas em átomos; marcos teóricos diametralmente opostos podem ser colocados em confronto imediato; uma decisão tomada por um juízo ou uma nova tese servem para infirmar toda uma jurisprudência sedimentada, a exigir novas atenções daqueles que se debruçam sobre o tema. A gama de informações hoje é imensa. Nesse particular, a quantidade de informações, por mais paradoxal que seja, provoca a insegurança, pois uma maior compreensão do mundo importa também em aumento das incertezas pessoais (ÁVILA, 2016, p. 56).

Não se pode olvidar que o Direito, pela sua própria natureza, é uma instituição naturalmente conservadora, que preserva os valores já construídos, não sendo vetor das mudanças, quase não conseguindo acompanhar o ritmo dessas transformações.

Por exemplo, a internet foi introduzida no Brasil na década de 90 e apenas em 2014 houve legislação estabelecendo os “princípios, garantias, Direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil”¹⁶. Observe-se, ainda, que a regulamentação dos meios telemáticos no âmbito do Direito do Trabalho ocorreu, igualmente, em 2014; assim mesmo, fê-lo de forma tímida, sobre a definição de horários de trabalho, deixando de lado aspectos importantes como

Moreira Miranda, São Paulo: Edipro, 2016.

16 Trata-se da Lei 12.965/14.

o direito à desconexão, os custos, consequências sobre a saúde e responsabilidade civil, o que exigiu uma atuação jurisprudencial. Temas como colaboração coletiva ou compartilhada (*crowdoursing*) despertam a atenção social, mas são quase que ignorados pelo Direito (que possui a tendência a apresentar uma regulamentação com os olhos voltados ao passado, ignorando a realidade sem mirar aspectos específicos). Os trabalhadores de plataformas que utilizam aplicativos são, ou não, empregados? Os imóveis residenciais podem ou não ser objetos de locação para hóspedes via *Airbnb*? Caso a resposta seja positiva, isso os transformaria em imóveis comerciais, para efeito de zoneamento urbano, ou haveria cobrança de imposto sobre serviços?

Ademais, existe uma complexidade social marcada pela pluralidade de interesses, às vezes até mesmo contrapostos ou antitéticos. Os ambientalistas defendem a prevalência do meio ambiente, ao passo que grande parte dos produtores rurais sustentam a necessidade de ampliação de suas áreas de exploração e a utilização de técnicas que podem comprometer aquele; empregados defendem a ampliação dos direitos trabalhistas enquanto os empregadores alegam que o excesso dos direitos trabalhistas impede o aumento de produtividade e eleva seus custos; grupos conservadores *versus* grupos liberais; bens ou posições jurídicas assegurados a certos grupos étnicos ou sociais *etc.* Esses são exemplos de que a teia social é bastante complexa por incorporar interesses e valores diversos e muitas vezes antagônicos, o que importa em uma indefinição e conseqüente insegurança, especialmente porque esses grupos buscam trazer tutela normativa desses interesses. Um dos grandes desafios do Direito do Trabalho consiste na tutela equilibrada de grupos vulneráveis, como as pessoas com deficiência¹⁷ ou a regulação do trabalho em plataformas virtuais¹⁸, pois, como observa Ravi Peixoto (2015, p. 29), a “população torna-se mais heterogênea e as vozes de todos precisam ser escutadas. Grupos sem influência política passam a exercer pressão sobre a produção normativa”, o que não poderia ser diferente, pois a democracia importa na possibilidade de participação ativa de todos os interessados em determinado bem.

Essa situação fática exige uma produção normativa que cresce em termos de número, bem como em complexidade, até porque em “uma sociedade como essa, como lembra ironicamente Sandler, não se pode mais viver com apenas dez mandamentos” (ÁVILA, 2016,

17 Nesse sentido, cf.: LEITE, Fernanda Menezes. Mercado de trabalho e pessoas com deficiência: Desafios à inclusão. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

18 Nesse sentido, cf.: AMADO, João Leal; MOREIRA, Teresa Coelho. A lei portuguesa sobre o transporte de passageiros a partir de plataforma eletrônica: sujeitos, relações e presunções. In: Labour & Law Issues. vol. 5, n. 1, 2019. ISSN:2421-2695, p. 49-78; BRASIL, Natália Marques Abramides. Relações de trabalho em plataformas digitais: Desafios ao modelo tradicional do Direito do Trabalho. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019; GAIA, Fausto Siqueira. Uberização do trabalho: aspectos da subordinação jurídica disruptiva. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

p. 57). Como ressalta Marcelo Neves (2016, p. 48), na “sociedade moderna, os pontos de observação se multiplicam cada vez mais, sendo inusitado que se possa falar de um ideal regulativo capaz de descortinar o consenso subjacente na moralidade comunitária”.

A figura do Estado também provoca insegurança jurídica. Isso decorre da própria concepção sobre o papel do Estado, seja em uma atuação assistencialista (programas de transferências de renda e de garantia de rendas em caso de desemprego, por exemplo) ou refletiva (ao fixar programas de atuação particular, como a contratação ou manutenção contratual de pessoas em situação de vulnerabilidade). Ademais, ocorre a imposição de políticas públicas, como a proteção a determinados interesses e grupos em condições vulneráveis, como a educação, crianças e idosos, a busca do pleno emprego, proteção ambiental e o combate inflacionário. Todos são exemplos que exigem uma intervenção estatal, o que, em conjunto com a multiplicação das relações sociais, exige uma quantidade cada vez maior de normas, às vezes gerais, outras vezes particulares, a causar insegurança.

Os aspectos acima mencionados correspondem a fatores metajurídicos que geram insegurança jurídica, uma vez que “estes novos fenômenos não são acompanhados, em regra, pelo Direito” (SARRI, 2013, p. 15).

2.1.2 Causas legislativas

Ainda que não contenham todo o Direito, é certo que as leis assumem importante papel no fenômeno jurídico por serem a primária manifestação normativa. Não obstante a importância dos diplomas legais, é certo que as próprias leis provocam insegurança jurídica por diversos aspectos.

O primeiro aspecto a ser destacado consiste no excesso legislativo que marca o ordenamento pátrio e expressa “os aspectos viciosos do que já se disse ‘a orgia das leis’” (CASTANHEIRA NEVES, 1988, p. 11).

Na presente data (22/07/19), consulta à página na rede mundial mostra que já foram promulgadas, somente pela União, 13.861 (treze mil, oitocentos e sessenta e uma) leis ordinárias a partir de 1946, data de início de nova contagem¹⁹ (existindo ainda diplomas normativos anteriores). A partir da Constituição Federal de 1988, houve a edição de mais de 6.000 (seis mil) leis, o que configura aquilo que a doutrina chama de “inflação legislativa” (ÁVILA, 2016, p. 57).

¹⁹ Disponível em: <http://www4.planalto.gov.br/legislacao/portal-legis/legislacao-1/leis-ordinarias/2019-leis-ordinarias>. Acesso em: 22 jul. 2019.

Nesse caldeirão inflacionário legislativo, a espécie normativa “medida provisória” chama a atenção. Embora destinada a regular situações de urgência e relevância (CF, art. 62), o STF entende que apenas em situações extremas, de manifesto desatendimento a tais requisitos, pode haver sua sindicabilidade²⁰, o que tem levado à edição de um elevado número de medidas provisórias. Com efeito, antes da Emenda Constitucional nº 32, que vedou a prorrogação sucessiva das medidas provisórias, houve mais de duas mil dessa espécie normativa, algumas prorrogadas sucessivamente (dezenas de vezes, como ocorreu com a MP n. 2.192, reeditada por 69 (sessenta e nove) vezes além de sua primeira promulgação). Após aquela alteração constitucional, houve a edição de 887 (oitocentos e oitenta e sete) medidas provisórias. Nesse sentido, fazem-se pertinentes as lições de Paulo Bonavides (2012):

Enquanto a reforma da Constituição se arrasta com lentidão, sem firmeza de propósitos e sem rumos definidos, a crise da ordem constitucional vigente se agrava consideravelmente por obra de agressões à Lei Maior, perpetradas pelo Poder Executivo, ao servir-se de um instrumento da Constituição mesma, ou seja, da medida provisória estatuída no art. 62.

O uso intensivo, abusivo e funesto dessa medida a converteu no câncer do regime constitucional, com metástase para o § 2º do art. 60 da Carta Magna, conforme evidenciaremos a seguir.

(...).

Desatendendo, por igual, ao requisito básico de relevância e urgência, o Poder Executivo se tornou no País, com aquelas medidas, o legislador de exceção por excelência. No exercício dessa tarefa, move-se ele com assiduidade, inteiramente desembaraçado dos freios constitucionais, produzindo um volume de legislação de péssimo conteúdo, eivada de flagrantes inconstitucionalidades, e que excede já o número de leis aprovadas por via legislativa ordinária.

(...).

Para o Poder Executivo é mais fácil governar a Nação com medidas provisórias do que com os artigos da Constituição.

De tal sorte que a cidadania e direitos fundamentais não raro sucumbem a um tratamento de negligência e desprezo da parte da autoridade. (p. 711-712)

Esse fenômeno não se restringe apenas às normas infraconstitucionais, pois também se verifica uma inflação de textos que alteram a própria Constituição Federal: houve 100 (cem) emendas constitucionais pelo rito ordinário ou normal (art. 62, CF), 6 (seis) pelo rito de revisão (art. 3º, ADCT) e 1 (uma) de incorporação de convenção internacional de direitos humanos sob o mesmo rito de aprovação de emendas constitucionais (art. 5º, § 3º, CF²¹). Nas palavras de Bonavides, ainda no ano de 2012 (p. 693), o “Governo, desde as eleições de outubro de 1994, perdeu o medo de fazer as reformas pelo mecanismo normal da emenda”.

20 Conforme decidido na medida cautelar na ADI n. 2527, rel. min. Ellen Gracie. Dt. Julg.16-8-2007.

21 Previsão inserida pela EC nº 45/2004. Trata-se a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007, de 25 de agosto de 2009. BRASIL. Congresso Nacional. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D6949.htm.

A isso soma-se a qualidade das leis.

Conforme levantamento do Anuário da Justiça de 2017, entre os anos de 2010 e 2016, houve o julgamento de 326 ações diretas de inconstitucionalidade, com o reconhecimento de vício de inconstitucionalidade em pelo menos 241 ADI's, o que leva à constatação de que nem sempre há uma preocupação com o respeito à Constituição Federal por parte da legislação infraconstitucional.

Outro aspecto que não pode ser olvidado, relativamente a aspectos qualitativos da Lei 13.467/2017, consiste no caráter acelerado de seu processo legislativo, concretizando-se o dito popular que expressa ser a pressa inimiga da perfeição.

Nesse ponto, podem ser destacados dois exemplos.

O primeiro deles trata da regulamentação sobre o contrato de trabalho intermitente. O art. 452-A estabelece, em seu § 6º, que, ao “final de cada período de prestação de serviço, o empregado receberá o pagamento imediato das seguintes parcelas: ... férias proporcionais com acréscimo de um terço”, o que significa que haverá o pagamento dessa parcela. Todavia, o § 9º afirma que, a “cada doze meses, o empregado adquire direito a usufruir, nos doze meses subsequentes, um mês de férias, período no qual não poderá ser convocado para prestar serviços pelo mesmo empregador.”

Há clara contradição legislativa, uma vez que o pagamento de férias ao final de cada período de prestação de serviços inviabilizaria seu gozo.

Um outro exemplo consiste nas regras relativas ao arquivamento da ação trabalhista²²: o § 2º do art. 844 da CLT estabelece o não recolhimento de custas como pressuposto processual quando o reclamante, no prazo de 15 dias do arquivamento da reclamação, demonstrar que a sua ausência tenha ocorrido por “motivo legalmente justificável”. Ocorre que o § 1º do mesmo dispositivo legal afirma que “motivo relevante” autoriza o não arquivamento. Ora, se há um “motivo legalmente justificável”, não é o caso de arquivamento; se não há “motivo legalmente justificável”, deveria ocorrer o arquivamento e inexistia espaço para que a parte reclamante apresentasse qualquer justificativa.²³

Ambos são exemplos de contradições no ordenamento jurídico.

Vê-se, portanto, que o déficit quanto à qualidade do texto legislativo tem um grande potencial de causar a insegurança jurídica.

22 Figura especial de extinção do processo sem resolução do mérito, que se verifica na hipótese em que a parte autora não comparece à audiência, inicial ou una, oportunidade de estabilização da relação processual.

23 Um critério para solucionar essa aparente antinomia consiste no critério temporal para a aferição do motivo legalmente justificável ou relevante: se for demonstrado em audiência, não será o caso de arquivamento; se a prova for posterior, prevalece a extinção do processo, todavia, com a isenção da despesa processual.

Por fim, a própria característica técnica do Direito – como o caráter lacunoso, ambíguo e poroso de suas regras bem como o uso de textos genéricos –, sobre a qual a presente pesquisa falará mais adiante, é fator que provoca a insegurança jurídica, a exigir uma intermediação entre o texto e o resultado, feita pelo julgador, o que, por paradoxal que seja, também provoca insegurança jurídica. De fato, para que possa abranger o maior número possível de situações fáticas, os termos jurídicos não podem ser exageradamente restritos, sob pena de deixar diversas hipóteses sem regência normativa; e esse caráter mais amplo e fluido provoca, como é natural, uma maior maleabilidade jurídica, o que é salutar, embora concorra para um certo grau de incerteza jurídica.

2.1.3 Causas jurisprudenciais

Apesar da importância do texto legislativo, não se pode olvidar a importância que a jurisprudência assume em um ordenamento jurídico, pois a uniformização que os tribunais realizam proporciona previsibilidade e estabilidade, concretizando a segurança jurídica, como percebido pela doutrina estrangeira:

Os tribunais, especialmente os tribunais superiores, procuram orientar-se em grande medida por tais resoluções paradigmáticas – pelos precedentes –, o que é útil à uniformidade e à continuidade da jurisprudência e, ao mesmo tempo, sobretudo, à segurança jurídica” (LARENZ, 1997, p. 610-611).

Nesse sentido, o desconhecimento técnico assim como a cultura de desrespeito ao sistema de precedentes e às decisões sedimentadas dos tribunais superiores são fontes de insegurança jurídica, incentivam a litigiosidade e impedem a atuação como fator de previsibilidade que as manifestações jurisprudenciais possuem. Ademais, aqueles fatores sociais e legislativos acima mencionados acabam desaguando no Poder Judiciário, “pressionado a suprir as deficiências dos demais poderes. A absurda produção de textos normativos e o aumento da magistratura tornam a previsão, dentro do Direito, quase uma loteria” (PEIXOTO, 2015, p. 30).

Conforme posicionamento doutrinário atual, a norma é o resultado da interpretação no caso concreto, surgindo-se apenas na situação fática vivenciada. Disso decorre a possibilidade de diferentes intérpretes poderem produzir normas jurídicas diversas a partir de um mesmo texto, o que traz à tona a preocupação mencionada por Fernando Andreoni Vasconcellos (2010, p. 47):

A constatação de que diferentes intérpretes podem produzir normas jurídicas diversas, a partir de um mesmo texto, leva à reflexão acerca de temas como segurança jurídica, previsibilidade do Direito positivo e a própria existência de Direitos “fora do âmbito judicial”. Klaus Günther, nesse ponto, levanta o problema segundo o qual “*se toda norma válida depende de uma complementação coerente através de todas as outras, numa situação de normas aplicáveis, então o seu significado se modifica a cada situação*”.

Assim, há que se ter parâmetros que limitem a liberdade de atuação do julgador, a reduzir-lhe a discricionariedade, de forma a vinculá-lo aos limites semânticos do texto, a uma construção histórica e a um consenso mínimo. Sobre esse tema, voltar-se-á ao capítulo 4, *infra*.

2.2 A segurança como um fenômeno jurídico

Verdadeiro truísmo afirmar que o Direito busca auscultar as necessidades humanas e, a partir dessa constatação, apresentar normas que atendam aos valores que correspondem às opções e preferências em um determinado círculo social, destacando-as daquelas normas de mera observância social ou moral e dotando-as de um cunho de coercitividade. O Direito não é uma criação arbitrária, antes decorre de uma seleção valorativa, que acolhe aquilo que se entende como favorável e proíbe o que se reputa prejudicial à convivência social (DINIZ, 2000, p. 281). “A regulação de que trata o Direito possui um forte conteúdo político, compromissado com a sua capacidade de emancipação social, projetando-se, ou melhor, devendo-se projetar com o escopo de contribuir com o desenvolvimento humano e seu bem-estar social” (GUERRA FILHO; CARNIO, 2014, p. 238).

Assim, a segurança, necessidade básica do ser humano, é também uma exigência que se espraia em diversas manifestações jurídicas. Portanto, o presente estudo tem como premissa a noção de que a segurança jurídica é um valor positivado no ordenamento pátrio, na doutrina citada por Paulo Nader (2004, p. 116):

No dizer de José Corts Grau, “o homem é *animal insecurem*, frente aos demais, animais, cujas possibilidades de evolução estão já definidas em sua situação, determinadas perfeitamente através de sua natureza. As infinitas possibilidades do homem observam-se já pelo seu exterior, nos infinitos matizes de sua expressão, de seus olhos, de suas mãos, que lhe criam uma radical inquietude, em contraste com a segurança do animal, verdadeiro regalo da natureza”.

Embora a segurança seja uma exigência nas relações humanas e do Direito, não se pode olvidar a exigência de que essa instituição seja, também, marcada pela justiça como

conteúdo material de suas normas. Assim, há uma relação constante entre segurança jurídica e justiça. A tensão entre esses dois valores habita o plano da teoria geral do direito há tempos, tratando-se, para muitos, de uma relação antitética e inconciliável pois, afirma-se, quanto mais o ordenamento jurídico der importância à segurança, menos possibilidade há para se concretizar a justiça – salvo se houver uma correspondência entre lei e justiça, como, argutamente, adverte Dip (2012, p. 23). Registre-se que a discussão sobre validade de leis injustas segue atraindo as atenções dos estudiosos, como se vê no seguinte trecho da doutrina:

A questão [da validade das leis injustas] é da maior complexidade, pois envolve o conflito entre os valores justiça e segurança e coloca, frente a frente, jusnaturalistas e positivistas. A opção destes últimos é pela obrigatoriedade da lei injusta e traduz também a opção pelo valor segurança, enquanto que a postura de rejeição prioriza o valor do justo e configura prática jusnaturalista. (NADER, 2006a, p. 11-12)

De toda forma, anota Ovídio A. Baptista da Silva (1998, p. 104) que, no curso da história, houve um predomínio da segurança sobre a ideia de justiça:

Tendo em conta as novas idéias, nascidas do racionalismo sobre o Direito, especialmente sobre o Direito processual, é possível isolar dois princípios, de natureza política e filosófica, de influência mais intensa, na continuidade história das antigas estruturas que, já no Direito romano, haviam sepultado a tutela interdital, em favor da universalização do procedimento da *actio*, com sua natural consequência, a *condemnatio*. Referimo-nos ao predomínio absoluto do valor segurança, em detrimento do valor justiça, enquanto polaridades antagônicas, na constituição da idéia de Direito, (...).

Observe-se, ainda, que os diversos sistemas jurídicos prestigiam a segurança, porém, com diversidade de forma de sua obtenção. Assim, segundo esse autor:

Depois de advertir que todo ordenamento jurídico deve servir a três objetivos: garantir a justiça, promover o bem comum e criar a segurança do Direito; e de mostrar como o valor *segurança do Direito* foi invariavelmente a preocupação dominante do Direito inglês, observa Gustav Radbruch como os dois sistemas se diferenciam neste ponto essencial: enquanto o Direito inglês procura preservar a segurança do Direito, os sistemas legalistas da Europa continental, identificando o Direito como a Lei, satisfazem-se com a segurança da lei do Estado, sem qualquer preocupação por sua eventual injustiça material. (SILVA, 1998, p. 105, (itálico – grifos do autor; sublinhado – grifos nosso).

Trata-se, em verdade, de discussão que suplanta os limites do presente trabalho. Todavia, não se pode negar que o Direito efetivamente contempla a noção de segurança, de forma que a segurança jurídica é um valor que se irradia em diversas manifestações

normativas, impondo-se a adoção de condutas e de normas que possam levar ao seu alcance²⁴. Nesse sentido, Teóphilo Cavalcanti Filho afirma que o “objetivo primeiro, a razão que, antes de qualquer outra, leva o homem a realizar o direito, está numa exigência de ordem e segurança. Isso, como já se mostrou, decorre de uma necessidade fundamental, que se relaciona intimamente com a própria natureza humana” (1964, p. 53 *apud* NASCIMENTO, 2017, p. 17).

Não obstante pareça ser natural tal afirmação, é certo que foi alvo de objeção.

A doutrina afirma que Jerome Frank, um dos mais conhecidos autores do chamado realismo jurídico americano²⁵⁻²⁶ e que partia de uma perspectiva psicológica, pois integrante da ala “idiosincrática” desse pensamento (LEITER, 2015), entendia que a personalidade do juiz determina o conteúdo da decisão judicial: os estímulos a que o juiz está sujeito mais a sua personalidade levam ao conteúdo da decisão. Deste modo, a certeza jurídica era um mito, decorria de uma necessidade emocional enraizada no inconsciente das pessoas e correspondia,

24 Essa é também a compreensão da doutrina. Ávila (2016, p. 124-125) faz um inventário sobre o posicionamento prevalecente no âmbito de pensadores clássicos do Direito: “A segurança jurídica pode fazer referência a um elemento da definição de Direito e, nessa função, ser uma condição estrutural de qualquer ordenamento jurídico. Nesse sentido, um ordenamento jurídico privado de certeza não poderá, por definição, ser considerado ‘jurídico’. Essa concepção foi aquela sustentada por muitos autores, dentre os quais se destacam alguns. Assim, Radbruch afirma que a segurança jurídica, ao lado da justiça e da conformidade afins, são os elementos que compõem o núcleo do Direito e sem os quais ele não se caracteriza. Bobbio sustenta ser a segurança jurídica não apenas uma exigência decorrente da coexistência ordenada do homem, mas também um ‘elemento intrínseco do Direito’, destinado a afastar o arbítrio e a garantir a igualdade, não se podendo sequer imaginar um ordenamento jurídico sem que subsista uma garantia mínima de segurança. Fuller assevera que sem segurança jurídica simplesmente não se pode falar em Direito, enumerando vários elementos que fazem parte daquilo que ele denomina de moralidade do Direito, como ambiente social de reciprocidade de expectativas baseado no conhecimento de regras vigentes que permitam antecipar o agir alheio. Coing, considerando a necessidade de instituições e de relações duradouras para a garantia da segurança jurídica, somente consolidadas com o longo passar do tempo, chega ao ponto de declarar que um Direito jovem, na verdade, nem Direito o é. Rawls igualmente aponta o Direito como uma estrutura capaz de possibilitar a cooperação social, por meio do asseguramento de expectativas recíprocas. Hart, a seu modo, também defende a certeza a respeito das regras primárias e secundárias bem como da regra de reconhecimento, como um elemento definatório do Direito, capaz de defini-lo em contraposição a outros sistemas. Mezquita dei Cacho faz alusão à segurança jurídica como ‘noção medular da Teoria Geral do Direito’. Na mesma linha, embora fazendo referência à certeza do Direito, Carvalho reconhece que a ‘certeza do Direito é algo que se situa na própria raiz do dever-ser, é ínsita ao deontico, sendo incompatível imaginá-lo sem determinação específica’” (ÁVILA, Humberto. Teoria da segurança jurídica. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016).

25 A doutrina reconhece outras manifestações do realismo jurídico: o escandinavo, com especial destaque para Alf Ross; o italiano, a partir de Tarello e, atualmente, Guastini; bem como o realismo francês, com destaque para Troper. Essas três escolas compõem o que a doutrina concentra sob o título de “realismo jurídico europeu-continental”. Sobre o tema: BARBERIS, Mauro. El Realismo jurídico europeo-continental. In ZAMORA, Jorge Luis Fabra, VAQUERO, Álvaro Nuñez (orgs). Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho. Cidade do México. Universidade Nacional Autónoma de México. Instituto de investigaciones jurídicas, 2015, p. 227-240. Disponível em: biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?I=3875. Acesso em: 26 ago. 2017.

26 A doutrina afirma que o realismo jurídico tinha uma finalidade descritiva não do Direito mas sim da decisão judicial. Nesse sentido: COSTA, Alexandre Araújo da. Hermenêutica jurídica. Brasília. [s.l, s.n]. 200?. Versão eletrônica; CESTARI, Roberto Tagliari. Decisão judicial e realismo: evolução das pesquisas sobre o comportamento judicial. 2016. 201 p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2016.

em verdade, a uma tentativa involuntária de substituição da crença na autoridade paterna (PEIXOTO, 2015, p. 42).

Verifica-se, nessa perspectiva, um nítido ceticismo acerca do conhecimento do Direito, pois, para obtê-lo, seria necessário conhecer a personalidade do julgador. Assim, “a segurança jurídica seria uma ficção a que recorreremos em virtude da permanência de um comportamento infantil e que somente poderia ser superada pelo desenvolvimento de uma verdadeira maturidade emocional.” (COSTA, 200?, p. 150). Por isso mesmo, sustentava Frank (1931, p. 41) que “ninguém conhece o Direito relativo a qualquer assunto ou situação, transação ou acontecimento, até que tenha havido uma decisão específica a respeito”, como informa Paulino Jacques (1981, p. 338).

Tão fortes foram as críticas de Jerome Frank, que, “segundo a doutrina, o termo segurança jurídica (*legal certainty*) acabou desaparecendo como um conceito no Direito norte-americano, não servindo mais como um objetivo do sistema” (PEIXOTO, 2015, p. 43). Vê-se, portanto, que esse entendimento tem como pressuposto a percepção, para aquele autor, de uma impossibilidade material de se obter a segurança jurídica. Outros negam sua importância, porém, a partir de um viés político: os juristas do Nazismo não admitiam a ideia de que a segurança pudesse ser um valor jurídico fundamental a contrapor às práticas daquele regime totalitário. Já sob a ótica do marxismo, afirma a doutrina, esse valor não merecia ser tutelado porque estaria intimamente ligado a uma concepção burguesa²⁷, incompatível com o domínio das classes menos privilegiadas.

Todavia, verifica-se que essas manifestações ostentam um caráter minoritário e, muitas vezes, em regimes de exceção, insuficientes no plano dogmático para afastar a exigência humana de segurança jurídica. Como visto acima, a incerteza, a instabilidade, a falta de confiabilidade ou de previsibilidade são fatores que comprometem uma vida social harmônica e contrariam um progresso social. Na mesma senda, é preciso atentar à afirmação de Gomes Canotilho, o qual afirma que o “homem necessita de uma certa *segurança* jurídica para conduzir, planificar e conformar autónoma e responsabilmente a sua vida” (1993, p.

27 “O fascismo, aproveitando as afirmações do filósofo Nietzsche, adotou como lema o *vivere periculosamente* e, como salienta Legaz y Lacambra, os juristas alemães do nacional-socialismo não admitiram a ideia de que a segurança fosse um valor jurídico fundamental” (NADER, Paulo. Introdução ao estudo do direito. 24. ed. Forense: Rio de Janeiro, 2004, p. 117 – itálico original). Na mesma linha de exposição, a lição de Dip: “Naturalidade da segurança jurídica, porém, que não lhe impediu, ao largo da história, a oposição ideológica, sobretudo de raiz autoritária, quando não mesmo totalitária: Pérez Luño refere ‘la aversión nazi a la seguridad’, e Cuenca Anaya, depois de aludir ao ataque do fascismo italiano à ideia de segurança jurídica (é de lembrar, a propósito, o lema fascista: *vivere periculosamente*), diz que ‘el marxismo atacará a la Seguridad por estimar que es el valor fundamental de la clase burguesa’” (DIP, Ricardo Henry Marques. Segurança jurídica e crise pós-moderna. São Paulo: Quartier Latin, 2012).

371). Portanto, a segurança é um valor a ser objeto de tutela pelo Direito. Como diz Geraldo Ataliba (2011, p. 180-181), o

Direito é, por excelência, acima de tudo, instrumento de segurança. Ele é quem assegura a governantes e governados os recíprocos Direitos e deveres, tornando viável a vida social. Quanto mais segura uma sociedade, tanto mais civilizada. Seguras são as pessoas que têm certeza de que o Direito é objetivamente um e que os comportamentos do Estado ou dos demais cidadãos dele não discreparão.

2.3 Conceito de segurança jurídica

A segurança jurídica é um daqueles conceitos de apreensão mais fácil do que a sua própria definição, especialmente porque, ao observarmos o ordenamento jurídico, veremos que são incontáveis as hipóteses de regência normativa que concretizam o princípio da segurança jurídica. Essa multiplicidade de manifestações dificulta a sua concisa conceituação uma vez que seu conteúdo apresenta-se sob diversas facetas. Em razão dessa amplitude de situações que a configuram, traz-se a conceituação apresentada por Ávila (2016), para quem a segurança jurídica consiste em uma

norma-princípio que exige, dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, a adoção de comportamentos que contribuam mais para a existência, em benefício dos cidadãos e na sua perspectiva, de um estado de confiabilidade e de calculabilidade jurídica, com base na sua cognoscibilidade, por meio da controlabilidade jurídico-racional das estruturas argumentativas reconstrutivas de normas gerais e individuais, como instrumento garantidor do respeito à sua capacidade de – sem engano, frustração, surpresa e arbitrariedade – plasmar digna e responsabilmente o seu presente e fazer um planejamento estratégico juridicamente informado do seu futuro (p. 286).

Uma primeira compreensão (a mais comum e que talvez obscureça as demais manifestações) que decorre da segurança jurídica consiste na exigência de estabilidade das relações jurídicas. Isso significa que devem ser respeitados, tanto pelo particular quanto pelo Estado, seja pelo legislador, seja pelo administrador ou pelo julgador, os direitos que já tenham se incorporado ao patrimônio do indivíduo. Sob essa perspectiva da segurança jurídica fala-se em ato jurídico perfeito e em direito adquirido; também o respeito que se impõe à coisa julgada, enquanto decisão tomada entre as partes sob o mesmo tema e observadas as mesmas condições, decorre da mesma exigência, da mesma forma que outros institutos, como a prescrição, decadência, preclusão etc.

A segurança tem ainda uma vinculação com a ideia de certeza quanto à própria norma jurídica. Somente será possível falar em segurança jurídica se as normas forem regularmente

elaboradas mediante o procedimento legal e se permitirem aos destinatários a compreensão de seus respectivos conteúdos. Trata-se, assim, da necessidade de conformação formal e material dos atos legislativos, em busca de uma teoria da legislação que esteja preocupada em racionalizar e otimizar os princípios jurídicos de legislação inerentes ao Estado de Direito. Consiste, essa perspectiva, na concretização da segurança jurídica sob o enfoque da acessibilidade das pessoas às prescrições normativas bem como a precisão ou “determinalidade das leis”, que consiste no conhecimento efetivo do direito, a exigência de clareza das normas (CANOTILHO, 1993, p. 371-372).

Outro significado da segurança jurídica diz respeito à previsibilidade das regras jurídicas no tocante ao seu conteúdo, o que permite que os indivíduos orientem-se segundo a compreensão assumida pelos órgãos jurídicos encarregados da aplicação da norma. Aqui se cogita de indagar sobre qual o entendimento dos tribunais, de determinado órgão administrativo etc. Como disse Gianmarco Gometz, “a previsibilidade das consequências jurídicas de atos ou fatos é, portanto, o centro da questão da segurança jurídica” (2005, p. 24)²⁸. Dessa noção de segurança jurídica surge a exigência, especialmente por parte do Estado-Juiz, de respeito à jurisprudência, ante ao fato de ela ser um critério orientador de condutas; exige-se, portanto, naquilo que se tem propugnado, uma conformidade decisória aos precedentes, a existência de uma consistência decisória.

Também expressa a segurança jurídica a exigência de confiabilidade, intimamente ligada à estabilidade e à previsibilidade, que busca a proteção das legítimas expectativas que, sob um determinado contexto fático e jurídico, foram geradas na consciência de uma pessoa. Isso significa, a necessidade de essas instituições agirem segundo esses parâmetros por eles próprios fixados, como o respeito à jurisprudência, a fixação de critérios para a alteração dos posicionamentos dos tribunais etc.

Outra concepção inerente à segurança jurídica consiste no correto funcionamento das instituições do grupo social, com a preservação de suas atribuições bem como a independência entre as funções estatais de forma a gerar uma atuação delas de forma harmônica, além do próprio acesso aos meios de tutela de direitos. Nessa linha, é inerente à concepção de segurança jurídica a existência de restrições ao exercício anormal do poder, hipótese em que a segurança jurídica torna-se uma barreira contra arbitrariedades.

28 Tradução livre do trecho: “La prevedibilità delle conseguenze giuridiche di atti o fatti è dunque al centro della problematica della certezza del diritto” (GOMETZ, Gianmarco. *La certezza giurídica come prevedibilità*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2005, p. 24).

É possível enxergar ainda uma outra perspectiva, segundo a qual a segurança jurídica está ligada à ideia de eficácia (DIP, 2012, p. 53) pois somente “há segurança jurídica se o Direito for, em alguma medida, capaz de providenciar a efetiva orientação” (ÁVILA, 2016, p. 600). Isso significa que se as normas estabelecidas são obedecidas, se são corretamente aplicadas pelos órgãos decisores, se houve o atendimento às finalidades estabelecidas nos comandos normativos, enfim, se as normas apresentam eficácia, tem-se a concretização da segurança jurídica sob a perspectiva da previsibilidade e da confiabilidade.

Como se vê, a segurança jurídica assume diversos significados, intimamente relacionados e reciprocamente imbricados, algo que não passou despercebido de Gometz (2008, p. 8) que, escrevendo sob a perspectiva do direito italiano, traz um rol de significados perfeitamente aplicáveis ao âmbito brasileiro:

Os juristas e os filósofos do direito, em locais e épocas distintas, têm atribuído à locução “segurança do direito”, ou “segurança jurídica” múltiplos significados, assaz diversos entre eles. Sem alguma pretensão de completude, é possível elencar os seguintes: pretensão de cognoscibilidade *ex ante* das consequências jurídicas dos comportamentos dos indivíduos baseada no conhecimento das normas do direito; previsibilidade da intervenção (ou da não intervenção) dos órgãos com competência decisória ou meramente executiva em relação a cada hipótese fática singular; previsibilidade de êxito de cada intervenção dos órgãos dotados de competência jurídica de decisão, ou previsibilidade da decisão jurídica concreta; segurança do desenvolvimento jurídico em virtude de uma presumível estabilidade da regulamentação ou da congruência entre as sucessivas normas no tempo; controlabilidade *ex post* das decisões jurídicas; acessibilidade ao conhecimento da lei ou, mais geralmente, das prescrições jurídicas por parte dos seus destinatários; conhecimento difuso e efetivo do direito por parte dos afiliados; princípio que prescreve a forma de produzir e de aplicar as normas de modo a resultar possíveis conhecimentos antecipadamente por via geral ou particular de avaliação jurídica dos comportamentos futuros; univocidade das qualificações jurídicas, fidelidade das decisões aos precedentes judiciais, coerência e congruência das decisões jurídicas; conformidade do direito ou da decisão judicial a determinados padrões de justiça ou de exatidão; coerência ou exatidão do ordenamento considerado como sistema de qualificação jurídica; estabilidade do julgado ou de qualquer forma em incontestabilidade das relações jurídicas exauridas; completa definição das fontes de produção das normas jurídicas; clareza, precisão e inteligibilidade das diretivas de comportamento contidas nas normas jurídicas; determinabilidade das competências e das recíprocas relações entre os poderes públicos; proteção dos cidadãos contra o arbítrio dos governantes e/ou dos juízes, especialmente graças à presença no sistema jurídico dos princípios ou institutos específicos como o princípio da legalidade, da irretroatividade da lei e assim por diante²⁹ (p. 8).

29 Tradução nossa do seguinte trecho: “I giuristi e i filosofi del diritto, in luoghi e tempi diversi, hanno attribuito alla locuzione “certezza del diritto”, o “certezza giuridica” (Rechtssicherheit, legal certainty, sécurité du droit, seguridad jurídica), molteplici significati, spesso assai diversi tra loro. Senza alcuna pretesa di completezza, si possono elencare i seguenti: conoscibilità *ex ante* delle conseguenze giuridiche dei comportamenti degli individui, basata sulla conoscenza delle norme del diritto; prevedibilità dell’intervento (o del non intervento) degli organi con competenza decisionale o meramente esecutiva in relazione a ciascuna singola fattispecie; prevedibilità dell’esito di ciascun intervento degli organi dotati di competenza giuridica decisionale, ovvero prevedibilità della decisione giuridica concreta; sicurezza dei rapporti giuridici, in virtù di una presumibile stabilità della regolamentazione o della congruenza tra normative susseguentisi nel tempo; controllabilità *ex post* delle decisioni giuridiche; accessibilità alla conoscenza della legge o, più in

2.4 A segurança jurídica como um princípio constitucional

2.4.1 A segurança jurídica como um princípio

A presente pesquisa assenta-se na premissa de a segurança jurídica ser um princípio.

Embora reconheça que a distinção³⁰ entre regras e princípios seja “uma tarefa particularmente complexa”, Gomes Canotilho (1993, p. 166-167) busca fazer uma síntese dos critérios que permitem a estrear entre essas espécies normativas³¹: (a) grau de abstração, em razão do qual os princípios são normas com grau de abstração relativamente elevado ao passo que as regras possuem um grau de abstração relativamente reduzido; (b) grau de “*determinabilidade* na aplicação do caso concreto”, em razão do qual os princípios, por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras, por parte legislador ou do juiz, enquanto as regras são suscetíveis de aplicação direta; (c) “*Carácter de fundamentalidade no sistema* das fontes de direito”, em razão do qual os princípios constituem-se em normas com papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes (p. ex., os princípios constitucionais) ou mesmo à

generale, delle prescrizioni giuridiche da parte dei loro destinatari; conoscenza diffusa ed effettiva del diritto da parte dei consociati; principio che prescrive di produrre e di applicare le norme in modo da rendere possibile conoscere anticipatamente in via generale o particolare la valutazione giuridica dei comportamenti futuri; univocità delle qualificazioni giuridiche, fedeltà delle decisioni ai precedenti giudiziali, o coerenza e congruenza delle decisioni giuridiche; conformità del diritto o delle decisioni giudiziali a determinati standards di giustizia o di correttezza; coerenza e completezza dell’ordinamento considerato come sistema di qualificazioni giuridiche; stabilità del giudicato o comunque incontestabilità dei rapporti giuridici esauriti; completa definizione delle fonti di produzione delle norme giuridiche; chiarezza, precisione e intelligibilità delle direttive di comportamento contenute nelle norme giuridiche; determinatezza delle competenze e delle reciproche relazioni tra i pubblici poteri; protezione del cittadino contro l’arbitrio dei governanti e/o dei giudici, specie grazie alla presenza nel sistema giuridico di principi o istituti specifici, quali il principio di legalità, l’irretroattività della legge e via dicendo” (GOMETZ, Gianmarco, 2005, p. 8).

30 Para Thomas da Rosa de Bustamante, a literatura jurídica apresenta modelos puros, que não reconhecem uma forte distinção entre princípios e regras. Segundo o autor, Alfonso García Figueroa sustenta que todas as normas podem se comportar como princípios, submetendo-se à ponderação. Por seu turno, Juan Antonio Garcia Amado entende que todas as normas possuem a estrutura de regras. Porém, conforme entende Bustamante (2013, p. 118), “Há razões, porém, para se rejeitar ambos os modelos. O primeiro modelo peca por não levar suficientemente a sério as decisões do legislador sobre aquelas realizadas pela jurisdição constitucional. O segundo modelo, por sua vez, ao rejeitar a existência de princípios jurídicos, é forçado a classificar várias normas da Constituição como programáticas e despidas de qualquer tipo de vinculatividade” (BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Conflitos normativos e decisões contra legem: uma nota sobre a superabilidade das regras jurídicas. In: FELLET, André Luiz Fernandes et al. (Orgs.). As novas faces do ativismo judicial. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 115-143).

31 A distinção entre princípios e regras é um tema que tem chamado a atenção da doutrina nacional, pelo menos, desde o final do século passado e início do presente, buscando especialmente os influxos das teorias de Robert Alexy e Ronald Dworkin. A presente pesquisa, em face de seus limites, não pretenda aprofundar no estudo sobre as diferenças dessas espécies normativas seja porque há incontáveis obras que apresentam elementos para a respectiva distinção. Nesse sentido, Rafael Tomaz de Oliveira traz um panorama envolvendo essa discussão. Cf.: Decisão judicial e o conceito de princípio: A hermenêutica e a (in)determinação do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008 (especialmente, p. 198-208).

sua importância estruturante dentro do sistema jurídico (p. ex., princípio do Estado de Direito); (d) “‘proximidade’ da ideia de direito: os princípios são ‘standards’ juridicamente vinculantes radicados nas exigências de ‘justiça’ (DWORKIN) ou na ‘ideia de direito’ (LARENZ); as regras podem ser normas vinculativas com um conteúdo meramente funcional”; (e) “*Natureza normogénética*: os princípios são fundamento de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a *ratio* de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogénica fundamentante”.

Ao analisarmos o sistema jurídico brasileiro, verifica-se o carácter estruturante que a segurança jurídica possui no ordenamento pátrio. Ela está espalhada em todo o corpo jurídico, a começar da Constituição Federal: a regulação específica os procedimentos de produção legislativa, a fixação de regras de competência material, a existência de limites à reforma constitucional, a definição de critérios para a atuação estatal, a preservação de situações jurídicas já constituídas, a existência de limites aos órgãos estatais etc. – todas essas constatações são nítidos indicativos de que a segurança jurídica ocupa carácter fundamentante de todo o ordenamento jurídico, correspondendo à característica identificada por J. J. Gomes Canotilho, como acima foi mencionado.

Embora esteja, em diversos momentos, prevista em regras (ou textos legais), a segurança jurídica ocupa um lugar sobranceiro na tipologia das normas jurídicas. Portanto, é premissa inarredável da presente pesquisa a caracterização da segurança jurídica, dentro do rol de espécies normativas, como um princípio. Nesse sentido, acolhe-se a lição doutrinária:

A segurança jurídica qualifica-se como norma jurídica da espécie norma-princípio, porque, pelo exame de sua estrutura e das suas partes constituintes, verifica-se que ela determina a proteção de um ideal de coisas cuja realização depende de comportamentos, muitos dos quais já previstos expressamente. Todos os fundamentos constitucionais anteriormente referidos, diretos e indiretos, obtidos por dedução ou por indução, não só expressam a vinculatividade dos ideais de cognoscibilidade, de confiabilidade e de calculabilidade estabelecidos como ainda definem esses ideais quanto aos seus vários aspectos (ÁVILA, 2016, p. 267-268).

Uma consequência da qualificação da segurança jurídica como um princípio consiste na sua convivência com outros princípios de mesmo grau hierárquico, ainda que sejam antônimos entre si.

As regras vincular-se-iam ao modelo de aplicação na forma do tudo ou nada: se a regra for válida, deve ser observada em sua integralidade³². São, portanto, mandados

32 Bustamante (2013, p. 123) entende que nem sempre a regra deixará de ser aplicada: “nem todos os conflitos entre regras são resolvidos com o reconhecimento da invalidade de uma delas, haja vista que, em algumas situações, é possível estabelecer uma exceção a uma das regras. Noutras palavras, nem todo embate entre regras jurídicas se dá no nível abstrato da validade, sendo razoável se imaginar, também, conflitos concretos

definitivos, que estabelecem o seu cumprimento, salvo ser for reconhecida a sua invalidade. Bem se vê – e aqui uma característica importante desse critério – a possibilidade de conflitos entre as regras, as chamadas antinomias: caso haja o choque entre uma regra e outra, impõe-se a solução, recorrendo-se aos critérios clássicos: hierárquico, especialidade e anterioridade³³.

Isso ocorre de maneira diferente em relação aos princípios, que não são estão sujeitos unicamente a um critério de validade mas sim a uma dimensão de peso e de importância. Desse modo, quando, em um caso concreto, um princípio é aplicado e outro é preterido, essa convivência normativa não é rompida, uma vez que esse princípio não é automaticamente excluído do ordenamento jurídico, apenas se submete àquele outro em razão dos fatores presentes no caso a solucionar; em outra situação concreta, é possível que aquele princípio preterido possa, então, prevalecer perante o princípio que então lhe sobrepujara. Como afirma Paulo Bonavides, “em determinadas circunstâncias, um princípio cede ao outro ou que, em situações distintas, a questão de prevalência se pode resolver de forma contrária” (2012, p. 289).

Desse modo, não há conflito entre princípios, tampouco antinomia, mas sim colisão, pois nos casos que atraem a abstrata regência de mais de um princípio, impõe-se a análise dos elementos do caso concreto para a definição de qual deve ser o princípio que deve prevalecer naquela situação específica, o que exige o método da ponderação. Assim, a colisão entre princípios “só pode ser resolvida pelo estabelecimento de certas relações de prioridade condicionada entre os princípios colidentes” (BUSTAMANTE, 2013, p. 119)³⁴. Assim, afirma-se que, ao contrário das regras, que estão sujeitas a limites normativos, os princípios observam limites normativos e fáticos (FERNANDES, 2014, p. 220; BUSTAMANTE, 2013, p. 117).

que têm lugar na sua aplicação prática”. Trata-se da teoria da derrotabilidade (ou superabilidade), tema que tem atraído a atenção da doutrina nacional. Sobre o tema, dentre outros, cf.: BUSTAMANTE, 2013, p. 115-143, Thomas da Rosa de.; VASCONCELLOS, Fernando Andreoni. *Hermenêutica jurídica e derrotabilidade*. Curitiba: Juruá, 2010. De forma similar, afirma Hermes Zaneti Jr. (2016, p. 277): “Ocorrerão casos em que, na solução do conflito de regras, identificar-se-á um falso conflito, como, por exemplo, quando uma regra dispuser uma exceção à outra. Em tais casos, ambas as regras irão permanecer válidas” (O valor vinculante dos precedentes. 2. ed. Salvador: Juspodivm).

33 É bem verdade que alguns desses critérios não se aplicam em caso de adoção da “teoria do diálogo das fontes jurídicas” pois, sob tal perspectiva metodológica, as normas de um sistema podem ser aplicadas em outro sistema, embora esse possua regra sobre o tema, desde que a norma daquele primeiro tenha potencialidade de concretizar valores previstos na Constituição. Sobre o tema: MARQUES, Cláudia Lima. In: *Manual de Direito do consumidor*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 122-137.

34 Segundo esse autor, o “resultado de uma ponderação é determinado por um conjunto de fatores que inclui (i) o grau de proteção de um princípio eu o grau de restrição em outro; (ii) o peso abstrato dos princípios colidentes; (iii) o grau de confiabilidade (à luz dos parâmetros da ciência e do conhecimento em um dado momento) das premissas empíricas utilizadas para concluir que um determinado princípio é protegido ou restringido; (iv) o número de princípios que justificam uma ou outra decisão; e (v) na hipótese de iv, a forma com interação os princípios que se inclinam para uma determinada decisão (se seus pesos meramente se somam ou se eles se reforçam mutuamente)” (2013, p. 134).

Em consequência, a caracterização dos princípios não é realizada previamente, mas sim no momento da aplicação:

As teses qualitativas, ao deslocarem a conceituação dos tipos normativos para o momento de sua aplicabilidade, inserem no conceito de norma a maneira como esta se aproxima da realidade, ultrapassando os limites da lógica formal impostos pela análise abstrata dos preceitos legislativos (NELVAM, 2015, p. 1255).

Essa lição expressa que a distinção entre regras e princípios diz respeito ao momento da atividade hermenêutica, é dizer, a norma não é abstrata tampouco preexiste à atividade hermenêutica, mas é contemporânea à interpretação, momento em que os textos normativos confluem para formar a norma que rege aquela determinada situação, real ou hipotética. Sob essa concepção, há duas claras consequências : a existência de uma diferença entre texto e norma, bem como o fato de a interpretação do Direito deixar de ser um ato revelador da vontade da lei ou do legislador. Disso resulta que o intérprete passa a ocupar um papel central na prática jurídica.

No tocante ao primeiro aspecto, a doutrina tem assentado – especialmente a partir de Friedrich Müller e sua “teoria estruturante do Direito” – duas dimensões da norma: o “programa normativo”, constituído dos elementos textuais e linguísticos da norma, ou seja, a literalidade do texto normativo (o texto da lei, do enunciado da súmula, do precedente) e o “âmbito normativo”, construído pela intermediação linguístico-jurídica de dados primariamente não linguísticos, ou seja, a realidade social a ser regulamentada pelo programa normativo. Assim, sob tal perspectiva, a norma somente passa a existir na conjunção dessas duas dimensões, uma vez que o texto é apenas o ponto de partida, um dado inicial, não a norma em si, que é obtida apenas no caso concreto, conflituoso ou não, real ou fictício (ABBOUD; CARNIO; OLIVEIRA, 2014, p. 349-350).

É possível, por outro lado, conjecturar que o enquadramento da segurança jurídica como um princípio importaria no surgimento de um aparente paradoxo, que poderíamos chamar de “paradoxo da segurança jurídica”: ao ser reputada como um princípio, a segurança jurídica apresenta-se como um mandado de otimização (na expressão cunhada por Robert Alexy e amplamente divulgada), em possível colisão com outros princípios, o que, inexoravelmente, compromete a previsibilidade e a calculabilidade que a própria segurança jurídica exige; ademais, a segurança jurídica é uma norma de textura aberta e, portanto, abre espaço para uma maior subjetividade por parte do intérprete. Como afirma Leandro Maciel Nascimento (2017, p. 27), “quanto mais princípios, mais insegurança”.

Ademais, ao se reconhecer que a segurança jurídica é um princípio, não podem ser olvidadas diversas críticas apresentadas à prática brasileira, especialmente no âmbito dos tribunais. Uma primeira, direcionada à discricionariedade, que autorizaria, pretensamente, aos juízes uma absoluta liberdade em suas decisões, de forma que lhes seria suficiente recorrer a essa espécie normativa para fundamentar suas decisões, quaisquer sejam os seus conteúdos. Critica-se também a generalização dos princípios, que passam a ter, muitas vezes, um caráter meramente retórico, senão tautológico, sem qualquer fundamento normativo, cuja finalidade é apenas justificar um determinado posicionamento jurídico, naquilo que Lênio Streck chama de “pamprincipiologismo” (2014, *passim*). Idêntica é a objeção desferida por Marcelo Neves (2014, p. 196), ao afirmar que

a invocação retórica dos princípios como nova panaceia para os problemas constitucionais brasileiros, seja na forma de absolutização de princípios ou na forma da compulsão ponderadora, além de implicar um modelo simplificador, pode servir para o encobrimento estratégico de práticas orientadas à satisfação de interesses avessos à legalidade e à constitucionalidade e, portanto, à erosão continuada da força normativa da Constituição.

Sérgio Nojiri (2012), que abre a sua obra com uma transcrição até certo ponto irônica de Groucho Marx – “Those are my principles, and if you don't like them... well, I have others”³⁵ – sustenta que a

abundante utilização dos princípios como instrumento retórico de convencimento, pelos neoconstitucionalistas, nas mais diversas circunstâncias, somente atesta o fato de que essa palavra está longe de ter alcançado um significado minimamente preciso. Mas pior do que a confusão conceitual que gira em torno da utilização dos princípios é a má compreensão das teorias a seu respeito (p. 251).

O justo receio dos autores ao formularem tais críticas pode ser atenuado se houver a construção de uma teoria hermenêutica que contenha determinados fundamentos.

O fato de a norma surgir no ato da concretização não autoriza, em hipótese alguma, que o texto deve ser ignorado, ao contrário, é necessário que os seus destinatários devem se ajustar às suas disposições uma vez que os textos possuem limites semânticos que vinculam o intérprete; por isso não se deve compreendê-lo como mera promessa, sem consequências, pois “é evidente que o intérprete não poderá construir um novo texto, espécie de nova lei” (STRECK, 2002, p. 459). A concepção acima mencionada não atribui ao intérprete uma liberdade para que ele possa retirar do texto qualquer resultado, nem lhe permite inserir ou

35 “Esses são meus princípios, e se você não gosta deles... bem, eu tenho outros” (tradução nossa. NOJIRI, Sérgio. Neoconstitucionalismo versus democracia: um olhar positivista. Curitiba: Juruá, 2012).

excluir dados semânticos, em nítida contrafação hermenêutica; antes, o intérprete deve ter em mente um consenso mínimo que orienta toda a comunidade, “trabalhando com elas [disposições do texto] apropriadamente do ponto de vista metodológico” (FERNANDES, 2014, p. 190).

Assim, o resultado da interpretação deve estar comprometido com os valores democráticos imperantes no ordenamento jurídico. A ampla possibilidade de efetiva participação das pessoas nas decisões (não apenas jurisdicionais mas até mesmo a existência da própria regra³⁶) que influem em suas esferas jurídicas deve ser uma condicionante presente no procedimento hermenêutico a assegurar-lhe a marca da constitucionalidade. Por isso, há uma necessidade de reconhecimento do conteúdo axiológico que verdadeiramente habita o *locus* constitucional e, ao mesmo tempo, afastar-se dos valores que decorrem unicamente de uma concepção ideológica pessoal³⁷. Impõe-se ainda o reconhecimento dos limites institucionais estabelecidos no plano constitucional, com a atribuição de funções a determinados órgãos e instituições, o que importa em uma deferência à própria Constituição Federal, do que decorre a necessidade de sujeição às decisões e opções realizadas por outras instâncias democraticamente estabelecidas, ponderações cujos conteúdos estejam segundo o arcabouço constitucional.

Conforme ensinam George Abboud, Henrique Carnio e Rafael Oliveira (2014), o princípio autoriza uma decisão, no sentido de abrir um espaço para que o juiz possa decidir, mas “ao mesmo tempo, a *comum-unidade* dos princípios limita esta mesma decisão, uma vez que impõe que ela seja tomada ao modo de padrões já estabelecidos e compreendidos historicamente” (p. 343). Assim, a exigência de critérios de legitimação afasta o paradoxo e os riscos decorrentes do reconhecimento da segurança jurídica como um princípio.

2.4.2. Sede normativa do princípio da segurança jurídica

Além de ser um princípio, é possível afirmar que a segurança jurídica está sediada e, portanto, possui natureza constitucional. É possível chegar-se a tal conclusão tanto pelos

36 Como afirma Streck (p. 129), “é preciso que tenhamos a possibilidade efetiva de participar da formação da lei, da instituição. Só posso ser livre sob a lei, se puder dizer que essa é a minha lei, se tiver tido a possibilidade efetiva de participar na sua concepção e no seu posicionamento (mesmo que as minhas preferências não tenham prevalecido)” (STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002).

37 Advertência feita, dentre outros, por Nojiri: “A qualificação de um sistema jurídico como bom e, portanto, verdadeiro, segundo essa forma de análise moral, dependeria, neste caso, quase que exclusivamente da ideologia assumida” (2012, p. 336).

métodos indutivo e dedutivo³⁸, quanto pela identificação de expressa previsão no texto da Constituição Federal.

Ao se analisar o texto constitucional, verifica-se uma delimitação das atribuições de cada uma das funções estatais, estremando-lhes as órbitas de suas respectivas competências. O extenso rol de garantias fundamentais (CF, art. 5º) é bastante simbólico à medida que eles constituem, em verdade, garantias contra a arbitrariedade estatal, importando em segurança às pessoas. O princípio da legalidade (art. 5º, II, CF) exige que haja um anteparo normativo que “garante o particular contra os possíveis desmandos do Executivo e do próprio Judiciário” (BASTOS, 1990, p. 172); essa manifestação é potencializada ao ser exigida, em determinadas hipóteses, lei em sentido estrito, ou, em outras hipóteses, lei de natureza especial, como corre, por exemplo, na exigência de lei complementar para proteção contra a despedida arbitrária (art. 7º, I, CF). Em face da presunção de constitucionalidade da legislação, o reconhecimento de inconstitucionalidade de um texto de lei somente pode ocorrer por maioria absoluta dos membros do tribunal ou de seu órgão especial (CF, art. 97³⁹; SV 10⁴⁰). Outros exemplos de dispositivos constitucionais poderiam ser acrescentados: a existência de cláusulas pétreas (art. 60); a imodificabilidade das normas eleitorais no período de 1 (um) ano que antecede as eleições (art. 16); a anterioridade e a anualidade de normas tributárias (art. 150, III, “b” e “c”); a necessidade de edição de texto normativo por parte do Legislativo para regular os efeitos das medidas provisórias não aprovadas (CF, art. 62, § 3º); a função uniformizadora dos tribunais, como se vê no art. 102, § 2º⁴¹, ao fixar a competência do Supremo Tribunal Federal, no art. 105, III, “c”⁴², ao fixar a competência do Superior Tribunal de Justiça, mas

38 A ciência utiliza-se da indução e da dedução como procedimentos formais de raciocínios de determinada justificação ou explicação de uma determinada hipótese. A indução consiste no “procedimento lógico pelo qual se passa de alguns fatos particulares a um princípio geral” (SEVERINO, 2016, p. 110); em razão desse método, chega-se a uma conclusão universal a partir da observância e constatação de determinadas premissas, os fatos particulares. Por outro lado, a dedução consiste em procedimento lógico “pelo qual se pode tirar de uma ou várias proposições uma conclusão” em que ocorre uma passagem do universal para o particular (idem, op. cit., p. 111). SEVERINO, Antônio Joaquim. Metodologia do trabalho científico. 24ª ed. rev. e atualizada. São Paulo: Cortez, 2016.

39 “Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público”.

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

41 “As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.”

42 “Art. 105.

[...]; III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida:

[...];

especialmente no art. 103-A⁴³, que prevê a súmula vinculante. Outrossim, a previsão de respeito ao direito adquirido e ato jurídico perfeito e à coisa julgada.

No plano do Direito do Trabalho, aliás, diversas são as disposições que culminam com a ideia de segurança jurídica: a prescrição trabalhista (art. 7º, XXIX⁴⁴), proteção contra dispensa arbitrária de todo empregado (art. 7º, I, CF⁴⁵), bem como a estabilidade do dirigente sindical (art. 8º, VIII⁴⁶), do membro eleito para a comissão interna de prevenção de acidentes do trabalho (CIPA) e da gestante (art. 10, CF, ADCT⁴⁷).

Assim, esse extenso rol de situações particulares permite concluir, pelo método indutivo, ser a segurança jurídica um princípio estampado na Constituição Federal.

Sob o método dedutivo também é possível identificar a segurança jurídica como decorrente do Estado Democrático de Direito e da dignidade da pessoa humana.

A partir da cláusula contida no *caput* do art. 1º da Constituição Federal, em razão da qual a “República Federativa do Brasil [...], constitui-se em Estado Democrático de Direito”, tem-se uma exigência de submissão do Estado ao império do Direito, do que resultam os diversos corolários para a vida em sociedade. Uma situação de anomia, como se pode imaginar, compromete não apenas um ou outro aspecto da vida pessoal, mas sim a própria convivência social pela impossibilidade de regulação da vida humana. A existência do Direito indica o comportamento a ser adotado em determinadas circunstâncias e estabelece as consequências em caso de descumprimento, justamente um fim ordenador que enseja a própria ideia de segurança nas relações sociais. Na realidade, a própria positivação do Direito – aqui compreendida a previsão das normas em textos expressos – corresponde ao ideal de segurança por permitir aos envolvidos a localização da fonte formal do Direito (ou, como será usado neste trabalho, a forma de expressão do Direito), bem como a investigação acerca da

c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.

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

44 “ação, quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho”.

45 “[R]elação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos”.

46 “[É] vedada a dispensa do empregado sindicalizado a partir do registro da candidatura a cargo de direção ou representação sindical e, se eleito, ainda que suplente, até um ano após o final do mandato, salvo se cometer falta grave nos termos da lei.”

47 “Até que seja promulgada a lei complementar a que se refere o art. 7º, I, da Constituição:

II - fica vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa:

a) do empregado eleito para cargo de direção de comissões internas de prevenção de acidentes, desde o registro de sua candidatura até um ano após o final de seu mandato;

b) da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto”.

observância do procedimento estabelecido. Não fosse assim, as pessoas teriam que recorrer ao direito natural, a costumes etc., algo fluido e de conteúdo tão incerto que colocaria em xeque a própria realidade do Direito. Como afirma Ávila (2016, p. 225),

Um Estado de Direito caracteriza-se igualmente pelo ideal de protetividade de direitos e de responsabilidade estatal, somente atingido por meio de um ordenamento inteligível, confiável e previsível: a atividade estatal não é fundada e limitada pelo Direito se os poderes e se os procedimentos não são previstos, estáveis e controláveis (segurança do Direito); ainda, os direitos fundamentais não são minimamente efetivos se o cidadão não sabe previamente dentro de que limites pode exercer plenamente a sua liberdade (segurança de direitos) e se não há instrumentos que possam assegurar as suas expectativas (segurança pelo Direito) e atribuir-lhes eficácia no caso de restrições injustificadas (segurança frente ao Direito). Se o Estado de Direito é a proteção do indivíduo contra a arbitrariedade, somente um ordenamento acessível e compreensível pode desempenhar essa função.

Esse mesmo autor, logo em seguida, conclui: “O Estado de Direito ou é seguro, ou não é Estado de Direito” (2016, p. 225)⁴⁸.

Tem-se compreendido o Estado Democrático de Direito sob duas perspectivas: a primeira sustenta uma perspectiva substancial ou material, em razão da qual o Estado tem como objetivo garantir a dignidade da pessoa, a liberdade, a justiça, a segurança, as regras democráticas e de participação popular (LUCCA, 2015, p. 48-49; NASCIMENTO, 2017, p. 64). Por outro lado, a concepção formal sustenta que o Estado deve contar com uma série de mecanismos de controle do Poder Público, como a existência de um sistema de direitos e garantias fundamentais, a divisão de funções estatais, o funcionamento das instituições estatais etc. No sentido dessa afirmação, tem-se lição de Norbert Horn (2005, p. 50):

O Estado de Direito democrático caracteriza-se por seu poder estatal dever ser legitimado por eleições democráticas, por ser dividido em poderes parciais (legislativo, executivo e judiciário – princípio da divisão de poderes), pelo fato do exercício do poder somente ocorrer com base em lei (princípio da legitimidade da administração) e pelo Estado conferir aos cidadãos certos direitos fundamentais como direitos de defesa frente ao poder estatal”.

A exigência de submissão ao Estado Democrático de Direito importa na imposição de que as manifestações estatais – todas elas, sejam do Legislativo, do Executivo e do Judiciário – estejam conforme os parâmetros construídos pelo próprio Direito, bem como reflitam o conteúdo inerente à democracia constante do texto constitucional: a participação popular, direta ou indireta, com o reconhecimento dos valores ínsitos na sociedade brasileira,

⁴⁸ Note-se que em Hobbes, em vista do contrato social firmado entre as pessoas, o Estado resulta da necessidade da existência de uma instituição que possa concretizar, pela sua a força, a segurança das pessoas. Assim, o próprio Estado é a razão da segurança. HOBBS, Thomas. *Leviatã – ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. São Paulo: Martin Claret, 2014.

de forma a atender a uma sociedade livre e com justiça social, com vistas a diminuir a desigualdade entre as pessoas, concretizando os Direitos fundamentais inerentes à pessoa. Assim, esse paradigma

deve ser concebido como um modelo ideal de Estado em que o poder estatal é rigidamente controlado e previamente definido, e as pessoas podem conduzir suas vidas com segurança, prevendo as consequências futuras de seus atos, acreditando que as situações jurídicas já consolidadas não serão mais alteradas e tendo a certeza de que os seus patrimônios jurídicos não serão violados senão por um processo legal. Somente quando conquistada essa segurança jurídica é que os demais valores “substanciais” do Estado (e também do Direito) poderão ser atingidos (LUCCA, 2015, p. 57)

É possível, ainda, afirmar que a segurança jurídica decorre do princípio da dignidade da pessoa humana⁴⁹, previsto na Constituição Federal (art. 1º, III).

O elo entre a segurança jurídica e a dignidade da pessoa humana, decorre do fato de que, “sem um ordenamento jurídico minimamente inteligível, estável e previsível, o homem não tem como se autodeterminar, plasmando o seu presente e planejando o seu futuro com liberdade e autonomia” (ÁVILA, 2016, p. 243). A prevalência da segurança jurídica constitui-se em pressuposto para a realização da dignidade humana, afirmação que decorre da característica do indivíduo, realçadas logo no início da presente pesquisa, no sentido de que o ser humano carece de responder às suas ansiedades por meio de uma instituição que consiga propiciar-lhe uma segurança pessoal. Como se disse, é inerente à condição humana a exigência de segurança. A falta de segurança jurídica, como a retroatividade da lei, a impossibilidade de conhecimento dos textos normativos, a frustração a legítimas expectativas criadas, transforma o ser humano em marionete nas mãos dos detentores do poder, negando-lhe a sua essencialidade e, conseqüentemente, violando de forma flagrante a dignidade que assegura a pessoa como um destinatário da regulamentação, não um mero objeto, como afirma Ávila (2016, p. 244).

Todavia, ainda que não fossem os métodos de raciocínio indutivo e dedutivo, acima apresentados, o art. 5º da Constituição Federal expressamente contempla o valor “segurança”

49 Assim conceituada por Ingo Sarlet: "Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos. (SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 73).

em seu texto⁵⁰: “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do Direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes”. (grifo nosso).

Observe-se que, ao contrário do que se possa parecer, esse vocábulo “segurança” não se refere apenas a inviolabilidade física (a pessoa) e a incolumidade patrimonial corpórea (os bens), mas também aos valores ínsitos à sociedade, já que, por sua localização topográfica, logo no início do texto constitucional, refere-se também a uma série de garantias fundamentais que importam em respeito aos direitos individuais da pessoa humana. Registre-se que o art. 6º da Constituição Federal igualmente refere-se à segurança como um direito social.

Nessa direção, Humberto Ávila (2016, p. 215) afirma que a Constituição Federal “não é somente uma Constituição para a segurança jurídica; ela é uma Constituição que consubstancia a própria segurança jurídica”, o que leva o autor a sustentar a existência de uma “superestrutura constitucional” da segurança jurídica, concluindo que

a CF/88 não deixou para depois as respostas relativas ao exercício do poder e à efetividade dos direitos de liberdade, de propriedade e de igualdade. Ela própria já forneceu os resultados e, beirando as raias do casuismo, instituiu um sistema de segurança jurídica, pela miríade de regras e princípios que contém (2016, p. 2016).

Logo em seguida, conclui esse autor: “a segurança jurídica decorre do próprio sistema constitucional como um todo. Vale dizer: um dos seus fundamentos não está contido na Constituição; ele é a própria Constituição” (2011, p. 200).

O Supremo Tribunal Federal tem reconhecido a segurança jurídica como um princípio alcandorado, explícita ou implicitamente, ao *status* constitucional:

Como esta Corte tem afirmado em vários casos, o tema da segurança jurídica é pedra angular do Estado de Direito sob a forma de proteção à confiança. É o que destaca Karl Larenz, que tem na consecução da paz jurídica um elemento nuclear do Estado de Direito material e também vê o princípio da confiança como aspecto do princípio da segurança:

“O ordenamento jurídico protege a confiança suscitada pelo comportamento do outro e não tem mais remédio que protegê-la, porque poder confiar (...) é condição fundamental para uma pacífica vida coletiva e uma conduta de cooperação entre os homens e, portanto, da paz jurídica”. (DERECHO JUSTO – Fundamentos de Ética Jurídica. Madri. Civitas, 1985, p. 91)

O autor tedesco prossegue afirmando que o princípio da confiança tem um componente de ética jurídica, que se expressa no princípio da boa-fê. Diz:

50 Convém observar que o “preâmbulo” da Constituição Federal, igualmente, apresenta elementos que permitem também chegar à ideia de segurança.

“Dito princípio consagra que uma confiança despertada de um modo imputável deve ser mantida quando efetivamente se creu nela. A suscitação da confiança é imputável, quando o que a suscita sabia ou tinha que saber que o outro ia confiar. Nesta medida é idêntico ao princípio da confiança. (...) Segundo a opinião atual, [este princípio da boa-fé] se aplica nas relações jurídicas de Direito público”. (DERECHO JUSTO – Fundamentos de Ética Jurídica. Madri. Civitas, 1985, p. 95-96)”

(RE 598.099. Rel.: Min. GILMAR MENDES. Dt. Julg.: 10/08/2011. Tribunal Pleno).

Em face de todos esses fundamentos, é possível concluir que a Constituição Federal reconhece a segurança jurídica enquanto valor a ser buscado e instrumento de atuação como concretização dos Direitos fundamentais das pessoas, ou, como diz Ávila (2016, p. 49), o próprio ordenamento constitucional “atribui fundamentalidade à segurança jurídica”.

O reconhecimento da segurança jurídica como um princípio constitucional permite extrair consequências em razão desse posicionamento na estrutura hierárquica do ordenamento jurídico, com a normatividade ínsita a essa identificação como princípio.

O caráter normativo do princípio da segurança jurídica importa também em proteção dos direitos já conquistados (STRECK, 2014, p. 68). Como já se disse, os “princípios são o oxigênio das Constituições” (BONAVIDES, 2012, p. 298), de forma que esse posicionamento no plano constitucional implica em uma mudança de perspectiva, sob a qual os princípios encabeçam o sistema jurídico, orientam e fundamentam todas as demais normas existentes nesse sistema, pois

Fazem eles a congruência, o equilíbrio e a essencialidade de um sistema jurídico legítimo. Postos no ápice da pirâmide normativa, elevam-se, portanto, ao grau de norma das normas, de fonte das fontes. São qualitativamente a viga-mestra do sistema, o esteio da legitimidade constitucional, o penhor da constitucionalidade das regras de uma Constituição (BONAVIDES, 2012, p. 303-304).

Como disse Ana Paula Barcelos (2000, p. 170),

Duas são as razões normalmente apontadas para tal entendimento, do ponto de vista da dogmática constitucional. Em primeiro lugar, a própria normatividade da Constituição. Se a Constituição é norma jurídica, tudo o que nela se contém desfruta dessa natureza, reforçada ainda pelo fato de sua superioridade hierárquica sobre todo o sistema. A segunda razão diz com a própria natureza do princípio. O princípio constitucional veicula normalmente uma decisão fundamental do poder constituinte originário. Não haveria sentido que o princípio, axiológica e logicamente mais relevante que a regra, não fosse considerada norma jurídica e esta sim.

Em consequência, o *status* constitucional da segurança jurídica importa no afastamento das regras infraconstitucionais que eventualmente a contrariem, em razão da

função negativa reconhecida às normas constitucionais (BARCELOS, 2000, p. 173). Esse afastamento pode ocorrer tanto pela revogação, se as regras forem anteriores à Constituição, ou pela invalidação, se as regras forem editadas após a Constituição. Em ambas as situações, tem-se o vício da inconstitucionalidade da norma.

Além desse aspecto funcional negativo, há também uma atuação conformadora do princípio constitucional, ao estabelecer que o intérprete deve, dentre as possíveis opções hermenêuticas, optar por aquela que melhor concretiza os efeitos estabelecidos pela norma constitucional.

Essas características exigem, portanto, uma releitura do Direito do Trabalho e Processo do Trabalho (especialmente a Lei 13.467/2017) à luz do princípio constitucional da segurança jurídica.

2.5 O caráter multifacetário da segurança jurídica

A segurança jurídica é concretizada em uma infinidade de hipóteses normativas que contemplam uma multiplicidade de sentidos, como visto no item 2.3. Essa diversidade de compreensão está diretamente vinculada ao fato de que o conteúdo da segurança jurídica apresenta um caráter multifacetário, como se pretende expor neste item. Observe-se que há uma reciprocidade e imbricação entre as diversas perspectivas da segurança jurídica, pois a ideia de conhecimento traduz-se também na estabilidade e previsibilidade ao passo que a confiabilidade diz respeito também a uma previsibilidade e estabilidade etc. Não há, portanto, um caráter estanque nessas diversas manifestações, além do que, como esclarece Ravi Peixoto (2015, p. 61), a segurança jurídica não se comporta linearmente nem garante certezas absolutas.

2.5.1 A segurança jurídica como conhecimento: determinação, cognoscibilidade e compreensibilidade

Uma primeira noção de segurança jurídica consiste no reconhecimento da existência de uma íntima vinculação entre o conhecimento do direito e a segurança jurídica, cuja perspectiva se divide em diversas expressões, pois consiste em (a) saber da existência (determinação), (b) ter acesso ou conhecimento de seu conteúdo (cognoscibilidade) e (c) compreender o seu conteúdo (compreensibilidade).

Para que haja segurança jurídica, é necessária a existência da própria regra que contemple a relação intersubjetiva. Por isso, quando se fala, por exemplo, na exigência de uma lei complementar para regular determinados temas (como a proteção contra dispensa arbitrária), exige-se uma determinação prévia do direito. Assim, a positivação do direito oferece um importante fator no alcance da segurança jurídica, pois viabiliza conhecimento relativo à regulamentação normativa. A existência de normas jurídicas, notadamente aquelas de origem estatal (mas sem excluir as normas de origem particular), tem o condão de guiar o indivíduo. Dentro dessa perspectiva insere-se a observância dos procedimentos estabelecidos para a edição de um texto normativo. Trata-se da compreensão da segurança jurídica como determinação do direito e decorre da própria objetividade que se pretende atribuir ao texto normativo.

A cognoscibilidade (ÁVILA, 2016, p. 141), como decorrência da segurança jurídica, consiste na necessidade de publicação do material jurídico, seja em relação à legislação ou jurisprudência⁵¹, mas também em relação a normas internas ou individuais. Deste modo, o acesso a dados contratuais e documentais que estejam em posse da outra parte contratante tem o condão de concretizar a segurança jurídica sob tal perspectiva. Essa afirmação assume especial relevo em um contexto de uma típica “Espada de Dâmocles” instaurada pela Lei 13.467/2017 no tocante às despesas processuais⁵², razão pela qual a utilização de procedimentos prévios, como a produção antecipada da prova, expressamente previsto no CPC (arts. 381-383) não apenas com conteúdo cautelar, possui importante papel em possibilitar esse conhecimento ao interessado⁵³.

51 A existência de páginas na rede mundial de internet, tanto do Executivo quanto dos tribunais, logra êxito em viabilizar esse acesso.

52 Isso porque a Lei 13.467/2017 buscou, por diversas formas, impor despesas processuais ao reclamante (quase sempre, o empregado), ainda que seja beneficiário da gratuidade da justiça.

53 Sobre o tema, este mestrando teve a oportunidade de escrever, em coautoria, capítulo de obra coletiva que versou sobre a produção antecipada da prova (2018, p. 67-68):

“No CPC atual, a principal mudança [quanto à produção antecipada da prova] consistiu na retirada do requisito de urgência e sem a marca da cautelaridade, ou seja, não se vincula necessariamente a um processo judicial instaurado ou a ser instaurado. Deixa então de ser um procedimento exclusivamente cautelar do CPC/1973, o que torna mais evidente o seu caráter autônomo, concretizando anseios doutrinários ocorridos desde os anos 2000 e, especialmente, adotando-se no direito positivado brasileiro instituto semelhante (ainda que não se confunda, especialmente quanto à estrutura e momento) à ‘discovery’ ou ‘disclosure’ do direito norte-americano e anglo-saxão.

A prova consiste em uma extensão do direito de ação, uma vez que não basta propiciar o simples ingresso em juízo, na condição de autor ou réu, mas sim assegurar a efetiva utilização dos instrumentos necessários ao suporte de suas alegações e à influência do juízo (contraditório material). Daí, possibilitar aos interessados o conhecimento dos elementos probatórios que poderão ser utilizados em alguma demanda significa assegurar-lhes elementos para o efetivo exercício do direito de ação.

Ademais, isso significa que a expressa previsão legal de produção da prova autônoma tem o condão de afastar a compreensão de que o destinatário da prova seja apenas o juiz. Na realidade, o destinatário imediato da prova é a parte, seja para o ajuizamento ou não da ação, seja na busca da composição; conquanto não menos importante, o juiz é apenas o segundo destinatário da prova. essa nova perspectiva assume, destarte, um caráter constitucional-concretizador, uma vez que retira do arbítrio exclusivo do juiz o domínio da prova”

A compreensibilidade⁵⁴ (VALIM, 2013, p. 80-85), enquanto imposição da segurança jurídica, estabelece que o conteúdo normativo seja acessível às pessoas, o que exige a adoção de mecanismos como a assistência jurídica, especialmente aos mais necessitados. Justamente sob essa perspectiva que deve ser adotado na redação dos textos normativos um vocabulário que permita uma ampla cognição por parte das pessoas, com vocabulário de trânsito livre entre os destinatários e que, ademais, sejam claros, e lógicos, como estabelece o art. 11 da Lei Complementar nº 95/1998⁵⁵. Nesse particular, afirma-se que uma maior compreensão do conteúdo da norma traduz-se na “tendência de diminuição da litigiosidade, gerada pela diminuição de conflitos quanto à interpretação de consequências normativas e à diminuição do campo de abertura interpretativo” (PEIXOTO, 2015, p. 54).

Observe-se que a compreensibilidade indica a existência de graus de segurança jurídica, a depender das condições pessoais do destinatário da norma. Isso ocorre porque o conhecimento que um leigo possui é diverso daquele de um profissional do direito, da mesma forma que existe diversidade na compreensão de um profissional do direito e um especialista em direito do trabalho etc. Daí a doutrina propugnar que o

cidadão, nesse aspecto, deve poder compreender a norma "sem exercício de ginástica intelectual" – como lembra Pfersmann.

A perspectiva de quem deve ser aferida a qualidade normativa passa, portanto, a ser essencial, pois não se pode saber se um ato é, ou não, evidentemente ou manifestamente ilegal sem saber na visão de quem essa ilegalidade deve ser verificada. Alguns vícios são razoavelmente previsíveis para um especialista em Direito Tributário, mas imperceptíveis para o leigo nessa matéria. Não por outro motivo que Doung faz referência a uma segurança razoável, enquanto dependente do conteúdo do texto em causa, do domínio por ela coberto e do número e da qualidade dos seus destinatários (ÁVILA, 2016, p. 175).

Sob esse enfoque, a segurança jurídica será alcançada se as pessoas conhecerem ou tiverem condições de ter acesso ao conteúdo, bem como compreender o sentido das normas jurídicas, o que possibilita guiarem-se segundo os parâmetros previstos nesses textos. Na realidade, trata-se de algo básico da exigência de segurança jurídica, sem a qual “resta tolhida qualquer previsão a partir do direito positivo” (PEIXOTO, 2015, p. 53), e nem poderia ser diferente, pois a impossibilidade quanto ao conhecimento do próprio direito compromete a ação do indivíduo.

(PISSINATI, A.; DUARTE, Radson Rangel. F. Produção antecipada da prova no processo do trabalho. *In* **Produção antecipada da prova: questões relevantes e aspectos polêmicos** (Orgs.: Bruno Fuga *et al.*). Londrina: Thoth, 2018, p. 65-86).

54 Cognoscibilidade, na expressão utilizada por Humberto Ávila (2016, p. 141).

55 “Art. 11. As disposições normativas serão redigidas com clareza, precisão e ordem lógica, observadas, para esse propósito, as seguintes normas: (omissis)”.

2.5.2 A segurança jurídica como estabilidade e confiabilidade

Tradicionalmente, a segurança jurídica desperta uma atenção no que concerne à preservação das situações jurídicas constituídas sob a égide de determinado regramento jurídico. Por isso, impõe-se um respeito quase religioso a institutos que concretizam a ideia de preservação de um *status quo*, como o ato jurídico perfeito, o direito adquirido, a coisa julgada, a irretroatividade da lei (salvo a penal, em favor do acusado/condenado) pois, como expressa Paulo Nader, a “anterioridade da lei ao fato é o máximo princípio de segurança jurídica” (2004, p. 121). Significativa, neste particular, a lição de Vicente Ráo (1991, p. 323), ao dizer que

A inviolabilidade do passado é princípio que encontra fundamento na própria natureza humana, pois, segundo as sábias palavras de Portalis, “o homem, que não ocupa senão um ponto no tempo e no espaço, seria o mais infeliz dos seres, se não se pudesse julgar seguro nem sequer quanto à sua vida passada. Por essa parte de sua existência, já não carregou todo o peso de seu destino? O passado pode deixar dissabores, mas põe termo a todas as incertezas. Na ordem da natureza só o futuro é incerto e esta própria incerteza é suavizada pela esperança, a fiel companheira de nossa fraqueza. Seria agravar a triste condição da humanidade, querer mudar, através do sistema da legislação, o sistema da natureza, procurando, para o tempo que já se foi, fazer reviver as nossas dores, sem nos restituir as nossas esperanças”.

Trata-se da concepção de segurança jurídica como estabilidade pois, como afirma Cármen Lúcia Antunes Rocha (2004, p. 168), “Segurança jurídica é o direito da pessoa à estabilidade em suas relações jurídicas”.

Isso não significa, todavia, que se imponha uma imutabilidade⁵⁶ da ordem jurídica, mas sim que as alterações, ao serem concretizadas, respeitem o passado. Assim, embora a exigência de uma imutabilidade não possa, nem deva, ser totalmente afastada, a doutrina entende que as necessárias alterações na ordem jurídica sejam acompanhadas de uma determinada “estabilidade na mudança” (ÁVILA, 2016, p. 142), de forma que possa haver o respeito de situações jurídicas já constituídas, bem como a exigência de continuidade do ordenamento jurídico por meio de regras de transição.

Trata-se da segurança sob o prisma da confiabilidade, forma de preservar as legítimas expectativas depositadas pelas pessoas no ordenamento jurídico (sobre esse aspecto falaremos com mais vagar no tópico relativo à concepção subjetiva de segurança jurídica).

⁵⁶ Representativa da ideia de que o direito não deve ser imutável é a lição de que “o direito, precisamente pela necessidade de se acomodar às exigências novas, tem necessidade de formular novos conceitos e estabelecer novos preceitos” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. In: Instituições de direito civil. v. 1. 18. ed. São Paulo: Forense, 1995, p. 89).

2.5.3 A segurança jurídica como previsibilidade e calculabilidade

Se a estabilidade e a confiabilidade têm uma perspectiva voltada ao passado, isto é, à preservação de uma relação jurídica que transcorreu e que deve se manter, é possível ainda enxergar a segurança jurídica com uma atenção ao futuro. Assim, fala-se em segurança jurídica sob o prisma da previsibilidade, que consiste em conhecer como os órgãos decidem para moldar os comportamentos individuais: o conhecimento das interpretações e dos posicionamentos dos tribunais sobre determinados temas tem o condão de orientar a adoção de determinados comportamentos por parte das pessoas.

Trata-se de uma perspectiva, todavia, insatisfatória para representar como a segurança jurídica deve atuar. Não se nega a sua importância tampouco que deva ser abandonada. Apenas lhe contrapõe a sua insuficiência, pois, como afirma José Rodrigo Rodriguez (2012, p. 132), o ideal de segurança jurídico, até então compreendido como a restrição do espaço de liberdade do julgador para que haja uma total previsibilidade de suas decisões, parece ter se tornado uma quimera. Ocorre que no momento atual houve a superação da concepção de confinamento do direito à lei, bem como o reconhecimento de força normativa aos princípios, o pluralismo jurídico, a multiplicidade de centros decisórios, bem como a hipercomplexidade que existe na sociedade moderna e o uso na linguagem jurídica de textos abertos.

Assim, a segurança jurídica passa a ser compreendida como a capacidade de calcular as consequências jurídicas dos atos e fatos.

Isso significa que não há se falar, até por impossibilidade material, na absoluta previsibilidade do conteúdo decisório, mas sim em antecipar alternativas interpretativas bem como efeitos normativos das normas jurídicas. Por isso, sustenta-se ser correto utilizar-se do termo “calculabilidade”, que consiste na “capacidade de o cidadão prever, em grande medida, os limites da intervenção do Poder Público sobre os atos que pratica” (ÁVILA, 2016, p. 144), ou, como afirma Gianmarco Gometz (2012), a capacidade que o indivíduo tem em prever as consequências do seu próprio comportamento futuro tendo em conta as presumíveis mudanças que o direito que as regula sofrerá⁵⁷. É o que se pode chamar de “segurança de orientação” (NASCIMENTO, 2017, p. 12).

57 Diz o autor: “In contesti del genere, molti individui sarebbero in grado di prevedere le conseguenze di propri comportamenti futuri tenendo conto dei presumibili cambiamenti che il diritto che li regola subirà” (GOMETZ, Gianmarco. *Indici di certezza giuridica*. In: *Diritto e questioni pubbliche*. Palermo. 2012, p. 336). Disponível em: www.dirittoquestionipubbliche.org/page/.../stu_04-Gometz.pdf.

2.6. O princípio da segurança jurídica sob o prisma subjetivo: a proteção da confiança legítima

Como sustenta a doutrina, ao se falar em princípio da segurança jurídica, normalmente, as atenções estão voltadas para o aspecto objetivo das relações jurídicas, pois ele diz respeito à estabilidade das normas e suas projeções (SILVA, 2004, p. 272). Por isso, refere-se à irretroatividade da lei, preservação dos atos jurídicos perfeitos, inviolabilidade da coisa julgada, fixação de matérias intangíveis à reforma constitucional, direito adquirido etc.

A despeito da elevada importância desse enfoque, há situações jurídicas que são estranhas a esse caráter objetivo e, apesar disso, carecem de uma tutela. Não obstante, essa perspectiva objetiva importava em uma insatisfatória atuação da segurança jurídica, pois são situações se enquadrariam mais como se fossem expectativas jurídicas.

A concepção de segurança jurídica objetiva não se afigura completa, pois olvida a existência de relações jurídicas que se desenvolvem no tempo e, apesar disso, não se enquadram tecnicamente na noção de direito adquirido. Em algumas dessas relações jurídicas que se desenvolvem no tempo, há um elemento de precariedade em razão do qual exige-se a implementação de diversos requisitos para que se transmutem de expectativas de direito em direitos adquiridos. Ademais, há certos atos que, pela sua natureza, ou pela sua duração, ou por comportamentos contextuais do outro contratante, transmitem à outra pessoa a confiança quanto à correção e à manutenção daquele determinado estado fático-jurídico.

Portanto, o modelo dualista tradicional do “tudo ou nada” leva a uma situação na qual a expectativa do direito encontra-se praticamente desguarnecida de uma tutela jurídica, ao passo que o direito adquirido (sentido amplo) goza de intensa proteção normativa. Como disse o ministro Gilmar Mendes, “necessitamos cada vez mais de dizer que há alguma pobreza nesse modelo binário: direito adquirido/expectativa de direito”⁵⁸.

Em face de tal realidade, impõe-se uma concepção na qual a segurança jurídica possa projetar-se também em uma perspectiva subjetiva das relações jurídicas, o que ocorre por meio do “princípio da proteção da confiança legítima”, cuja adoção foi precursoramente

58 STF. ADI 3104: Relator(a): Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, julgado em 26/09/2007, DJe-139 Divulg 08-11-2007, Public 09-11-2007, DJ 09-11-2007, pp-00029,. Ver página 172. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=493832>. Acesso em: 27 abr. 2019.

defendida, no Brasil, por Almiro do Couto e Silva (2004)⁵⁹. Como afirma Ávila (2016, p. 379):

O chamado princípio da proteção da confiança serve de instrumento de defesa de interesses individuais nos casos em que o particular, não sendo protegido pelo direito adquirido ou pelo ato jurídico perfeito, em qualquer âmbito, inclusive no tributário, exerce a sua liberdade, em maior ou menor medida, confiando na validade (ou na aparência de validade) de um conhecido ato normativo geral ou individual e, posteriormente, tem a sua confiança frustrada pela descontinuidade da sua vigência ou dos seus efeitos.

Assim, a proteção da confiança legítima tutela as situações de expectativas criadas em razão do comportamento adotado pelas partes, ou pelo tempo, ou pela credibilidade de permanência, como uma forma de garantia contra os efeitos deletérios que os rompimentos das relações jurídicas e as bruscas alterações no plano normativo podem provocar.

Não se nega a existência de divergência doutrinária quanto à caracterização da proteção da confiança jurídica como um princípio distinto da segurança jurídica⁶⁰. Na presente pesquisa, adota-se a concepção segundo a qual a proteção da confiança legítima corresponde

59 No texto base utilizado para a presente pesquisa, Almiro do Couto e Silva (2004, p. 278), após apresentar 4 (quatro) pontos principais que decorrem da proteção da confiança, noticia ter tratado do tema em diversos textos: “De três desses quatro temas [...] me ocupei em estudos anteriores. Assim, b), em 1981, apresentei trabalho, no III Congresso de Direito Administrativo, realizado na cidade de Canela, RS, depois publicada na RDP, 63 (jul-set. 1982), sob o título Responsabilidade do Estado e Problemas Jurídicos Resultantes do Planejamento, em que admitia a responsabilidade do Estado quando, por atos positivos e por promessas serias e fortes, gerava fundadas expectativas nos destinatários e os danos causados fossem especiais e anormais. No VII Congresso de Direito Administrativo, realizado em Belém do Pará, em 1987, proferi conferência sobre Problemas Jurídicos do Planejamento, publicada em RDA n° 170 (out. dez. 1987), ampliando a área de investigação do trabalho anterior, mas reiterando suas conclusões no tocante aos atos do Estado relacionados com o planejamento. Em 1987, a) escrevi artigo sobre os Princípios da Legalidade e da Segurança Jurídica no Estado de Direito Contemporâneo, RDP n° 843 e RPGE, v. 18, 1988, em que analisei a questão da manutenção dos atos administrativos inválidos por ilegais, pela aplicação do princípio da segurança jurídica (proteção à confiança), ali tratada, nesse contexto, pela primeira vez, entre nós, como princípio constitucional. Finalmente, em 1999, c) desenvolvi o tema da Responsabilidade pré-negocial e culpa *in contrahendo* no Direito Administrativo Brasileiro (RDA n° 217, jul./set.)”.

60 Silva (2004, p. 274, nota de rodapé n. 7) afirma que “Modernamente, no direito comparado, a doutrina prefere admitir a existência de dois princípios distintos, apesar das estreitas correlações existentes entre eles” (SILVA, Almiro do Couto e. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (Lei n° 9.784/99). *In* Revista de Direito Administrativo. FGV Direito Rio Editora. n° 237, Jul./Set. 2004, p. 271-315); no mesmo sentido, Martins-Costa (2004, p. 114) entende que “a confiança, adjetivada como ‘legítima’, é um verdadeiro princípio” (MARTINS-COSTA, Judith. A re-significação do princípio da segurança jurídica na relação entre o Estado e os cidadãos: a segurança como crédito de confiança. *In* Rev. CEJ, Brasília, n. 27, p. 110-120, out./dez. 2004; também J. J. Gomes Canotilho faz a distinção entre os princípios da segurança e da confiança legítima (1993, p. 374).

Outra corrente, todavia, enxerga nela uma manifestação do princípio da segurança jurídica: MEDAUAR, Odete. Segurança jurídica e confiança legítima. *In* Fundamentos do estado de direito: estudos em homenagem ao professor Almiro do Couto e Silva. ÁVILA, Humberto (org.). São Paulo: Malheiros Editores, 2005; DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. Princípios da segurança jurídica no direito administrativo. *In* Segurança jurídica no Brasil. BOTTINO, Marco Túllio (org.). São Paulo: RG Editores, 2012, p. 159-188.

ao aspecto subjetivo da segurança jurídica. Essa compreensão ocorre porque a proteção da confiança legítima destina-se a tutelar um ordenamento igualmente seguro e que seja capaz de orientar as pessoas e lhes permitir a definição de seus projetos de vida em situações jurídicas complexas e que se desenvolvem no tempo, e se funda no mesmo arcabouço constitucional que o princípio da segurança jurídica. Assim, a proteção da confiança legítima corresponde ao princípio da segurança jurídica atuando no plano subjetivo e individual, ou, como diz Ávila (2016, p. 384), “o princípio da proteção da confiança é uma aplicação ‘subjetivada’ do princípio da segurança jurídica”.

O fato de a proteção da confiança legítima ser uma manifestação do princípio da segurança jurídica, todavia, não retira a sua normatividade, que expressa todos os corolários dessa tipologia normativa, com força derogatória de normas posicionadas em níveis inferiores, bem como a necessária compatibilização com outros princípios de caráter constitucional. Nesse sentido, por exemplo, a proteção da confiança jurídica legítima ostenta o mesmo nível e a mesma importância do princípio da legalidade, inclusive pode ser oposto ao legislador, o que será oportunamente apreciado (capítulo 3, que trata da supressão da gratificação de função).

Assim, ao reconhecer essa manifestação subjetiva do princípio da segurança jurídica, o ordenamento jurídico deve estabelecer condições para que, em razão de aspectos específicos da relação jurídica, a confiança depositada no outro indivíduo mereça ser objeto de proteção. A partir dos atos externos, tutela-se a crença e a credibilidade da pessoa, obstando o exercício de faculdades prejudiciais que frustrem as expectativas do outro contratante. Isso significa a exigência de uma proteção da confiança no que se refere às ações de uma pessoa, em virtude de representações manifestadas pela outra pessoa, e tem como corolário impor limitações à liberdade quanto à alteração de condutas que produziram expectativas legítimas na esfera jurídica do outro contratante.

Embora a proteção da confiança seja o princípio da segurança jurídica em sua perspectiva subjetiva, a doutrina busca estreitar as duas manifestações como forma de evitar confusões e, especialmente, a inutilidade dessa diferente perspectiva no enfoque da segurança jurídica.

Com fundamento em Ávila (2016, p. 381), pode-se apresentar a seguinte distinção: (a) âmbito normativo: o princípio da segurança jurídica concerne ao ordenamento jurídico como um todo, em um âmbito macro, ao passo que a proteção da confiança enfoca um determinado aspecto do ordenamento jurídico, portanto, de âmbito microjurídico; (b) âmbito pessoal: enquanto a segurança jurídica possui um caráter impessoal, não vinculado a um

determinado sujeito mas sim à norma objetiva, a proteção da confiança protege uma pessoa específica, vinculando-se a uma situação subjetiva, como meio de proteção de um interesse individual; (c) âmbito de concretização: a segurança jurídica refere-se ao plano abstrato da norma ao passo que a proteção da confiança atua no plano concreto de aplicação da norma⁶¹.

Em suma, a segurança jurídica está vinculada a uma ideia de justiça geral, ao passo que a proteção da confiança, à justiça individual (ÁVILA, 2016, p. 379). Por isso, afirma-se que a proteção da confiança legítima não é mais que o princípio da segurança jurídica sob o ponto de vista dos particulares (IVANEGA, 2013, p. 533).

É importante destacar que a proteção da confiança legítima não consiste em uma vedação às mudanças fáticas e jurídicas; antes, trata-se uma “segurança do movimento”, como expressa Cármen Lúcia Antunes Rocha (2004, p. 168). Assim, a proteção da confiança legítima tem o condão de atribuir ares de juridicidade a essas alterações, apenas exige que essas mudanças devam respeitar determinados espaços que, conquanto não protegidos no âmbito dos direitos adquiridos, sejam portos de relativa segurança para a pessoa.

Observe-se que não se trata da tutela de uma simples expectativa, mas sim de uma expectativa legítima, isto é, de uma confiança digna de merecer a tutela jurídica:

o qualificativo "legítima" aposto à idéia de confiança ou de expectativa confere objetividade ao princípio, afastando-o das puras especulações psicológicas. O termo "legítima" explica AUBRY, aplica-se a todo ato, conduta, palavra ou comportamento ou omissão relativamente as quais o sujeito é considerado como estando "em bom direito", cabendo aos juízes determinar o que é ou não conforme ao "bom direito" *segundo os elementos circunstanciais e contextuais*. (MARTINS COSTA, 2006, p. 94 – itálico original).

Há uma proximidade da proteção da confiança com a boa-fé objetiva, pois esta importa na exigência de uma conduta leal; ademais, ambas produzem um estado de confiança.

61 “O princípio da proteção da confiança (Vertrauensschutzprinzip, principe de protection de la confiance légitime, principle of protection of legitimate expectations) é diferenciado do princípio da segurança jurídica pelos seguintes critérios: (a) âmbito normativo – enquanto o princípio da segurança jurídica diz respeito ao ordenamento jurídico como um todo, focando o âmbito macrojurídico, o princípio da confiança legítima relaciona-se com um aspecto normativo do ordenamento jurídico, enfatizando um âmbito microjurídico; (b) âmbito pessoal – enquanto o princípio da segurança jurídica representa uma norma objetiva, não necessariamente vinculada a um sujeito específico, o princípio da confiança legítima protege o interesse de uma pessoa específica; (c) nível de concretização – enquanto o princípio da segurança jurídica refere-se, primordialmente, ao plano abstrato, o princípio da confiança legítima pressupõe o nível concreto de aplicação; (d) amplitude subjetiva de proteção – enquanto o princípio da segurança jurídica serve de instrumento de proteção de interesses coletivos, o princípio da confiança legítima funciona como meio de proteção de interesse(s) individual(is); (e) protetividade individual – enquanto o princípio da proteção da segurança jurídica é neutro com relação ao interesse dos cidadãos, podendo tanto ser usado em seu favor quanto em seu desfavor, o princípio da proteção da confiança só é utilizado com a finalidade de proteger os interesses daqueles que se sentem prejudicados pelo exercício passado de liberdade juridicamente orientada” (Ávila, 2016, p. 381).

A boa-fé importa que “nas relações jurídicas, as partes nelas envolvidas devem proceder corretamente, com lealdade e lisura, em conformidade com o que se comprometeram e com a palavra empenhada” (SILVA, 2004, p. 273).

Como se vê, são “ideias que pertencem à mesma constelação de valores”, na letra de Almiro Couto e Silva (2004, p. 272), que esclarece inexistir sobreposição entre elas afirmar que “no estado atual da ciência jurídica chegou-se a uma relativa separação desses conceitos” (2004, p. 273)⁶².

A distinção entre boa-fé e confiança é apresentada por Judith Martins-Costa (2006, p. 93-94), que, após reconhecer uma ligação etimológica e finalística, sustenta que “a boa-fé é o princípio que informa *o modo* pelo qual tal cooperação [entre os contrantes] será devida”, ao passo que o “princípio da confiança liga-se, fundamentalmente, com (i) à proteção das expectativas; atuando ainda (ii) como justificativa ou explicação para a vinculabilidade dos negócios jurídicos⁶³. Por seu turno, Rafael Maffini (2005, p. 55-57) apresenta o seguinte *discrímén*: se houver a prática de atos contrários ao ordenamento jurídico, sua validade em favor de um contratante pressupõe que ele esteja em boa-fé (ou seja, não tenha sido o responsável pela violação normativa), que se eleva à condição de pressuposto da proteção da confiança; por outro lado, naqueles atos de validade normativa presumida, criadores de razoáveis expectativas perante o outro contratante, o princípio da proteção da confiança atua por si, prescindindo da indagação sobre a boa-fé objetiva.

Observe-se que as relações jurídicas de trato continuado são um espaço bastante propício à atuação da proteção da confiança legítima.

Uma manifestação candente da proteção da confiança corresponde à necessidade de serem fixadas regras de transição de um regime jurídico para outro, por exemplo, no âmbito das relações estatutárias mantidas com os servidores públicos ou ainda no contexto da previdência social, vínculos jurídicos sujeitos às alterações unilateralmente realizadas pelo Estado. Não obstante o posicionamento amplamente predominante seja no sentido de inexistir direito adquirido a um determinado regime jurídico⁶⁴, concretiza-se a proteção da confiança

62 Maffini relata que alguns autores brasileiros sustentam uma identidade entre boa-fé objetiva e proteção da confiança (MAFFINI, Rafael da Cás. Princípio da proteção substancial da confiança no direito administrativo brasileiro. Tese (doutorado). 253p. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Faculdade de Direito. Porto Alegre. 2005. p. 52).

63 Martins (2007, p. 184) sustenta que há contratos nos quais os contratantes não guardem a menor confiança, ainda assim é necessária a boa-fé, ao passo que há vínculos que se fundam na aparência da legitimidade jurídica e, por isso, não tem a menor relevância a indagação sobre a boa-fé dos contratantes. Não obstante, esse autor reconhece a proximidade entre ambas as noções, que incidem de forma complementar. (Apontamentos sobre o princípio da confiança legítima no direito brasileiro. In: Revista da EMERJ, v. 10, n° 40, 2007, p. 177-190).

64 “Agravo regimental no recurso extraordinário. Ação direta de inconstitucionalidade. Normas que dispõem sobre o regime de aposentadoria dos servidores públicos. Reprodução obrigatória pelas constituições

legítima pela existência de regras que estabeleçam que as mudanças realizadas nesse regramento sejam realizadas de forma menos drástica, preservando-se as legítimas expectativas dos servidores públicos ou dos segurados. Em decorrência dessa imposição da proteção da confiança, na transição de regimes jurídicos, quanto mais próximo do atendimento dos pressupostos que implementariam o direito – isto é, quanto mais próximo o indivíduo estiver para adquirir o direito –, maior deve ser a atenção do legislador aos efeitos dessa alteração e a preservação de uma situação de confiança. Mister se faz, portanto, a adoção das “regras de transição”, que são o último reduto da segurança jurídica, porque visam a reconhecer, de forma concreta e excepcional, a confiabilidade no regime anterior (MODESTO, 2019b). A existência de regras de transição, dentre elas os chamados pedágios⁶⁵, significa a adoção, em homenagem a uma expectativa legítima, de uma transição mais suave de um regime para outro, com mudanças graduais na legislação para que as pessoas não sofram uma frustração na confiança depositada no regime anterior. Paulo Modesto (2017, p 15) afirma que

Em diversas matérias, com destaque para a previdência social, não basta proteger quem alcançou todos os requisitos para a fruição de um *direito subjetivo de aquisição progressiva* (direito adquirido), sendo devido resguardar, com adequado grau de proporcionalidade, agentes em processo de formação do direito almejado. Não se trata de tutelar simples expectativa de direito, mas de *reconhecer valor jurídico ponderado para situações jurídicas que se encadeiam no curso do tempo*, à semelhança de *degraus de aquisição paulatina de requisitos para obtenção da situação subjetiva final, e que não podem ser equiparadas à situação dos novos entrantes do regime, sob pena de fraudar expectativas legítimas*. Numa palavra: a relação previdenciária é um processo, comportando situações jurídicas intermediárias, cujo valor jurídico não se mede sem consideração do princípio da proporcionalidade e da equidade. (grifos do autor).

estaduais. Cargo em comissão. Aposentadoria após a EC 20/98. Vinculação ao Regime Geral da Previdência Social. 1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é pacífica no sentido de que o art. 40 da Constituição Federal, que dispõe sobre o regime de aposentadoria dos servidores públicos, é norma de reprodução obrigatória nas constituições estaduais. 2. Os agentes públicos ocupantes exclusivamente de cargo em comissão e os detentores de cargo temporário que preencham os requisitos para a aposentadoria após a Emenda Constitucional nº 20/98 não têm direito a se aposentar pelo regime próprio, cabendo-lhes a aposentadoria pelo regime geral, na forma do art. 40, § 13, da Constituição Federal. 3. É pacífica a jurisprudência da Corte no sentido de que não há direito adquirido a regime jurídico, inclusive o previdenciário, aplicando-se à aposentadoria a norma vigente à época do preenchimento dos requisitos para sua concessão. 4. Agravo regimental a que se nega provimento” (RE 804515 AgR. Relator(a): Min. Dias Toffoli. Julgamento: 07/05/2018. Órgão Julgador: Segunda Turma. Dje-103. Dt. Pub: 28/05/2018).

⁶⁵ Como disse Paulo Modesto (2019a), “Em matéria de transição, a melhor e mais equilibrada forma de ajuste é a criação ou elevação, para o período remanescente, de pedágios contributivos — solução aliás a mais frequente nas reformas paramétricas dos últimos anos. Os ‘pedágios’ são fórmulas engenhosas de considerar o tempo passado — o efeito implementado pelas normas de transição anteriores — e acrescentar esforço contributivo adicional para o futuro, considerado apenas o tempo remanescente, sem retrospectividade ou retroatividade. Fórmulas de somatório de pontos, semelhante à adotada pelo artigo 3º da EC 47/2005, que realizam calibração entre o tempo de contribuição e a idade mínima, cumprem a mesma finalidade”. MODESTO, Paulo. *In*: <https://www.conjur.com.br/2019-mai-02/interesse-publico-reforma-previdencia-espera-godot-parte>. Acesso em 30 de mai. 2019.

Um outro exemplo decorrente da proteção à confiança consiste na necessidade de que, ao proceder a alterações jurisprudenciais – especialmente aquelas consolidadas em enunciados sumulares ou que gozem de expressiva observância –, os tribunais atentem-se quanto à eficácia temporal dessa alteração⁶⁶, evitando-se a chamada jurisprudência “zig-zague” (ÁVILA, 2016, p. 70). Trata-se da chamada modulação temporal dos efeitos da decisão que, se antes era prevista apenas em caso de controle objetivo de constitucionalidade (art. 11, Lei 8.882/1999; art. 27, Lei 9.868/1999)⁶⁷, sob o atual Código de Processo Civil teve uma ampliação para a generalidade dos processos (art. 927, §§ 3º e 4º⁶⁸). A adoção dessa regra, que concretiza a proteção da confiança, tem como objetivo impedir que as legítimas expectativas firmadas pelo jurisdicionado quanto à conclusão sobre um determinado tema, adotada pelo poder encarregado de prestar a tutela jurisdicional, possam ao final serem frustradas por alteração muitas vezes radical⁶⁹.

Ademais, a proteção à confiança legítima é fundamento para a adoção de diversas técnicas inerentes à teoria dos precedentes, em especial, a sinalização e a modulação dos efeitos da decisão⁷⁰.

66 Sobre o tema, confira-se, especialmente: PRESGRAVE, Ana Beatriz Rebello. O precedente judicial e sua alteração: segurança jurídica e adequação do direito. In: Precedentes: Grandes temas do novo CPC, vol. 3. Fredie Didier Jr et al. (Coord.). Salvador: Juspodivm, 2015, p. 591-605; PEIXOTO, Ravi. Superação do precedente e segurança jurídica. Salvador: Juspodivm, 2015; SARRI, Guilherme Carreira. O princípio da segurança jurídica e a superação do precedente judicial. Dissertação (mestrado). 170p. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo. 2013; MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013; MALLET, Estêvão. A jurisprudência sempre deve ser aplicada retroativamente? Rev. TST, Brasília, vol. 71, n. 3, set/dez 2005, p. 134-149.

67 A despeito de prevista apenas para o controle de constitucionalidade de caráter concentrado, tendo em vista tais dispositivos legais, a modulação dos efeitos da decisão já era admitida para o controle difuso. Nesse sentido, Carreira (2013, p. 129) faz o recolhimento desses posicionamentos, transcrevendo, ainda, decisão do STF que expressamente admite essa técnica em processos de índole subjetiva.

68 “§ 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.

“§ 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia”.

69 “Na perspectiva dos direitos fundamentais e dos princípios que delimitam a atividade estatal, mais que uma contradição em termos, a eficácia retroativa das normas indutoras significa, respectivamente, uma arbitrariedade e um embuste: uma arbitrariedade, porque a sua aplicação relativamente a comportamentos já adotados, pouco importando a conclusividade das consequências normativas do ponto de vista legal, carece de justificação, pela impossibilidade de realização da finalidade legal consistente em alcançar objetivos econômicos ou sociais por meio da indução comportamental; e um embuste, porque revela uma atuação estatal totalmente desleal de, em um primeiro momento, estimular determinado comportamento e, em um segundo, desconsiderar juridicamente a sua adoção” (ÁVILA, 2016, p. 409).

70 A sinalização significa que o tribunal, embora não altere o seu entendimento atual, apresenta elementos no sentido de que o fará. A modulação consiste na fixação de um termo a partir do qual a mudança de entendimento, o “overruling”, passa a produzir efeitos; poderá ser apenas no caso concreto (prospectividade limitada ou seletiva), ou para os casos futuros (prospectividade ilimitada ou pura); ou, ainda, a partir de um determinado momento fixado pelo julgador, também chamada de superação duplamente prospectiva.

No tocante à modulação de efeitos, no universo juslaboral, houve duas expressivas decisões por parte do STF que, alterando toda a tradição jurisprudencial anterior, ensejou a modulação temporal: (a) competência material para dirimir conflitos entre empregados e empregadores decorrentes de acidentes do trabalho: tradicionalmente, a jurisprudência brasileira reconhecera à Justiça Comum Estadual a competência material para apreciar esses conflitos. A Emenda Constitucional nº 45/2004, por seu turno, alargou a competência material da Justiça do Trabalho para as ações que envolvam pedidos de indenização e reparação em decorrência da relação de trabalho (art. 114, VI, CF). Ao apreciar o Conflito de Competência (CC) nº 7.204, o STF entendeu que a competência material é da Justiça do Trabalho, mas, para evitar o reconhecimento de nulidade de decisões que, fundadas na jurisprudência até então adotada, entendiam pela sua incompetência em caso de pedidos fundados em acidente do trabalho, estabeleceu que permaneceriam na Justiça Comum Estadual os processos nos quais já houvesse sentença de mérito⁷¹; (b) a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, consolidada no En. nº 362, fixava em 30 (trinta) anos o prazo de prescrição da pretensão quanto aos depósitos fundiários, tendo em vista especialmente o teor do art. 23, § 6º, da Lei 8.036/1990⁷². Não obstante, no Agravo em Recurso Extraordinário (ARE) nº 709.212 o STF entendeu pela inconstitucionalidade desse dispositivo legal, uma vez que a Constituição fixa o prazo de 5 (cinco) anos para o ajuizamento da ação, mantido o contrato de trabalho. Todavia, para evitar que, em face desse entendimento, de uma hora para outra as pretensões anteriores relativas ao FGTS fossem consideradas como prescritas, o STF entendeu por modular temporalmente, para fixar que o novo prazo seria adotado para as pretensões que surgissem a partir desse julgamento⁷³.

71 “[...]. 3. Nada obstante, como imperativo de política judiciária -- haja vista o significativo número de ações que já tramitaram e ainda tramitam nas instâncias ordinárias, bem como o relevante interesse social em causa --, o Plenário decidiu, por maioria, que o marco temporal da competência da Justiça trabalhista é o advento da EC 45/04. Emenda que explicitou a competência da Justiça Laboral na matéria em apreço. [...] 5. O Supremo Tribunal Federal, guardião-mor da Constituição Republicana, pode e deve, em prol da segurança jurídica, atribuir eficácia prospectiva às suas decisões, com a delimitação precisa dos respectivos efeitos, toda vez que proceder a revisões de jurisprudência definidora de competência ex ratione materiae. O escopo é preservar os jurisdicionados de alterações jurisprudenciais que ocorram sem mudança formal do Magno Texto. 6. Aplicação do precedente consubstanciado no julgamento do Inquérito 687, Sessão Plenária de 25.08.99, ocasião em que foi cancelada a Súmula 394 do STF, por incompatível com a Constituição de 1988, ressalvadas as decisões proferidas na vigência do verbete. 7. Conflito de competência que se resolve, no caso, com o retorno dos autos ao Tribunal Superior do Trabalho. CC 7204 / MG - MINAS GERAIS CONFLITO DE COMPETÊNCIA relator(a): Min. CARLOS BRITTO Julgamento: 29/06/2005. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação. DJ 09-12-2005 PP-0000

72 “O processo de fiscalização, de autuação e de imposição de multas reger-se-á pelo disposto no Título VII da CLT, respeitado o privilégio do FGTS à prescrição trintenária”.

73 “Recurso extraordinário. Direito do Trabalho. Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS). Cobrança de valores não pagos. Prazo prescricional. Prescrição quinquenal. Art. 7º, XXIX, da Constituição. Superação de entendimento anterior sobre prescrição trintenária. Inconstitucionalidade dos arts. 23, § 5º, da Lei 8.036/1990 e 55 do Regulamento do FGTS aprovado pelo Decreto 99.684/1990. Segurança jurídica. Necessidade de

De forma idêntica a jurisprudência trabalhista também tem se atentado, em algumas situações, a essas técnicas próprias da teoria dos precedentes que concretizam a segurança jurídica: (a) o TST, que em 2012 alterou o En. 277 de sua súmula para reconhecer expressamente que Direito do Trabalho teria adotado a teoria da ultratividade das normas convencionais⁷⁴, reputou que esse novo entendimento aplicar-se-ia apenas aos novos instrumentos de negociação coletiva, de forma que as convenções e os acordos coletivos de trabalho firmados anteriormente seguiriam a regra antiga, no sentido de que suas cláusulas deveriam ser aplicadas apenas no período de vigência dos respectivos instrumentos⁷⁵. Registra-se que o posicionamento contido no En. 277 foi suspenso na ADF 323. Ademais, a Lei 13.467/2017 buscou dirimir a questão para afastar a ultratividade⁷⁶; (b) o TST entendeu que, embora a dispensa coletiva gere efeitos que transcendem as esferas individuais do empregado e empregador, mas também sociais e econômicos de grande expressividade e, por isso, seria necessária a participação sindical nas negociações relativas caso o empregador pretenda proceder a essa forma de dispensa, decidiu-se que, pela inexistência de manifestações jurisprudenciais anteriores, esse entendimento somente seria aplicável às dispensas coletivas posteriores⁷⁷.

Outra forma de proteção da confiança legítima consiste na tutela de situações fáticas que se perduram no tempo, ainda que fundadas em um requisito precário. Como hipótese desta manifestação, a doutrina traz a necessidade de que, ao revogar ou anular os atos administrativos em razão da autotutela⁷⁸, a Administração Pública deve observar as legítimas

modulação dos efeitos da decisão. Art. 27 da Lei 9.868/1999. Declaração de inconstitucionalidade com efeitos ex nunc. Recurso extraordinário a que se nega provimento.” 13/11/2014. ARE 709.212. rel. Min. Gilmar Mendes. DJE 19/02/2015).

74 Trata-se de posicionamento que sustenta a incorporação no contrato de trabalho das condições fixadas em normas convencionais, salvo se houver a supressão expressa.

75 "RECURSO DE REVISTA – FERROVIÁRIO – HORAS DE JANELA – CONDIÇÃO ESTABELECIDADA EM NORMA COLETIVA – SÚMULA Nº 277 DO TST – SOPESAMENTO – PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA. A evolução do entendimento jurisprudencial consolidado na Súmula nº 277 do TST, quanto à aderência das normas coletivas aos contratos de trabalho, deve ser sopesada com o princípio da segurança jurídica, motivo pelo qual a alteração do entendimento deve ter seus efeitos aplicados às situações ocorridas a partir de sua publicação, e não retroativamente às situações já consolidadas sob o entendimento anterior. Dessa forma, uma vez que a pretensão tem origem em norma estabelecida no regulamento da empresa, Plano de Cargos e Salários, posteriormente suprimida, por meio de acordo coletivo, cuja cláusula foi posteriormente submetida à apreciação em dissídio coletivo, não se há de falar em alteração deste, restando intacto o art. 468 da CLT. Recurso de revista não conhecido" (RR-37500-76.2005.5.15.0004, 4ª Turma, Relator Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, DEJT 06/12/2012).

76 CLT, art. 614, § 3º: “Não será permitido estipular duração de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho superior a dois anos, sendo vedada a ultratividade”.

77 RODC 309/2009. rel. Min. Maurício Godinho Delgado. SDC. Dt. Julg.: 10 de agosto de 2009. Registra-se que essa exigência de negociação sindical como pré-requisito para as dispensas coletivas foi expressamente afastada pela Lei 13.467/2017 (art. 477-A).

78 Reconhecida na jurisprudência consolidada do STF nos enunciados 346 – “A administração pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos” – e 473 – “A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por

expectativas firmadas na esfera jurídica dos indivíduos, especialmente em consideração do tempo de duração daquela relação jurídica; por isso, a prerrogativa estatal deverá observar o prazo decadencial de 5 (cinco) anos, conforme estabelece o art. 54 da Lei 9.784/1999⁷⁹. A proteção da confiança legítima surge da necessidade de tutelar o particular em face de atos estatais que, a despeito de exercer o seu poder de autotutela administrativa, sejam prejudiciais ao interesse do particular e violem a sua confiança depositada no ato estatal que se desenvolveu no tempo.

Essa manifestação do princípio da segurança jurídica decorre do pressuposto de que a permanência de uma relação jurídica marcada por uma certa estabilidade traduz para os seus integrantes a confiança da permanência dessa situação fática, ainda que em sua origem haja o elemento da precariedade. Tem-se a necessidade de uma imunidade contra alterações que contrariam a confiança depositada pelo contratante mais débil.

Uma hipótese de aplicação da proteção da confiança legítima pode ocorrer no contexto de uma transação extrajudicial (arts. 855-B - 855-E, CLT), hipótese de jurisdição voluntária. Sob ônus de inadmissibilidade da transação extrajudicial, será necessário que a petição apresente fatos relativos à relação jurídica material, como, por exemplo, reconhecimento da existência de algum direito, ou alguma infração normativa etc. A presença desses elementos é importante para que o julgador possa realizar a análise da juridicidade do pedido de homologação de transação extrajudicial. Todavia, caso o juiz decida não homologar, as informações contidas nos autos da transação extrajudicial não homologada não poderão ser utilizadas em futuro ajuizamento de ação trabalhista sob pena de frustrar a legítima expectativa das pessoas quanto à restrição do uso das informações naquela relação jurídico-processual, tão somente. De fato, o sistema jurídico-processual é construído para que determinadas informações apresentadas não sejam irradiadas além daquele contexto em que apresentadas: o art. 220 do CPC estabelece que as declarações das partes produzem efeitos endoprocessuais, não materiais; o art. 504, II, do CPC, nega efeitos de coisa julgada à verdade dos fatos, ainda que reconhecidos como fundamentos da sentença; note-se que o art. 334 do CPC estabelece que a audiência de conciliação e mediação não contará, a princípio, com a presença do juiz justamente para evitar a sua contaminação subjetiva com alguma informação

motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial”.

79 “O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé”.

que eventualmente as partes, no contexto da discussão, apresentem e que não logrem corroborá-la no curso da instrução probatória⁸⁰.

Assim, essa limitação busca tutelar a confiança que os integrantes da transação frustrada depositaram. Admitir-se o uso, em favor do empregado ou do empregador, de informações apresentadas na transação extrajudicial violaria a segurança jurídica.

Por outro lado, como forma de evitar a utilização abusiva, aleatória e meramente retórica do princípio da proteção da confiança legítima, alguns critérios têm sido propostos.

O primeiro deles corresponde à forma como ele é utilizado. Caso exista alguma norma que preveja, de forma expressa, alguma manifestação da concepção objetiva da segurança jurídica, caberá a sua aplicação direta. Isso resulta um caráter subsidiário da proteção da confiança legítima.

Um segundo critério refere-se à legitimidade da expectativa criada. Nem toda expectativa oferece elementos de que devem ser objeto de tutela, pois em diversas situações a pessoa atua de má-fé. Note-se que o *caput* do art. 54 da Lei 9.784/1999 ressalva do prazo decadencial as hipóteses de “comprovada má-fé”⁸¹. Nem poderia ser diferente, sob pena de incentivo à própria torpeza e ações que violam a confiança da outra parte na relação jurídica. Assim, verifica-se que existe uma clara interação entre as confianças dos contratantes. Como dito acima, a proteção à confiança legítima enfoca uma situação específica da pessoa frente à atuação dos poderes e faculdades dos demais contratantes; para a sua avaliação, todavia, necessita-se da concorrência da boa-fé como componente ineludível: sem a boa-fé, a confiança não pode ser legítima como informam Miriam Mabel Ivanega (2013, p. 533) e Heleno Taveira Torres (2011, p. 211-213).

Na interação entre esses dois critérios resulta um terceiro critério, o qual tem como premissa o fato de que os textos normativos gozam de presunção de validade, condição indutora de confiança jurídica. Isso significa que a adoção da proteção da confiança deve ser exercida no mesmo sentido da previsão legal ou contratual, salvo se houver inconstitucionalidade do texto legal ou da cláusula contratual, hipótese em que se afasta tais regras para a incidência da proteção da confiança legítima. Esse critério afigura-se importante

80 Sobre a “contaminação subjetiva” do julgador, cf. COSTA, Eduardo José da Fonseca. Levando a imparcialidade a sério: Proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia. Salvador: Juspodivm, 2018.

81 Sustenta, a doutrina, a existência de divergências quanto à constitucionalidade da parte final desse dispositivo. Nesse sentido, cf. FORTINI, Cristiana. Princípio da segurança jurídica e a Lei nº 9.784/99. In: VALIM, Rafael; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; DAL POZZZO, Augusto Neves (coord.). Tratado sobre o princípio da segurança jurídica no direito administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 461-474.

ao ser apreciado, no próximo capítulo, o tema relativo à incorporação da gratificação de função.

Além disso, impõe-se um ônus argumentativo maior para a sua aplicabilidade, de forma que o afastamento da regra expressa deverá ocorrer em razão de um discurso que se utilize de argumentos razoáveis normativamente, justificáveis e demonstráveis. Não basta apenas sua invocação retórica, mas sim expor os pontos de confronto e indicar os fundamentos pelos quais o princípio da proteção da confiança deve prevalecer, pois, enquanto “a segurança jurídica pode ser avaliada em termos abstratos, a proteção da confiança depende de uma verificação nas situações concretas” (NASCIMENTO, 2017, p. 192).

Nesse sentido, Ávila (2016, 385-416) realiza um interessante raciocínio ao apresentar uma escala de intensidade normativa – ao que ele chama de “base de confiança” – que deve ser levada em consideração para que haja a aplicabilidade da proteção da confiança: (a) grau de vinculação da base: quanto maior a vinculação da base normativa, maior deve ser a proteção da confiança nela depositada: as leis impõem mais confiança que uma ordem de serviço ou um contrato; (b) grau de aparência de legitimidade da base: as leis gozam de uma aparência de legitimidade superior aos contratos; (c) grau de modificabilidade da base: quanto menor a possibilidade de alteração da base normativa, maior a confiança inspirada nas pessoas; (d) grau de eficácia no tempo: quanto mais tempo subsistir a base normativa, maior proteção merece a confiança que nela for depositada; (e) grau de indução da base: quanto mais indutiva de determinados comportamentos for a base normativa, maior o “investimento de confiança” do outro contratante; existe, portanto, um comportamento ativo da outra parte em um determinado sentido, ao qual o outro contratante adere, gerando-lhe expectativas legítimas; (f) grau de individualidade da base: a proximidade maior da pessoa com o ato indutivo enseja-lhe uma proteção mais intensa; (g) grau de onerosidade da base: quanto maior a onerosidade a um dos contratantes (que não se resume ao aspecto financeiro, mas sim à existência da bilateralidade obrigacional), maior deve ser a tutela de sua confiança nesse investimento.

Nesse diapasão, o Tribunal Constitucional, em Portugal, teve oportunidade de fixar critérios para que haja a incidência do princípio da proteção à confiança legítima:

Para que para haja lugar à tutela jurídico-constitucional da «confiança» é necessário, em primeiro lugar, que o Estado (mormente o legislador) tenha encetado comportamentos capazes de gerar nos privados «expectativas» de continuidade; depois, devem tais expectativas ser legítimas, justificadas e fundadas em boas razões; em terceiro lugar, devem os privados ter feito planos de vida tendo em conta a perspectiva de continuidade do «comportamento» estadual; por último, é ainda

necessário que não ocorram razões de interesse público que justifiquem, em ponderação, a não continuidade do comportamento que gerou a situação de expectativa. (PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Processo n. 772/2007. Relatora: Conselheira Maria Lúcia Amaral. Acórdão n. 128/2009, Lisboa, 27 maio 2009. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20140575.html>.)

Assim, a proteção à confiança legítima é a feição mais humanizada do princípio da segurança jurídica, por estar próxima das perspectivas subjetivas dos indivíduos, e exige que o ordenamento jurídico contenha normas que guardem uma especial atenção às expectativas que, em razão de diversos fatores que compõem a chamada base de confiança, foram legitimamente criadas na pessoa.

2.7 A segurança jurídica sob uma perspectiva argumentativa

Stefano Bertea (2001)⁸², após traçar um interessante panorama sobre a configuração da segurança sob o modelo positivista, propõe, com fundamento em diversos autores – como Peces Barba, MacCormick, Habermas, Alexy, Dworkin, Aulis, Pzenick –, uma concepção correspondente à ideia atual de Direito.

Naquele modelo, o direito resumia-se ao texto da lei⁸³, geral, clara e autossuficiente, de forma que o mero conhecimento das normas seria capaz de proporcionar a segurança jurídica; assim, esse modelo satisfaz-se com a noção de que a segurança jurídica consiste na aplicação da letra da lei. É seguro aquilo que estiver previsto na lei, de forma que existe uma correspondência direta e imediata entre segurança jurídica e lei. A segurança jurídica, nesse caso, consiste como uma das principais garantias de salvaguarda de valores liberais, porque busca assegurar o império da lei, a liberdade de contratar, a igualdade formal⁸⁴.

82 BERTEA, Stefano. “La concezione della certezza del diritto nel dibattito teorico-giuridico contemporaneo”, *Materiali per una storia della cultura giuridica*, XXXI, 2001, 131-164”. Disponível em: https://www.academia.edu/18009827/La_concezione_della_certezza_del_diritto_nel_dibattito_teorico-giuridico_contemporaneo. Acesso em: 31 mai. 2019.

83 Embora conhecida, anteriormente aos primórdios do positivismo, a lei não gozava de tanto destaque: “A positivação do direito, compreendida como a admissão como fonte do direito apenas os textos normativos emanados de fontes formalmente previstas, é um fenômeno da modernidade, intimamente ligada à lei. Não que em tempos anteriores a legislação fosse ignorada como fonte jurídica, mas ela não gozava de proeminência, tampouco possuía uma ampla abrangência. Como se vê na evolução histórica em determinados locais, especialmente nos séculos XVIII e XIX, com o predomínio do racionalismo e do iluminismo, houve a tentativa de confinar-se o direito àquele encontrado nos textos legislativos emanados do Estado” (CARDOSO, Jair Aparecido; DUARTE, Radson Rangel F. In: *Jurisprudência trabalhista: uma análise cartográfica de modelos decisórios*. In: *Revista Pensamento Jurídico – São Paulo – v. 12, n. 2, jul./dez. 2018*. p. 234-261, p. 235).

84 Essa concepção está muito próxima da lição trazida por Montesquieu em razão da qual o juiz como “boca-da-lei”, em cuja “formulação supõe-se uma linguagem jurídica inequivocamente clara, expressão precisa da vontade do legislador. Os juizes seriam ‘autômatos silogísticos’, tendo sido essa feição da atividade judicante usualmente concebida como uma exigência da emergente sociedade burguesa, levada por uma ‘ideologia de segurança jurídica’. Também nessa compreensão a segurança jurídica é associada diretamente à certeza do

Essa perspectiva, todavia, não é suficiente porque ignora o vínculo que deve existir entre a segurança jurídica e a justiça material, exigindo-se que haja a expressão de um conteúdo que esteja atento aos valores imperantes em um determinado corpo social bem como às características da sociedade complexa e multivalorativa que se presencia. É natural, como acentua André Molina (2017, p. 284), que a segurança jurídica pensada no paradigma liberal e juspositivista “passe a ser seriamente questionada, necessitando, por essas razões, de ser reconstruída a partir de novos paradigmas”. Na contemporaneidade do pensamento jurídico, que não é indiferente ao problema da justiça e à conexão entre o Direito e os valores não-legais, é indispensável elaborar uma concepção de segurança jurídica que seja capaz de impedir o paradoxo de uma ordem jurídica constituída por regras certas, mas que sejam injustas, como ressalta Peczenik (1989, *apud* BERTEA, 2001, p. 26). Nessa linha de raciocínio, aquela concepção tradicional de segurança jurídica é colocada em xeque por pensadores preocupados em superar o reducionismo de segurança jurídica ao seu caráter formal, a expressar que a segurança jurídica não decorre apenas da correspondência ao texto legal, mas também em razão de determinado conteúdo material contido nas diversas formas de expressão do direito (as chamadas “fontes jurídicas”).

Assim, propugna-se, nesse momento histórico, a concepção “não objetivista da segurança jurídica”, como esclarece Stefano Bertea (2002), ou, como esse mesmo autor italiano deixa transparecer em outro texto, a “teoria argumentativa da segurança jurídica” (2001)⁸⁵, nomenclatura também utilizada por Humberto Ávila, segundo o qual essa concepção parte da premissa de que o direito é uma atividade social de natureza argumentativa em que são “reconstruídas alternativas semânticas possíveis de uma norma mediante critérios hermenêuticos (2016, p. 153). Assim, um determinado texto jurídico, que antes se pretendia com caráter universal e objetivo, passa a ser compreendido como um ponto de partida que oferece alternativas decisórias. Isso significa, portanto, a inexistência de uma única resposta correta (como pretendia aquele modelo positivista de segurança jurídica), mas sim a existência de respostas razoáveis obtidas segundo a observância de um procedimento

direito, fundada na precisão da linguagem do legislador” (NEVES, Marcelo. Da incerteza do direito à incerteza da justiça. *In*: Teorias contemporâneas do direito: O direito e as incertezas normativas. Coordenação Pedro Fortes. Curitiba: Juruá, 2016b, p. 44. *itálico do autor*).

85 A primeira referência diz respeito à obra *Certezza del diritto e argomentazione giuridica* (Cantazaro: Rubbettino Editore, 2002), ao passo que a segunda referência consta no artigo *La concezione della certezza del diritto nel dibattito teorico-giuridico contemporaneo* (*In*: *Materiali per una storia della cultura giuridica*. XXXI, 2001, 131-164). Disponível em: https://www.academia.edu/18009827/La_concezione_della_certezza_del_diritto_nel_dibattito_teorico-giuridico_contemporaneo. Acesso em: 31 mai. 2019.

hermenêutico, cuja perspectiva traz para o debate contemporâneo a necessidade da observância de um procedimento adequado e democrático de obtenção da solução jurídica.

Sob esses influxos, a interpretação é considerada não apenas como algo representativo de signos e textos legais, mas, especialmente, como um procedimento construtivo de uma determinada realidade social (BERTEA, 2001). Deste modo, segundo esses autores, para se chegar à segurança jurídica, é necessário enfatizar a importância dos processos de interpretação dos textos, compreendida não apenas como a definição do significado dos textos legais, mas também a indagação sobre o conteúdo, a extensão e os limites do sistema jurídico. Observe-se que não se trata de uma proposta em que os textos normativos sejam desprezados: eles desempenham um caráter essencial no alcance de uma norma jurídica, dos quais o intérprete não pode se afastar, sob pena de prevalecer a sua opinião pessoal; todavia, reconhece-se que os textos normativos por si só são insuficientes e, por isso, é necessário observar diversos elementos que levem à segurança jurídica em uma concepção substancial, vetores que dizem respeito tanto ao procedimento quanto ao conteúdo.

Para tanto, o procedimento hermenêutico deve contar com regras prévias, suficientes e claras ao próprio procedimento em si. “A certeza de um processo pode ser entendida como a predeterminação de sua estrutura e suas passagens argumentativas” (BERTEA, 2002, p. 295)⁸⁶. Justamente por isso, um contexto de parca regulamentação procedimental é um ambiente propício à insegurança jurídica. Isso, aliás, ocorre no processo do trabalho brasileiro, o qual, em face de uma realidade social existente na década de 40 do século XX, regulamenta o procedimento judicial de forma bastante limitada, o que exige, ainda conforme previsão legal, uma integração normativa por meio das regras do processo comum, condicionada à existência de omissão do processo do trabalho e, a nosso ver, corretamente, a uma compatibilidade da norma importada com o leitmotiv do processo do trabalho (CLT: art. 769; art. 889). Apesar dessas condicionantes, e talvez até em razão delas, surge toda uma sorte de insegurança, tendo em vista a indeterminabilidade (2.5.1, *retro*) em saber se existe uma lacuna normativa ou se essa é também axiológica; ou a dificuldade de o intérprete identificar efetivamente se é o caso de uma lacuna (uma involuntária omissão normativa) ou, ao revés, de um silêncio eloquente. Não se pode negar uma outra situação ainda mais grave, na hipótese de lacuna teleológica, na qual o processo do trabalho regula expressamente o tema, mas a norma do processo comum guarda maior compatibilidade com a ideologia protecionista e de efetividade do processo do trabalho.

⁸⁶ Tradução nossa do seguinte trecho: “La certezza di un processo può essere intesa come la predeterminazione della sua struttura e dei suoi passaggi argomentativi”.

Ainda sob essa perspectiva, as regras relativas ao procedimento devem gozar de uma estabilidade necessária para que as pessoas possam ter a compreensão acerca dos riscos em determinada discussão, judicial ou extrajudicial, sobre aspectos da relação jurídica de que participam. Por isso, fatores que influenciam substancialmente a propositura, ou não, de uma demanda judicial devem ser observados sob essa ótica. Por isso, a regra que estabeleceu a figura dos honorários sucumbenciais no processo do trabalho – para além da discussão sobre a sua constitucionalidade quando atribui tal despesa ao beneficiário da gratuidade da justiça – deve, conforme pensamos, ser compreendida como aplicável unicamente às ações ajuizadas a partir da vigência da Lei 13.467/2017 sob pena de violar a segurança jurídica no procedimento.

Exige-se, ainda, que o procedimento seja um espaço no qual as pessoas possam ter condições de participação na decisão, pois uma das manifestações desse aspecto consiste na correta integração da pessoa à discussão sobre o tema, ou, no âmbito de um processo judicial, à real citação da pessoa, na qual haja elementos que comprovem que a parte reclamada tenha sido citada (ainda que se prescindia da pessoalidade eventualmente inviabilizadora da marcha processual). Os tribunais têm enviado as notificações por meio de comunicações simples, como forma de contenção de custos, nas quais não é possível sequer o controle do recebimento, situação que caminha em sentido contrário à necessidade de segurança jurídica, em tal perspectiva.

Ainda sob este aspecto, exige-se que os sujeitos atingidos pela interpretação possam ter condições de participar e, especialmente, de construir a solução hermenêutica obtida, o que se dá com a figura do contraditório substancial. Trata-se de uma “concepção dialógica da segurança jurídica”, na lição de Rafael Maffini (2010), ou, como afirma Judith Martins-Costa (2004), uma “ressignificação da segurança jurídica”. Em razão disso, a própria concepção de proteção da confiança, enquanto perspectiva subjetiva da segurança jurídica, passa a ter uma outra configuração, condicionada à exigência de que as pessoas alcançadas pela norma possam participar ativamente da construção de seu conteúdo, apresentando os seus possíveis significados e consequências fáticas, bem como possam debater e influenciar o seu resultado final⁸⁷. Na expressão de Maffini,

87 O STF manifestou-se sobre o tema: “RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO ADMINISTRATIVO. EXERCÍCIO DO PODER DE AUTOTUTELA ESTATAL. REVISÃO DE CONTAGEM DE TEMPO DE SERVIÇO E DE QUINQUÊNIOS DE SERVIDORA PÚBLICA. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. 1. Ao Estado é facultada a revogação de atos que repute ilegalmente praticados; porém, se de tais atos já decorreram efeitos concretos, seu desfazimento deve ser precedido de regular processo administrativo. 2. Ordem de revisão de contagem de tempo de serviço, de cancelamento de quinquênios e de devolução de valores tidos por indevidamente recebidos apenas pode ser imposta ao servidor depois de submetida a questão ao devido processo administrativo, em que se mostra de obrigatória observância o

A relação ora proposta entre a segurança jurídica (e o seu consectário “proteção da confiança”) e os direitos fundamentais ao contraditório e à ampla defesa (que, a par do princípio da participação, fundamental o conceito de “administração pública dialógica”) se deve ao fato de que os destinatários da função administrativa não podem ser surpreendidos com a imposição de atos que lhes são prejudiciais ou com a extinção de condutas que lhes são benéficas, de modo abrupto, sem que se lhes assegurem tanto a ciência quanto à iminência de ocorrência de tais eventos danosos, quanto a efetiva participação tendente a evitar que eventuais prejuízos lhes sejam ocasionados. Daí a ideia de que a segurança jurídica e a proteção da confiança, em sua faceta procedimental, impõem sejam asseguradas a ciência e a participação prévia como condição formal para a eventual imposição de gravame pelo poder público na esfera de direitos dos cidadãos, aí incluído, por óbvio, a extinção de condutas administrativas que lhes são favoráveis (2010, p. 165).

Isso significa que os protagonistas da relação jurídica devem poder, em igualdade material de condições, participar efetivamente do contraditório e em cooperação, de forma a influenciar o resultado da solução tomada. Em razão desses vetores, as suas argumentações relevantes devem ser analisadas, impondo-se que a decisão apresente os fundamentos da rejeição de uma versão e do acolhimento de outra. Note-se que há um diálogo entre as pessoas, o que influencia a respectiva decisão, instaurando na dinâmica do procedimento aquilo que Ronaldo Brêtas (2016, p. 47) qualifica como “*quadrinômio estrutural do contraditório*, ou seja, *informação-reação-diálogo-influência*” (grifos do autor)⁸⁸.

Há se registrar que o Código de Processo Civil buscou trazer, para o sistema processual pátrio, elementos dessa concepção de segurança jurídica, ao inserir, no art. 489, § 1º, do CPC, requisitos para que decisão judicial possa ser considerada como fundamentada (o que é uma exigência constitucional), o que significa a exigência de elementos que concretizam a segurança jurídica procedimental ou dialógica⁸⁹.

respeito ao princípio do contraditório e da ampla defesa. 3. Recurso extraordinário a que se nega provimento” (RE 594296. Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI Julgamento: 21/09/2011. Órgão Julgador: Tribunal Pleno Publicação REPERCUSSÃO GERAL – MÉRITO. ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-030 DIVULG 10-02-2012 PUBLIC 13-02-2012).

88 Fundando-se nas lições de Niklas Luhmann e Willis Santiago Guerra Filho, Molina (2017, p. 285) afirma, com os olhos voltados ao processo judicial trabalhista mas que pode ser estendida a qualquer procedimento decisório de direitos, que um “dos mecanismos de legitimação das decisões nas quais o juiz aplique direitos fundamentais é a criação de instrumentos que oportunizem aos litigantes fatos objeto da ação, não apenas no aspecto formal de concessão de prazo processual para manifestação, mas no seu aspecto substancial de estabelecimento do diálogo qualificado entre as partes e o magistrado, exigindo, de todos eles, a necessidade de enfrentamento dos argumentos que possam influenciar na decisão final” (MOLINA, André Araújo. Os direitos fundamentais na pós-modernidade: O futuro do Direito do Trabalho e do Processo do Trabalho. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017).

89 Ao revés, reputando essa exigência como inconstitucional, cf. MARANHÃO, Ney; AZEVEDO NETO, Platon Teixeira. Novo CPC e a fundamentação sentencial exaustiva: breves pinceladas críticas. In Revista LTr. Nº 5, maio/2015, p. 529-537. Embora não seja objetivo da presente pesquisa aprofundar o tema, não se pode negar que, contrariamente ao que sustentam os autores, a fundamentação, prevista constitucionalmente, exige uma conformação infraconstitucional, com um determinado conteúdo, para que possa caracterizar uma decisão como fundamentada, sob pena de se ter o esvaziamento da determinação realizada pela Constituição por um deficit regulatório.

Essa compreensão da segurança jurídica repele, ainda, que na atividade hermenêutica sejam inseridos dados que não foram apresentados pelos sujeitos interessados, ou em relação aos quais eles não tenham tido a possibilidade de manifestação. Assim, a vedação às decisões-surpresas (também chamada, de forma irônica, de “decisões de emboscada”) concretiza a segurança jurídica pelo procedimento (MOLINA, 2017, p. 291).

Justamente sob essa perspectiva dialógica, é possível afirmar, como acentuou António-Henrique Perez Luño (1994, p. 21-22 *apud* NASCIMENTO, 2017, p. 30), que a falta de resposta estatal aos conflitos que se instauram é também um fator que viola a segurança jurídica, sob a perspectiva da efetividade e perfeito funcionamento das instituições: “A falta de resposta estatal a tais exigências sociais, a demora com que as respostas mais urgentes são atendidas contribuem para criar um clima de insegurança na eficácia da resposta política a tais aspirações e necessidades da sociedade”. Isto significa a segurança jurídica exige, para ser concretizada, a atuação de órgãos independentes encarregados de solucionar os conflitos intersubjetivos que surgem. Daí que a imposição de regras no acesso aos centros de competência decisória deve estar atenta a essa exigência e, portanto, carece ser enxergada sob a perspectiva da proteção da confiança das pessoas. O acesso à justiça (que não se restringe no acesso ao Judiciário), portanto, é uma das formas de incidência da perspectiva dialógica da proteção da confiança legítima uma vez que permite, às pessoas envolvidas, a compreensão da existência de um instrumento de solução dos conflitos que se instauram entre elas.

Desta forma, a criação de regras que estabelecem consequências desproporcionais no acesso à justiça, e em especial ao Judiciário (face ao modelo brasileiro de inafastabilidade do acesso ao Judiciário), é ofensiva ao princípio da proteção da confiança legítima. Ainda que sob o pressuposto de reduzir a litigância frívola⁹⁰, exige-se a devida ponderação com outros postulados normativos, como o da proibição de excesso, da proporcionalidade⁹¹ e também o amplo acesso ao Judiciário, como forma de reconhecer à pessoa uma postulação judicial sem riscos desmesurados em caso de não acolhimento de suas razões.

Justamente por isso, a previsão de retenção de valor obtido no processo para o pagamento de despesas processuais, sem que tenha ocorrido importante alteração da realidade econômica da pessoa, importa em grave violação da proteção da confiança.

90 “A litigância frívola corresponde à litigância com baixa probabilidade de êxito, proposta pelo jurisdicionado sem levar em conta os custos acarretados ao erário” (MARCELLINO JR., Julio Cesar. *Análise econômica do acesso à justiça: a tragédia dos custos e a questão do acesso inautêntico*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 186).

91 MARTINS-COSTA, Judith. *Ressignificação*, 2004, p. 115.

Neste particular, a Lei 13.467/2017 afirmou que o beneficiário da gratuidade da justiça poderá sofrer retenção de valores que eventualmente sejam devidos a título de honorários advocatícios e periciais, caso seja condenado a pagar essas despesas processuais, estabelecendo uma condicionante: deixar de “existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão de gratuidade [da justiça]” (CLT, art. 791-A, § 4º). Embora não haja, por si só, inconstitucionalidade quanto à atribuição dessa despesa ao titular do benefício – uma vez que a justiça gratuita consiste em dispensa temporária do pagamento da despesa processual⁹² –, há se fazer uma interpretação conforme a Constituição dessa previsão legal.

Com efeito, propõe-se uma interpretação no sentido de que o simples fato de alguém receber algum valor em uma demanda não será suficiente para afastar o direito à gratuidade da justiça (e, conseqüentemente, o pagamento das despesas processuais). A alteração da capacidade financeira somente ocorrerá se, no processo, houver o recebimento de importância que, efetivamente, seja capaz de transformar a realidade econômica do litigante. Entender-se que qualquer seja o valor percebido pela parte demandante autorizaria a retenção viola a segurança jurídica, em flagrante leitura inconstitucional.

Esses são fatores que expressam uma nítida “legitimação pelo procedimento”, em razão da qual é possível “fundir [uma] cooperação de conflito, na exata medida em que o processo consiga induzir através do próprio sistema específico a uma cooperação justificativa na causa, convocando as partes ao mesmo tempo em que permite resolver os conflitos sob a ideologia da busca da verdade” (MOLINA, 2017, p. 141).

A proposta metodológica apresentada de busca de segurança jurídica sob uma nova concepção, isto é, insatisfeita com o caráter formal e de mera subsunção aos textos normativos, todavia, não se restringe ao seu caráter procedimental acima apresentado, antes tem uma atenção substancial, como a garantia de não arbitrariedade da sentença e da adequação substantiva aos valores imperantes em uma ordem social, como sustenta Stefano Bertea (2001). Esse autor italiano, a partir de fundamentos doutrinários de Alexy, Dworkin, Aulis, Pzenick, sustenta que o direito é considerado seguro se as aplicações a casos particulares decorrerem de interpretações que não são arbitrárias.

De fato, segundo esse autor italiano, a ideia de racionalidade não é observada apenas pelo cumprimento das regras de lógica formal mas também pela adesão a uma série de parâmetros adicionais, os quais, em conjunto, permitem chegar à segurança jurídica. É o que a

92 Nesse sentido, PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Comentários à Constituição de 1967. 2ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970, p. 641; CRETELLA JUNIOR, José. Comentários à Constituição brasileira de 1988. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991. v. 1, p. 819-820; DIDIER JR., Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Benefício da justiça gratuita. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 21.

doutrina chama de “racionalidade dialética” – que possui, segundo o autor, como elementos integrantes a sinceridade, a coerência, a congruência, a verificabilidade ideal ou empírica, a acessibilidade ao discurso, bem como a partilha justa do peso do argumento.

Sob essa concepção, a motivação assume um papel essencial uma vez que permite revelar o caminho percorrido na interpretação jurídica na decisão, quais foram os dados levados em consideração, bem como o peso conferido a cada um deles, além das razões de desconsideração de outros aspectos. Essa exigência permite o controle decisório e fornece elementos para a insurgência por parte dos interessados ou, mesmo, o ato de sujeitar-se à decisão, ainda que lhe seja prejudicial. Tal exigência ocorre porque o Direito não se legitima por si só, de forma que as decisões devem ser motivadas, o que ocorre pela tanto pela lógica do raciocínio, naquilo que a doutrina chama de “justificação interna”, quanto também pelo conteúdo do discurso, a “justificação externa”, para que se alcance a aceitabilidade, afastando-se da subjetividade. A justificação (ou motivação), assim, é um ato persuasivo pelo qual se busca a concretização democrática, não arbitrária, das decisões jurídicas, objetivando a adesão de um auditório no convencimento dos interlocutores, bem como a justificação decisória, com a apresentação de argumentos válidos (LUCCA, 2015, p. 181).

Ademais disso, há uma exigência em razão da qual as soluções jurídicas devem conformar-se à imagem de mundo elaborada pelo ordenamento no contexto de uma certa forma de vida. Não se trata, aqui, de algo metafísico, mas sim uma adequação aos valores de justiça substancial própria de uma determinada sociedade, o que expressa aquilo que Aulis Aarnio dá o sugestivo nome de “razoável razoabilidade” (BERTEA, 2001, p. 13).

Note-se que se trata de uma ideia de aceitabilidade, a qual exige, se houver dúvidas quanto ao sentido que deve ser emprestado a determinado dispositivo normativo, que a sua interpretação tem de ser parte dos valores da sociedade: a decisão segue o código de valores dominante de seus destinatários (LUCCA, 2015, p. 205).

Como conclui Stefano Bertea, desta vez com fundamento em Peczenik,

a segurança jurídica é efetivamente um valor que vale a pena perseguir e uma expectativa socialmente compartilhada digna de proteção legal: “na sociedade moderna, as pessoas esperam em geral que as decisões judiciais sejam altamente previsíveis e, ao mesmo tempo, altamente aceitáveis a partir da moral ponto de vista. *Ceteris paribus*, quanto maior o grau de previsibilidade, maior a chance de um indivíduo planejar sua vida com eficiência. E, *ceteris paribus*, quanto maior o grau de aceitabilidade moral das decisões judiciais, maior a chance de tornar a vida assim planejada satisfatória. Um indivíduo normal espera poder planejar uma vida satisfatória”. (2001, p. 14. grifo nosso)

Assim, sob essa concepção, a segurança jurídica consiste na possibilidade de se conhecer, antecipadamente, as fórmulas e as garantias que envolvem o procedimento de interpretação e aplicação do direito, que haja a possibilidade de efetiva participação no processo interpretativo, além do que o resultado hermenêutico apresente uma justificação que possa expressar os valores imperantes em um determinado contexto social intimamente vinculados à condição humana da pessoa contemplados no texto constitucional, especialmente a sua dignidade, como será visto nos itens 2.8 e 2.9.

2.8 Destinatários da segurança jurídica

O Estado é o principal agente da segurança jurídica⁹³. Enquanto ente produtor da norma jurídica, seja abstrata, seja concreta, cabe-lhe um papel essencial na concretização da segurança jurídica.

Ao deixar essa esfera macro e focar o plano interno de uma relação empregatícia, é possível afirmar que a segurança jurídica tem gradientes que variam segundo o polo do contrato de trabalho, especialmente em razão da hipossuficiência por parte do empregado⁹⁴.

A posição de intensa inferioridade e graves prejuízos à própria pessoa do empregado foram os fatores propícios à construção do Direito do Trabalho, que, assentado na exigência de limitação da autonomia de vontades e no reconhecimento da desigualdade material dos seus integrantes, corresponde a um conjunto de normas preocupadas em assegurar a preservação de um mínimo existencial da pessoa trabalhadora subordinada e dependente economicamente, de forma a realizar um equilíbrio entre os sujeitos dessa relação jurídica trabalhista. Por isso, o Direito do Trabalho está prenhe de normas que concretizam o princípio da proteção ao empregado⁹⁵. Nesse diapasão, como afirma Maurício Godinho Delgado (2013,

93 Há uma certa divergência quanto ao fato de o Estado ser beneficiário da segurança jurídica. Admitindo-a: TORRES, Heleno Taveira. *Direito constitucional tributário e segurança jurídica: metódica da segurança jurídica do direito tributário*. São Paulo: RT, 2011, p. 155-158; PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 63-65. Admitindo-a, porém, com restrições, cf. ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*, 2016, p. 172-174.

94 Doutrina recente propugna, especialmente em face das transformações que o mundo do trabalho sofre, que a perspectiva tuitiva do Direito do Trabalho não se restrinja apenas aos empregados: “Assim, o Princípio da Proteção, no contexto das relações individuais de trabalho, deveria, como se verá adiante, alargar-se para alcançar todos aqueles que pretendem viver de um trabalho ou de uma renda compatíveis com uma vida digna” (ANDRADE, 2008, p. 80). ANDRADE, Everaldo Gaspar Lopes de. *Princípios de direito do trabalho: fundamentos teórico-filosóficos*. São Paulo: LTr, 2008).

95 Como afirma Delgado (2013, p. 78), “O princípio tutelar influi em todos os segmentos do Direito Individual do Trabalho, influenciando na própria perspectiva desse ramo ao construir-se, desenvolver-se e atuar como Direito. Efetivamente, há ampla predominância nesse ramo jurídico especializado de regras essencialmente protetivas, tutelares da vontade e interesses obreiros; seus princípios são fundamentalmente favoráveis ao trabalhador; suas presunções são elaboradas em vista do alcance da mesma vantagem jurídica retificadora da diferenciação social prática” (*Princípios de direito individual e coletivo do trabalho*. 4. ed. São Paulo: LTr).

p. 78), “pode-se afirmar que, sem a ideia protetiva-retificadora, o Direito Individual do Trabalho não se justificaria histórica e cientificamente” (DELGADO, 2013, p. 78).

Seja sob a espécie “inferioridade-constrangimento”, seja sob a espécie “inferioridade-vulnerabilidade”⁹⁶, afigura-se um dado concreto a situação de inferioridade pessoal na qual se coloca o empregado no curso de uma relação de emprego, situação decorrente da necessidade de sua subsistência, o que tem o condão de tornar inexistente ou inexpressiva a possibilidade de uma real e efetiva negociação das condições contratuais. Além disso, durante a execução do contrato, a necessidade de manutenção do contrato enquanto meio de subsistência sujeita o trabalhador a uma limitação na sua liberdade de agir contrariamente à conduta do tomador dos serviços. Observe-se que, a despeito de amplamente estudado, o chamado “direito de resistência”⁹⁷ não diz muito quando se trata da necessidade de preservar o contrato de trabalho.

Note-se não ser estranho ao ordenamento jurídico o reconhecimento e a tutela dos chamados grupos vulneráveis, grupos de pessoas que possuem características comuns que as individualizam e as identificam, que sofrem uma opressão social em razão de uma posição de não-dominação junto ao corpo social e, portanto, de inferioridade, o que importa em dificuldades materiais e físicas no acesso às medidas que permitem o efetivo gozo das prerrogativas a participação social. Um dado comum a esses grupos vulneráveis, com maior ou menor intensidade, consiste no fato de que essa relação de hipossuficiência na vinculação está vinculada a uma estrutura que inibe ou evita que certas pessoas possam ter o gozo efetivo e integral de seus direitos em face da limitação de insurgência quanto ao estado fático no qual se colocam⁹⁸. Em atenção a essas características, expressou o STF que “A proteção das minorias e dos grupos vulneráveis qualifica-se como fundamento imprescindível à plena legitimação material do Estado Democrático de Direito”⁹⁹. Daí a exigência, por exemplo, de

96 Sob essa concepção, afirma SILVA (1997, 22-24): “a ‘inferioridade-constrangimento’ afeta o consentimento do contratante fraco em seu componente de liberdade. Não pode ele negociar da melhor maneira para os seus interesses porque não é realmente livre de aceitar ou recusar. A aceitação tem somente um valor limitado quando emana de alguém que não tinha meio de recusar. Tal é evidentemente a situação do candidato à admissão que não tem como negociar as condições desta”. Já a “inferioridade-ignorância” consiste no desconhecimento técnico. Enquanto isso, a “inferioridade-vulnerabilidade” decorre do fato de o empregado colocar-se pessoalmente na execução do contrato de trabalho. (SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. *Principiologia do direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1997, p. 22-24).

97 Sobre esse fenômeno, cf.: VIANA, Márcio Túlio. *Direito de resistência*. São Paulo: LTr, 1997.

98 A ideia trazida acima corresponde a uma paráfrase de trecho, escrito sob outra preocupação, por Daniel Capecci Nunes (NUNES, Daniel Capecci. *Minorias no Supremo Tribunal Federal: entre a impermeabilidade constitucional e os diálogos com a cidadania*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 26).

99 “RE 477554 AgR / MG - MINAS GERAIS. AG. REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. Relator(a): Min. CELSO DE MELLO. Julgamento: 16/08/2011. Órgão Julgador: Segunda Turma. Publicação. DJe-164 DIVULG 25-08-2011 PUBLIC 26-08-2011 EMENT VOL-02574-02 PP-00287 RTJ VOL-00220-01 PP-00572.

políticas públicas que permitam o acesso ao serviço público e ao ensino superior, como as chamadas cotas, ou ainda uma increpação superior em caso de condutas violadoras motivadas pela condição pessoal da vítima, como se vê no feminicídio etc. Como exemplos de grupos vulneráveis citam-se o consumidor, a criança e o adolescente, o deficiente, o idoso, a pessoa homossexual, transgênero, o expatriado ou o apátrida etc.

Ainda que não se possa considerar todos os empregados como grupo vulnerável, também é possível acrescentar os trabalhadores, especialmente os dependentes economicamente e juridicamente subordinados, que, em razão de suas características, devem contar com uma regulamentação jurídica que, tendo como pressuposto tais dados que lhes individualizam e os identifiquem, ofereça-lhes um manto protetivo superior. Como já se disse anteriormente, ao rememorar a origem do Direito do Trabalho na tutela de uma situação de típica inferioridade, pretende-se destacar a necessidade de uma construção de um conceito de segurança jurídica que, a partir da hipossuficiência característica da situação de vulnerabilidade e insuficiência, possa contemplar uma hermenêutica que possibilite a proteção da pessoa humana.

Observe-se, a confirmar tal assertiva, que, no tocante à segurança jurídica, a própria Constituição Federal já apresenta um expressivo vetor hermenêutico ao fixar que a prescrição trabalhista deve conter prazos prescricionais diversos, esteja em vigor ou não o contrato de trabalho (art. 7º, XXIX). Trata-se, portanto, de uma opção axiológica constitucional no sentido de que a segurança jurídica – e a prescrição é uma de suas concretizações – tenha uma plasticidade a depender da situação em concreto.

A segurança jurídica tem, como uma de seus fundamentos, a proteção contra o exercício indevido de uma determinada prerrogativa. Por isso, certas normas constitucionais estão cercadas de absoluta intangibilidade, de forma a proteger o texto constitucional contra maiorias circunstanciais; a exigência de edição de lei complementar ou da anterioridade para criar ou aumentar um tributo volta-se em proteção contra a sanha arrecadatória do Estado; a fixação do prazo de 5 (cinco) anos para que a Administração Pública possa rever os seus atos busca evitar que ela, com a sua posição de predominância, possa frustrar a confiança do administrado; a prescrição e a decadência buscam evitar que aquele que possui o poder potestativo de formular demandas em juízo possa fazê-lo a qualquer momento.

Em todas essas hipóteses, a segurança jurídica volta-se como uma proteção à parte mais frágil da relação jurídica, evitando-se que ela sofra atos que violem o seu direito já estabelecido ou que alterem a sua condição pessoal em razão de suas legítimas expectativas.

Assim, é possível afirmar, seguindo lição de Miriam Ivanega (2013, p. 543)¹⁰⁰, que a segurança jurídica outorga um sentido ético-jurídico no equilíbrio que deve existir no âmbito de uma relação contratual especialmente marcada pela presença de um sujeito que ocupa uma posição de superioridade como ocorre na relação de trabalho subordinado economicamente. Se essa parte mais débil não tem, em razão das limitações nas quais se coloca no curso do contrato, condições de uma intervenção mais efetiva ou mais imediata na tutela de seus direitos, há se ter, a partir de vetores presentes no próprio ordenamento jurídico, uma construção hermenêutica em atenção a esses dados. Justamente em face desses elementos conformadores, o descumprimento de obrigações do empregador – como o não pagamento de horas extras, adicional de insalubridade, o não recolhimento do fundo de garantia por tempo de serviço, a não entrega de equipamentos de proteção, a não concessão de intervalo intrajornada etc. – não importa em perdão tácito, isto é, não será possível falar em *supressio* em favor do empregador tendo em vista a impossibilidade de o empregado exigir o cumprimento daquilo que a legislação estabelece, salvo sob o risco de perda do trabalho.

Assim, sob determinadas circunstâncias, como o tempo de permanência de uma situação fática, ou em face da existência de condutas indutoras de determinada crença, as alterações contratuais empreendidas pelo empregador, ainda que realizadas sob um amparo legal ou contratual, não poderão ser admitidas em prejuízo ao empregado sob pena de violação da segurança jurídica, em sua perspectiva subjetiva.

Portanto, em face da hipossuficiência na qual se coloca tanto na constituição quanto na execução de uma relação de trabalho, pode-se afirmar que a segurança jurídica, embora não seja fixada única e exclusivamente em favor desse sujeito, de contar com uma hermenêutica que tutela a condição pessoal do empregado.

2.9 A segurança jurídica como um valor

Humberto Ávila afirma que “o uso da expressão ‘segurança jurídica’ denota *um juízo axiológico* concernente àquilo que se julga bom existir de acordo com *determinado sistema de valores*. A frase ‘um ordenamento previsível é muito melhor para o desenvolvimento

100 “A segurança jurídica e a boa fé, em matéria contratual, outorgam um sentido ético-jurídico ao equilíbrio que deve existir entre os poderes públicos e as garantias individuais”. Tradução nossa do seguinte trecho: “La seguridad jurídica y la buena fe, em materia contractual, otorgan un sentido ético-jurídico al equilibrio que debe existir entre potestades públicas y garantías individuales” (2013, p. 543). IVANEGA, Miriam Mabel. Seguridad jurídica y buena fe em los contratos administrativos. In VALIM, Rafael; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; DAL POZZO, Augusto Neves (Coord.) Tratado sobre o princípio da segurança jurídica no direito administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 523-543.

econômico que um imprevisível' denota que a segurança jurídica é um valor substancial da vida humana" (2016, 126-127. grifo do autor). Nesse sentido, afirma-se que a previsibilidade inerente à segurança jurídica é avaliada positivamente (GOMETZ, 2012, p. 311-312)¹⁰¹; ou que a confiabilidade nas normas jurídicas e a possibilidade de calcular suas consequências "constituem algo bom (axiologicamente positivo) aos seres humanos" (NASCIMENTO, 2017, p. 47-48). Segundo Miguel Reale (1999, p. 189), "O direito tutela determinados valores¹⁰², que reputa positivos, e impede determinados atos, considerados negativos de valores: até certo ponto, poder-se-ia dizer que o direito existe porque há possibilidade de serem violados os valores que a sociedade reconhece como essenciais à convivência". Os valores são opções éticas e morais realizadas por um determinado corpo social que devem se espalhar nos conteúdos jurídicos, o que tem se verificado especialmente nas Constituições mais recentes. Isso significa que essas escolhas são diretrizes cada vez mais relevantes na interpretação, concretização e construção do direito, devidamente positivados no ordenamento jurídico (NASCIMENTO, 2017, p. 41)¹⁰³.

101 No original: "Questa prevedibilità, oltre a essere considerata centrale nelle discussioni sulla certezza del diritto, viene di solito valutata positivamente". Em tradução nossa: "Essa previsibilidade, além de ser central nas discussões sobre a segurança jurídica, costuma ser avaliada positivamente".

102 Os valores, segundo Miguel Reale (1999), apresentam determinadas características: (a) bipolaridade: "O valor é sempre bipolar", pois ao valor "se contrapõe um desvalor; ao bom se contrapõe o mau; ao belo, o feio; ao nobre, o vil; e o sentido de um exige o do outro. Valores positivos e negativos se conflitam e se implicam em processo dialético". "A dinâmica do direito resulta, aliás, dessa polaridade estimativa, por ser o direito concretização de elementos axiológicos: — há o 'direito' e o 'torto', o lícito e o ilícito. A dialeticidade que anima a vida jurídica, em todos os seus campos, reflete a bipolaridade dos valores que a informam" (p. 189); (b) implicabilidade recíproca: "Se os valores são bipolares, cabe observar que eles também se implicam reciprocamente, no sentido de que nenhum deles se realiza sem influir, direta ou indiretamente, na realização dos demais" (p. 189); (c) reciprocidade: "Bipolaridade e implicação são qualidades dos valores, que refletem ou traduzem a natureza mesma da condicionalidade humana, do espírito que só toma consciência de si mesmo e se realiza enquanto se inclina ou se objetiva a 'ser como deve ser', o que nos leva a considerar a terceira característica do valor, que é a sua necessidade de sentido ou referibilidade" (p. 190). (d) preferência: "Além da bipolaridade, o valor implica sempre uma tomada de posição do homem e, por conseguinte, a existência de um sentido, de uma referibilidade. Tudo aquilo que vale, vale para algo ou vale no sentido de algo e para alguém" (p. 190). Viver é tomar posição perante valores e integrá-los em nosso 'mundo'. "O valor envolve, pois, uma orientação e, como tal, postula uma quarta nota, que é a preferibilidade. É por esta razão que para nós toda teoria do valor tem como consequência, não causal, mas lógica, uma teleologia ou teoria dos fins. Daí dizermos que fim não é senão um valor enquanto racionalmente reconhecido como motivo de conduta" (p. 191); (e) gradação: "Toda sociedade obedece a uma tábua de valores, de maneira que a fisionomia de uma época depende da forma como seus valores se distribuem ou se ordenam. É aqui que encontramos outra característica do valor: — sua possibilidade de ordenação ou gradação preferencial ou hierárquica, embora seja, como já foi exposto, incomensurável" (p. 191). "Bipolaridade, implicação, referibilidade, preferibilidade, incomensurabilidade e gradação hierárquica são, como se vê, algumas das notas que distinguem o mundo dos valores, a que se devem acrescentar as de objetividade, historicidade e inexauribilidade, a serem estudadas nos capítulos seguintes". "É possível haver uma ordenação do valioso, não de forma absoluta, mas nos ciclos culturais que representam a história humana, (...)" (p. 191).

103 Esse autor (p. 41) cita, em abono a seu posicionamento, a lição de Francisco Meton Marques de Lima: "Juristas de porte de Habermas e Canotilho condenam a judicatura (ou ditadura dos valores), por acreditarem num sistema racional fundado na ação comunicativa, o primeiro, e nos princípios, o segundo; enquanto Miguel Reale, Robert Alexy, Machado Pauperio, Karl Larenz, Pablo Lucas Verdu, Juarez Freitas, Ivo Dantas, Aroldo Plínio, Alexandre Pasqualini acreditam na necessária interação dos valores na construção do Direito. (...) Na dimensão axiológica, a interpretação valorativa consubstancia a atuação democrática do Direito,

Assim, é possível afirmar que a segurança jurídica é, também, um valor contemplado no ordenamento jurídico pátrio (NASCIMENTO, 2017, p. 46-51; ÁVILA, 2016, p. 126-127), o que possibilita o enfoque sob duas perspectivas.

Uma primeira perspectiva consiste em compreender a segurança jurídica como um valor “funcional”¹⁰⁴, ou seja, é autorreferencial, vale por si só (ÁVILA, 2016, p. 193-195), o que significa uma opção axiológica no sentido de que o ordenamento jurídico seja seguro. Dessa compreensão decorrem duas consequências ao operador do direito, aplicáveis tanto ao legislador quanto ao juiz: a primeira, com uma vertente positiva ou construtiva, estabelece a necessidade de que o ordenamento jurídico adote medidas visando ao alcance da segurança jurídica, de forma que o legislador, ao editar os textos legais, e o julgador, no processo hermenêutico, tenham em mente essa imposição; a segunda consequência, em uma vertente negativa, estabelece um cerceio a medidas que concorrem para uma insegurança jurídica. Como acentuou Recasén Siches, quando a uma coletividade interessa assegurar de maneira mais firme a realização de determinados fins, então os recolhe em normas jurídicas, isto é, “*impone su cumplimiento de manera inexorable*” (2010, p. 222)¹⁰⁵.

No entanto, não é apenas sob esse prisma funcional que a segurança jurídica é considerada como um valor. A doutrina tem chamado a atenção também para a feição “instrumental” da segurança jurídica, em razão da qual a segurança jurídica busca concretização de outros valores presentes no ordenamento (NASCIMENTO, 2017, p. 51). Existe, portanto, um conteúdo qualificado ao valor segurança jurídica. Sem segurança jurídica os demais valores imperantes na sociedade não podem ser concretizados (ÁVILA, p. 181).

através da qual o intérprete opera o sistema positivo vigente em cada tempo e lugar, segundo o compromisso com o melhor direito, individual e socialmente considerado, ancorado, porém, numa ordem de valores sedimentados e consistentes. Os fatos valorados é que ditam o sentido dos signos textualizados. Interpretar é trabalhar o fato jurídico para descobrir o conteúdo que a norma hipotética deve revelar” (NASCIMENTO, Leandro Maciel do. A segurança jurídica na jurisprudência do STF: a proteção de expectativas não abrangidas pelos direitos adquiridos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017).

104“Assim, uma faca pode ser boa unicamente por ser afiada, e poder cortar qualquer coisa, pouco importa o quê, tendo, pois, valor decorrente do seu afiamento, independente de qualquer outro elemento adicional; ou pode ser qualificada como boa porque pode cortar determinadas coisas, sendo, assim, valorada ou desvalorada pelo valor daquilo que pode cortar. Valorar uma faca pelo simples fato de ser afiada, sem qualquer valor adicional, é atribuir-lhe valor meramente funcional; adicionar-lhe valor pelos objetos que pode cortar, é atribuir-lhe valor instrumental. Isso que sucede com a faca, nesse singelo exemplo ilustrativo, ocorre com a segurança jurídica: ela pode ser valorada pelo simples fato de proporcionar inteligibilidade, confiabilidade e calculabilidade, sem qualquer valor adicional, ou ser estimada pelos valores cuja realização ela serve” (ÁVILA, 2016, p. 193-194). Nascimento (2017, p. 51), por seu turno, afirma que essa característica atribui-lhe uma feição “material”.

105Lição apresentada no seguinte trecho: “Ahora bien, cuando a una colectividad le interesa asegurar de la manera más firme la realización de determinados fines, entoces los recoge em normas jurídicas, esto es, impone su cumplimiento de manera inexorable, por ejecución forzoza”. Em tradução nossa: “Agora, quando a uma coletividade interessa assegurar da maneira mais firme a realização de certos fins, isto é recolhido em normas legais, o que impõe o seu cumprimento de forma inexorável, de obrigatoria execução”.

Essa concepção instrumental da segurança jurídica não significa, todavia, que seja instrumento de qualquer valor¹⁰⁶, mas sim para a realização dos valores da liberdade, igualdade e dignidade. Essa afirmação de Ávila (2016, p. 198) é corroborada por Rachel Saab, que, ao diagnosticar transformações pelas quais o tema da segurança jurídica tem passado na Europa, em um contexto marcado pela efetividade dos direitos fundamentais, afirma que o “conteúdo da segurança jurídica deve estar em compasso com os valores constitucionais da liberdade, igualdade e dignidade da pessoa humana, que constituem o fundamento axiológico do Estado de Direito” (2019, p. 44). Como disse Perez Luño (2000, p. 28), a segurança jurídica é (a) um pressuposto do Direito que se fundamenta nos direitos fundamentais e também (b) uma função do direito que assegura a realização das liberdades. Com isto, a segurança jurídica não apenas se imuniza frente aos riscos de sua manipulação, mas também se converte em um valor jurídico ineludível para o sucesso dos demais valores constitucionais¹⁰⁷. Da mesma forma, Ricardo Garcia Manrique (2004, p. 28), ao analisar a obra de Gustav Radbruch, afirma que a segurança jurídica é a expressão da garantia de certos valores, que são a natureza moral dos seres humanos e a liberdade individual¹⁰⁸.

106Ávila (2016, p. 197) traz o exemplo de um estudo apresentado pelo general Hermann Göring quando, em 1935, sustentava ser a segurança jurídica um instrumento exclusivo “da comunidade do povo”, jamais em favor do indivíduo.

107 “En el Estado de Derecho a seguridad jurídica asume unos perfiles definidos como: presupuesto del Derecho, pero no de cualquier forma de legalidad positiva, sino de aquella que dimana de los derechos fundamentales, es decir, los fundamentan el entero orden constitucional; y función del Derecho que asegura la realización de las libertades. Con ello, la seguridad jurídica no sólo se inmuniza frente al riesgo de su manipulación, sino que se convierte en un valor jurídico ineludible para el logro de los restantes valores constitucionales” (LUÑO, Antônio-Enrique Perez. La seguridad jurídica: una garantía del derecho y la justicia. In: Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED. n.15. Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia, UNED, 2000, p. 25-38). Em tradução nossa: “No Estado de Direito, a segurança jurídica assume os perfis definidos como: pressuposto do Direito, porém, não de qualquer forma de legalidade positiva, mas daquela que resulta dos direitos fundamentais, é dizer, que se fundamentam integralmente na ordem constitucional; e função da lei que assegura a realização das liberdades. Com isso, a segurança jurídica não apenas se imuniza contra o risco de sua manipulação, mas se torna um valor jurídico ineludível no alcance dos demais valores constitucionais”.

108Como disse o autor (2004, p. 262-263), “Las ideas básicas que sostendré acerca de la concepción de Radbruch de la seguridad jurídica son: (1) la seguridad jurídica no es un valor autónomo, sino la expresión de la garantía jurídica de ciertos valores materiales; (2) estos valores materiales se resumen en el respeto de la naturaleza moral de los seres humanos y, por tanto, de la libertad individual; (3) decir que la obligatoriedad del Derecho se basa en la seguridad jurídica es lo mismo que decir que la obligatoriedad del Derecho se basa en el hecho de que éste constituye una garantía de la libertad individual, y (4) la defensa del valor de la seguridad jurídica, en el caso de Radbruch, no está asociada con la defensa del positivismo jurídico” (MANRIQUE, Ricardo García. Radbruch y el valor de la seguridad jurídica. In: Anuario de filosofía del derecho. ISS 0518-0872, p. 261-286, 2004. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1217063>. Acesso em: 15 jun. 2019). Em tradução nossa: “As idéias básicas que sustentarei sobre a concepção de segurança jurídica de Radbruch são: (1) a segurança jurídica não é um valor autônomo, mas a expressão da garantia legal de certos valores materiais; (2) esses valores materiais são resumidos no respeito à natureza moral dos seres humanos e, portanto, na liberdade individual; (3) dizer que a obrigação da lei é baseada na segurança jurídica é o mesmo que dizer que a obrigação da lei se baseia no fato de que ela constitui uma garantia de liberdade individual, e (4) a defesa do valor da lei segurança jurídica, no caso de Radbruch, não está associada à defesa do positivismo jurídico”.

Quando se refere a valores, não se trata, é verdade, da invocação de mera predominância quantitativa, como se fosse uma democracia plebiscitária – pois isso poderia dar azo a maiorias ocasionais ou mesmo ao império de monstruosidades típicas de regimes totalitários divorciados de aspectos inerentes às garantias fundamentais. Expressamente o ordenamento brasileiro fez uma opção axiológica que contempla os direitos fundamentais como base do Estado Democrático de Direito, “sob o aspecto de concretizações do princípio da dignidade da pessoa humana, bem como dos valores da igualdade, liberdade e justiça” (SARLET, 2007, p. 74). Como disse Perez Luño (1995, p. 21-22, *apud* SARLET, 2007, p. 168), “os direitos fundamentais passaram a apresentar-se no âmbito da ordem constitucional como um conjunto de valores objetivos básicos e fins diretivos da ação positiva dos poderes públicos”. Desse modo, há uma vinculação dos valores imperantes no ordenamento jurídico à condição da pessoa humana. Como afirma Lênio Streck (2002, p. 127), a “noção de Estado Democrático de Direito está, pois, indissociavelmente ligada à realização dos direitos fundamentais”.

Assim, o fato de os valores integrarem o conteúdo dos direitos fundamentais importa na sua eficácia irradiante, em razão da qual fornecem impulsos e diretrizes para a aplicação e interpretação, o que, na realidade, aponta para a necessidade de que haja uma interpretação conforme os direitos fundamentais (SARLET, 2007, p. 173).

De fato, se a Constituição Federal garante não apenas a fruição da liberdade e da propriedade, mas também de inúmeros direitos sociais, não se afigura compatível com essa opção axiológica satisfazer-se com uma concepção meramente formal, de simples atenção ao texto da lei sem se preocupar com conteúdo da norma que busca concretizar a ideia de segurança jurídica. Na realidade, a Constituição Federal, procura “influir positivamente na realização de um estado de coisas”, como afirmam Roberto Dias e Lucas de Laurentis (2013, p. 209)

Portanto, essa perspectiva da segurança jurídica permite avaliar a norma jurídica a partir de seu conteúdo, de forma que somente existirá segurança jurídica se a norma objeto de análise estiver em consonância com os valores de uma sociedade inscritos na Constituição Federal. Pode-se falar, portanto, em uma segurança jurídica substancial. Isso significa que viola a segurança jurídica a imposição da observância de textos normativos desvinculados dos direitos fundamentais, visto que, como afirma Ricardo Manrique (2012, p. 22-23), “o que é

interessante ao avaliar a moralidade do direito é poder determinar se os cidadãos têm razões morais para obedecer às suas normas”¹⁰⁹.

Ademais, o elevado nível de exclusão social e econômica bem como as intensas transformações no mundo do trabalho são fatores que exigem uma preocupação com a segurança jurídica, que deve ser enxergada a partir da pessoa humana. Isso impõe uma concretização dos direitos que contemplem essa perspectiva, o que importa em um desafio para a efetivação do direito à segurança. Como disseram Flávia Piovesan e Daniela Ikawa (2004, p. 81),

O princípio da dignidade humana e o reconhecimento do ser humano como fim e não como meio impõem o comprometimento com o direito à segurança de direitos, em detrimento da segurança a despeito dos direitos, seja no âmbito dos direitos civis e políticos, seja no âmbito dos direitos sociais, econômicos e culturais.

Assim, a construção do conceito de segurança jurídica há de se pautar pelas garantias fundamentais estabelecidas no ordenamento jurídico. É certo que essa compreensão não significa olvidar a importância dos textos normativos enquanto potenciais instrumentos de concretização da segurança jurídica, tampouco a necessidade de uma estabilidade e certeza, tradicionalmente compreendidos no conteúdo da segurança jurídica. A adoção da segurança jurídica substancialmente compreendida não se afasta dos textos jurídicos a não ser e tão somente nas hipóteses em que esses textos se afastem dos direitos fundamentais. Por isso, viola a segurança jurídica, ainda que sob o pretexto de garantir estabilidade e certeza, uma atividade hermenêutica sem o compromisso com os valores sufragados no texto da Lei Maior. Se a segurança jurídica significa estabilidade, previsibilidade, cognoscibilidade,

109 Citado por Nascimento (2017, p. 51), que transcreve trecho da lição apresentada pelo autor espanhol: “Em verdad, la que resulta interesante a la hora de evaluar la moralidad del derecho es poder determinar si los ciudadanos tienen razones morales para obedecer sus normas; por eso, parece conveniente poner el objeto de este trabajo en relación con el problema de la obediencia al derecho, algo que puede hacerse así: un argumento muy extendido en el pensamiento jurídico contemporáneo es el siguiente, compuesto por dos premisas, una conclusión y un corolario. Las premisas son: 1) la seguridad jurídica tiene valor moral; 2) la seguridad jurídica puede ser realizada en mayor o menor medida por los sistemas jurídicos; la conclusión que se sigue de ambas premisas es: 3) un sistema jurídico que realice en alguna medida la seguridad jurídica adquiere un cierto mérito moral, una cierta legitimidad; y el corolario de esta conclusión es: 4) la realización de la seguridad jurídica por parte de un sistema jurídico constituye una razón que puede ayudar a justificar un deber moral de obediencia a las normas de esse sistema jurídico”.

Em tradução nossa: “Na verdade, o que é interessante, ao avaliar a moralidade do direito, é poder determinar se os cidadãos têm razões morais para obedecer às suas normas; por isso, parece apropriado colocar o objeto deste trabalho em relação ao problema da obediência à lei, algo que pode ser feito assim: um argumento muito difundido no pensamento legal contemporâneo é o seguinte, composto de duas premissas, uma conclusão e um corolário. As premissas são: 1) segurança jurídica tem valor moral; 2) a segurança jurídica pode ser realizada em maior ou menor medida pelos sistemas legais; a conclusão que se segue de ambas as premissas é: 3) um sistema legal que realiza, em certa medida, segurança jurídica adquire certo mérito moral, certa legitimidade; e o corolário desta conclusão é: 4) a realização da segurança jurídica por um sistema legal é uma razão que pode ajudar a justificar um dever moral de obediência às regras deste sistema legal”.

calculabilidade, confiabilidade, esses aspectos devem estar a serviço dos valores que integram o conteúdo das garantias fundamentais expressas no texto constitucional, especialmente sob o influxo da dignidade humana e da justiça material, o que levou Manrique (2013, p. 173) a afirmar que “a segurança jurídica é a realização social da justiça se as normas jurídicas são justas, ou na medida em que elas sejam justas”.

Por isso, a doutrina propõe que “a noção de segurança jurídica seja oxigenada por valores constitucionais, tornando-se capaz de atender aos interesses juridicamente tutelados pelo ordenamento” (SAAB, 2019, p. 43).

3. A REVERSÃO AO CARGO EFETIVO E A VIOLAÇÃO DA ESTABILIDADE FINANCEIRA DO EMPREGADO

O presente capítulo pretende analisar, sob a perspectiva da segurança jurídica, a alteração realizada pela Lei 13.467/2017, que expressamente estabeleceu a não integração da gratificação de função, independentemente do período em que o empregado ocupe o cargo de confiança que ensejou o pagamento daquela parcela (art. 468, § 2º, CLT¹¹⁰).

3.1 O instituto da estabilidade no Direito do Trabalho

3.1.1 Aspectos gerais

Diferentemente dos contratos de execução instantânea, uma das marcas do contrato de trabalho consiste no seu caráter sucessivo, por se tratar de um vínculo jurídico que se desenvolve no curso do tempo, mais, ou menos, extenso. Trata-se, portanto, de um contrato cuja "prestação deve ser cumprida, periódica ou continuamente, durante certo tempo", na qual existe uma relação de "débito permanente", como diz Délio Maranhão, fundando-se em Gierke (1993, p. 173). Essa característica do contrato de trabalho, todavia, tem o potencial de suscitar diversos questionamentos, que seriam minorados se se tratasse de um contrato de execução única (ou instantâneo): a) a aplicabilidade das normas trabalhistas no tempo gera uma discussão acerca de qual diploma normativo deve incidir nas relações de emprego (se aquele existente no momento da constituição do vínculo ou se aquele vigente no momento da execução do contrato); b) a teoria das nulidades que prevalece no Direito Civil não se amolda ao Direito do Trabalho à medida que a prestação dos serviços impede que o reconhecimento de vício absoluto transforme o vínculo em um *nihil*, especialmente pela impossibilidade de restituição da força de trabalho dispendida pelo trabalhador; c) as vicissitudes que ocorrem com as pessoas dos contratantes, especialmente o empregado, afastam a caracterização de mora contratual, ensejando outras figuras, como a sucessão empregatícia, suspensão e a interrupção do contrato, algumas vezes ensejando a permanência do vínculo de emprego a despeito da impossibilidade da prestação de trabalho, tendo em vista um evento totalmente incapacitante (a aposentadoria por invalidez não autoriza, ainda que ultrapassado o prazo de cinco anos, a extinção do contrato), com reflexos na esfera jurídica de um terceiro (o

110 "A alteração de que trata o § 1º deste artigo, com ou sem justo motivo, não assegura ao empregado o direito à manutenção do pagamento da gratificação correspondente, que não será incorporada, independentemente do tempo de exercício da respectiva função".

empregado contratado para substituir esse aposentado por invalidez firma um contrato por prazo determinado, ainda que *incertus quando*: CLT, art. 475, § 2º).

De toda forma, não se pode olvidar que o contrato de trabalho tem início e fim, marcas que estão vinculados entre si pelo seu sentido final, qual seja a satisfação dos interesses do empregado e do empregador, tendo como objeto o trabalho enquanto superador de limites pessoais, de transformação social e, especialmente, como fonte de renda do trabalhador e, também, meio de subsistência familiar. Nada mais natural, portanto, que essa relação jurídica ostente a marca da dinamicidade, sujeita a alterações objetivas e subjetivas etc¹¹¹.

Apesar disso, o contrato de trabalho, por via de regra, nasce com perspectiva de ser duradouro, tendo em vista o princípio da continuidade, "em virtude do qual o contrato de trabalho perdura até que sobrevenham circunstâncias previstas pelas partes ou em lei como idôneas para fazê-lo cessar", na lição de Luiz Pinho Pedreira da Silva (1997, p. 109). Ainda conforme esse autor (1997, p. 111), toda a doutrina juslaboral está de acordo com a importância da continuidade, tanto na perspectiva jurídica como na econômico-social. Sustenta ele que há um benefício para ambos os sujeitos da relação empregatícia: para os empregados, proporciona segurança econômica, pois, com a duração do contrato e consequente percepção de salário, será possível propiciar o sustento pessoal e de sua família, além do convívio com os colegas e a interação no ambiente laboral; para os empregadores, por dispor de uma mão-de-obra experimentada, evitando os dispêndios financeiros e as dificuldades operacionais com o recrutamento de novos empregados, formação profissional etc.

Assim, o princípio da continuidade assenta-se no fato de ser do interesse do Direito do Trabalho a permanência do vínculo empregatício, com a integração do trabalhador na estrutura e dinâmica empresariais¹¹². Apenas mediante tal permanência e integração é que a ordem justrabalhista poderia cumprir satisfatoriamente o objetivo teleológico de assegurar melhores condições, sob a ótica obreira, de pactuação e gerenciamento da força de trabalho em determinada sociedade (DELGADO, 2013, p. 95-96).

111 Sobre o tema das transformações das relações obrigacionais, cf.: SILVA, Clóvis do Couto e. A obrigação como processo. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007.

112 Andrade (2008, p. 84) propõe uma superação do princípio da continuidade porque ele não responderia à necessidade de oferecer garantias aos demais trabalhadores, "os clandestinos, os autônomos, os sem-emprego fixo, os desprotegidos e não amparados pelas normas deste ramo do Direito e da Seguridade Social –, que agora constituem maioria". Em seguida, ele propõe: "Se possível fosse a preservação desse princípio, melhor seria enquadrá-lo no contexto de uma sociedade muito mais complexa, em que as relações de trabalho são duradouras. Preservar a dignidade da pessoa humana, a partir do trabalho, não significa mais que ela se revele a partir de empregos fixos" (ibidem, p. 85). ANDRADE, Everaldo Gaspar Lopes de. Princípios de direito do trabalho: fundamentos teórico-filosóficos. São Paulo: LTr, 2008.

O princípio da continuidade, como salienta a doutrina, tem um conteúdo unidirecional, o que significa que ele atua unilateralmente, no caso, sempre em favor do empregado. Pinho Pedreira (1997, p. 124-129), com ampla pesquisa doutrinária, alienígena e nacional, manifesta o entendimento de que esse princípio possui como destinatário o empregado face ao seu caráter unilateral. Não nos parece ser diferente, pois, observando-se todos corolários do princípio da continuidade, verifica-se um nítido direcionamento em favor do empregado, no sentido de ampliar o espectro protecionista a esse sujeito da relação empregatícia. Por isso mesmo, salvo as hipóteses legalmente previstas, não se admitem alterações tácitas do conteúdo do contrato de emprego realizadas no curso do vínculo em prejuízo ao empregado etc.

Do princípio da continuidade decorrem diversas consequências de ordem fática: a) preferência normativa pelos contratos de duração indeterminada, razão pela qual os contratos por prazo determinado são exceções no universo juslaboral; b) transmutação em contratos de duração indeterminada caso não sejam atendidos os requisitos legais fixados para a configuração dos contratos por prazo determinado; c) as nulidades contratuais são resolvidas sempre em favor do empregado, salvo se hipótese de objeto ilícito (nesse sentido, a distinção que a jurisprudência realiza entre trabalho proibido, do qual o contrato de trabalho do policial militar afigura-se um exemplo, e trabalho ilícito, como ocorre no caso de exploração do jogo do bicho, como se vê no cotejo Enunciado 386¹¹³ e a Orientação Jurisprudencial 199¹¹⁴); d) presunção de uma extinção mais onerosa ao empregador (por isso, a demissão, entendida como manifestação volitiva do empregado em encerrar o vínculo, ou a prática de atos caracterizadores de justa causa cometida pelo empregado, devem ser demonstradas pelo empregador, na esteira do que estabelece o Enunciado 212 do TST¹¹⁵); e) permanência do contrato de emprego em caso de sucessão; f) subsistência do contrato de trabalho em caso de morte do empregador; g) a decretação de falência ou de recuperação judicial não extingue o contrato de trabalho; h) as vicissitudes relativas ao empregado não importam em extinção do

113“POLICIAL MILITAR. RECONHECIMENTO DE VÍNCULO EMPREGATÍCIO COM EMPRESA PRIVADA. Preenchidos os requisitos do art. 3º da CLT, é legítimo o reconhecimento de relação de emprego entre policial militar e empresa privada, independentemente do eventual cabimento de penalidade disciplinar prevista no Estatuto do Policial Militar”.

114“JOGO DO BICHO. CONTRATO DE TRABALHO. NULIDADE. OBJETO ILÍCITO. É nulo o contrato de trabalho celebrado para o desempenho de atividade inerente à prática do jogo do bicho, ante a ilicitude de seu objeto, o que subtrai o requisito de validade para a formação do ato jurídico”.

115“DESPEDIMENTO. ÔNUS DA PROVA. O ônus de provar o término do contrato de trabalho, quando negados a prestação de serviço e o despedimento, é do empregador, pois o princípio da continuidade da relação de emprego constitui presunção favorável ao empregado”.

vínculo, mas sim em suspensão e interrupção dos efeitos do contrato de trabalho¹¹⁶; i) a fixação de sanções à dispensa arbitrária (seja tornando-a nula, seja a fixação de valores a serem pagos caso se pretenda a extinção contratual por iniciativa do empregador); j) a existência de "blindagens" contra dispensas imotivadas, especialmente a estabilidade no emprego.

É importante que se registre que a estabilidade está umbilicalmente vinculada ao princípio da continuidade: "A estabilidade é uma maneira de obter a continuidade", afirma Ruprecht¹¹⁷, conforme transcreve Pinho Pedreira (1997, p. 113).

Jair Aparecido Cardoso (2008, p. 29-57), com ampla pesquisa histórica e doutrinária, afirma que o instituto da estabilidade no emprego constitui-se em uma das principais contribuições brasileiras ao Direito do Trabalho mundial, uma vez que contemporaneamente àquele reconhecimento desse direito que houve no Brasil, a Europa passava por um momento de intensa crise econômica e social, sem condições fáticas de engendrar tal solução. Assim, conforme esclarece, em 1939 já havia a constatação de que o "Brasil foi o único país que adotou no seu Direito Social a estabilidade dos empregados nos seus cargos, após certo lapso de serviço prestado ao mesmo empregador" (2008, p. 48).

A criação da estabilidade, no Brasil, teve início com o Decreto nº 4.682, de 23.1.23, chamado de "Lei Eloy Chaves", ao criar as Caixas de Aposentadoria dos Ferroviários. Ao contrário do que possa parecer, essa criação não foi uma dádiva governamental, antes, decorreu da imposição de um critério técnico-atuarial, pois a existência de relações de emprego estáveis viabilizava o recolhimento de contribuições previdenciárias e as aposentadorias aos trabalhadores, possibilitando a manutenção da caixa de aposentadoria e pensão dos ferroviários e, posteriormente, dos aviários (Portaria nº 32 do Conselho

¹¹⁶Tratam-se de institutos que produzem efeitos na execução do contrato de trabalho e têm, em comum, o fato de o empregado não prestar serviços; distinguem-se, todavia, pelo fato de que na suspensão contratual o empregador fica isento de qualquer obrigação de caráter financeiro, ao passo que na interrupção contratual subsiste obrigação financeira a cargo do empregador, seja da totalidade do salário (como ocorre, por exemplo, nas férias, nos descansos semanais remunerados, ou mesmo nos primeiros quinze dias de afastamento por motivo médico), seja de alguma outra parcela (como ocorre nos casos de licença para prestar serviço militar obrigatório ou afastamento decorrente de acidente do trabalho, hipóteses em que subsiste a obrigação de recolhimento do fundo de garantia por tempo de serviço: art. 15, § 5º, Lei 8.036/90). Registra-se, todavia, o posicionamento divergente de Orlando Gomes e Elson Gottschalk, para os quais existiriam a "suspensão total" e a "suspensão parcial" (esta, correspondendo à figura da "interrupção"). Segundo esses autores, a CLT "trata da Suspensão e da Interrupção do contrato de trabalho, e grande parte da doutrina, seguindo esta distinção, entende que como suspensão se deve encarar a total paralisação dos efeitos do contrato de trabalho, e como interrupção, procura-se explicar, compreende-se a manutenção de alguns efeitos e a paralisação de outros. Trata-se de técnica peculiar apenas ao Direito pátrio, sem correspondência no Direito alienígena, e que, em verdade, se trata de mais uma terminologia ineficaz para substituir a suspensão parcial do contrato, cujo vínculo *juris* não se rompe nem se interrompe com ocorrências de determinadas causas, que apenas suspendem temporariamente a relação de emprego" (GOMES; GOTTSCHALK, 1995, p. 344, grifos do autor).

¹¹⁷SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. *Principiologia do direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1997, p. 113.

Nacional do Trabalho). Visava-se, assim, a proteger as instituições de seguro social recém-criadas e, apenas indiretamente, os empregados¹¹⁸. Com esse caráter houve a extensão a outras categorias, como, por exemplo, aos marítimos (Decreto nº 5.109, de 1926), aos empregados em serviços públicos de transporte, luz, energia elétrica, telefone, telégrafo, portos, águas e esgoto (Decreto nº 21.082, de 1932), aos empregados na mineração (Decreto nº 22.096, de 1932), aos comerciários (Decreto nº 24.272, de 1934), aos trabalhadores em trapiches e armazéns (Decreto nº 24.274, de 1934), aos estivadores (Decreto 24.275, de 1934), aos bancários (Decreto nº 24.615, de 1934) – esses com a particularidade que se tornavam estáveis com 2 (dois) anos de emprego.

Nesse contexto legislativo, a Lei 62/35 retirou a estabilidade do âmbito previdenciário, tratando-a no plano da legislação trabalhista, ampliando-a para a generalidade dos empregados (salvo rurais e domésticos). A Consolidação das Leis do Trabalho, de 1943, trouxe para o seu seio a mesma regulamentação, assegurando-a para todos aqueles (igualmente excepcionando os empregados rurais e domésticos) que trabalhassem por 10 (dez) anos para o mesmo empregador. A Constituição Federal de 1946 foi a primeira a reconhecer o direito à estabilidade do empregado (art. 157)¹¹⁹. Sobre o tema, a Constituição de 1988 trouxe diversas novidades (NASCIMENTO, 1991, p. 45): a) volta da indenização em caso de dispensa sem justa causa para todos os empregados (com a implantação do FGTS, em 1965, os optantes desse regime passaram a ter, ao invés da indenização, o recolhimento mensal); b) adoção do conceito de dispensa arbitrária (aqui, diferindo à lei complementar a sua regulamentação, inexistente até o momento); c) previsão de que poderiam ser estabelecidos outros direitos, além da indenização compensatória, o que reconhece o potencial amplificador do ordenamento infraconstitucional; d) a supressão da estabilidade do texto da Constituição, o que poderia ser entendido como um recuo na promessa constitucional de tutela do pleno emprego (neste particular, registra-se a existência de doutrina que sustenta a subsistência do instituto da estabilidade decenal no Direito do Trabalho brasileiro¹²⁰).

118Nesse sentido, GOMES e GOTTSCHALK (1995, p. 393).

119“Art. 157 - A legislação do trabalho e a da previdência social obedecerão nos seguintes preceitos, além de outros que visem a melhoria da condição dos trabalhadores: (...); XII - estabilidade, na empresa ou na exploração rural, e indenização ao trabalhador despedido, nos casos e nas condições que a lei estatuir”.

120 Cardoso (p. 151), após esclarecer que o art. 7º, I, da Constituição Federal não implica em uma estabilidade geral ou plena (no sentido de aplicável indiscriminadamente a todos os empregados, mas apenas àqueles que atendessem a determinados requisitos, como o tempo de emprego, dez anos), entende que não houve revogação, mesmo tácita, do art. 492 da CLT. Segundo ele, existe uma compatibilidade do art. 7º, I, CF, com a estabilidade decenal, a qual, portanto, deve subsistir. Em suas palavras: “se o texto anterior não é incompatível com a Constituição, não há que se falar em revogação, quer seja expressa, quer seja tácita” (p. 150), para, logo em seguida, concluir: “Por esta razão, é forçoso entender que o inciso I do art. 7º da Constituição Federal trata da proteção indenizatória da demissão arbitrária ou sem justa causa, matéria que já era prevista na CLT nos arts. 477 e 478, mas não da estabilidade prevista no art. 492 da CLT. Deve ser

Trata-se, a estabilidade, em verdade, de uma restrição ao empregador de dispensa imotivada, o que importa em uma proteção ao empregado. "Estabilidade é defesa contra a dispensa", afirma Nascimento (1991, p. 53). É, portanto, um instituto que visa a assegurar ao empregado a permanência do vínculo de emprego, ainda que contrariamente à vontade do empregador. Assim, a estabilidade consiste na existência de obstáculos estabelecidos pelo ordenamento pátrio à dispensa imotivada do empregado.

Observe-se que esses obstáculos podem ser mais intensos, como ocorre no caso da estabilidade decenal ou do dirigente sindical, em que a dispensa é condicionada ao reconhecimento em juízo da prática de faltas graves, ou, então, menos intensos, ao assegurar a mera indenização do período da estabilidade, quando se trata de estabilidades provisórias.

Bom observar que o ordenamento jurídico estabelece inúmeras regras a tutelar a manutenção do contrato de trabalho. Sem nos atrevermos a uma tentativa classificatória – porque seria inglória, ante a quantidade de critérios, perspectivas e enfoques epistemológicos utilizados pela doutrina¹²¹ –, podemos afirmar que há um gradiente de níveis de proteção ao empregado no tocante à preservação do emprego, desde aquela mais intensa, (a) a estabilidade definitiva (que corresponde à estabilidade decenal: CLT, art. 492); perspassa pelas (b) estabilidades provisórias ((b.1) dirigente sindical: CF, art. 8º, VIII, e CLT, art. 543, § 3º¹²²; (b.2) gestante: CF, ADCT, art. 10, II, b, e CLT, art. 391-A; (b.3) representantes dos empregados nas Comissões de Conciliação Prévia: CLT, art. 625-B, § 1º; (b.4) representante dos empregados¹²³ no Conselho Curador do FGTS: Lei 8.036/90, art. 3º, 9º; (b.5) representante dos empregados no Conselho Nacional de Previdência Social: Lei 8.213/91, art. 3º, § 7º; (b.6) empregados públicos em período eleitoral: Lei 9.504/97, art. 73, V; (b.7) estabilidade do diretor de cooperativa de empregados: Lei 5.764/71, art. 55¹²⁴; (b.8) estabilidade do

destacado ainda que o texto constitucional, como visto, não é taxativo e ou exaustivo; ele é exemplificativo e estabelece como princípio básico o acolhimento de todo e qualquer direito que vise à melhoria da condição social do trabalhador” (CARDOSO, Jair Aparecido. *A estabilidade no direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2008)

121 Assim, poderíamos ter: estabilidade definitiva, aquela obtida após os 10 (dez) anos de contrato para o mesmo empregador, salvo se contratado exclusivamente para um cargo de confiança (CLT, art. 499, caput), em contraposição às estabilidades provisórias ou relativas.

122 Essa estabilidade não alcança nem os dirigentes de associações profissionais (que eram, no regime constitucional anterior, a primeira configuração para que o agrupamento pudesse se transformar em sindicatos), como resulta do cancelamento do Enunciado 222 do TST, nem os integrantes do conselho fiscal do sindicato, uma vez que esses exercem suas funções unicamente em face da diretoria, não perante os empregadores, como se vê na OJ 365 da SDI-1 do TST.

123 A participação dos empregados nos colegiados de órgãos públicos em que seus interesses, profissionais ou previdenciários, sejam objeto de discussão e deliberação decorre de uma imposição constitucional, como se vê no art. 10 da Constituição Federal.

124 Impõem-se alguns registros: a) há quem repute inconstitucional essa previsão, uma vez que, por ser anterior à Constituição Federal, exigir-se-ia sua expressão previsão, especialmente porque o novo texto constitucional trouxe diversas hipóteses de estabilidade, omitindo-se em relação à do diretor de cooperativa. Nesse sentido, temos Santos Neto: SANTOS NETO, Manoel Augusto Cardoso dos. *A estabilidade do dirigente de*

empregado acidentado: Lei 8.213/91, art. 118); (c) pelas garantias contra dispensa arbitrária ((c.1) representante dos empregados na Comissão Interna de Prevenção de Acidente do Trabalho: CF, ADCT, art. 10, II, "a", e CLT, art. 165; (c.2) ou na previsão genérica, assegurada a todos os empregados, conforme art. 7º, I, da Constituição Federal, porém não regulamentada a despeito de ultrapassados mais de trinta anos desde a promulgação constitucional); (d) pelas garantias indiretas, cuja proteção consiste em reservar um determinado número mínimo de empregados caso o empregador se enquadre naquelas hipóteses previstas legalmente ((d.1) os aprendizes: CLT, art. 428; (d.2) os portadores de deficiência: Lei 8.213/1991, art. 93); (e) pela exigência de motivação na dispensa de empregados públicos (STF, RE 589.998¹²⁵); (f) pela vedação à dispensa discriminatória (Lei 9.029/1995); (g) até chegar às indenizações pela extinção imotivada do contrato de trabalho por iniciativa do empregador. Além dessas hipóteses, com amparo constitucional ou legal, não se pode negar que as normas autônomas, de caráter coletivo ou individual, podem prever hipóteses especiais de preservação no emprego, como ocorre no caso de estabilidade pré-aposentadoria etc.

3.1.2 A estabilidade como essência do contrato de trabalho – a noção de estabilidade social

Acima houve a afirmação de que a estabilidade está umbilicalmente vinculada ao princípio da continuidade, uma das vigas mestras sobre as quais o Direito do Trabalho foi erigido. Trata-se de um instituto plasmado no plano juslaboral, ora com maior, ora com menor intensidade, e que pode integrar o patrimônio jurídico do empregado.

É certo que as lições doutrinárias quase sempre possuem suas atenções centrais voltadas à estabilidade no emprego, isto é, à restrição imposta ao poder potestativo de dispensa imotivada. Todavia, pode-se afirmar que a estabilidade está umbilicalmente

cooperativa – não recepção do artigo 55 da Lei 5.764/71 pela CF/88. In: Direito UNIFACS – Debate Virtual, n. 205, 2017. Disponível em: <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/download/4837/3175>. Acesso em: 15 jan. 2019.

Não é isso, porém, o que o TST tem entendido, como se vê na OJ 253 da SDI-1; b) a estabilidade não alcança os suplentes.

125Em embargos de declaração, ficou reconhecido que apenas a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos tem o dever de motivar a dispensa de seus empregados: “A questão constitucional versada no presente recurso envolvia a ECT, empresa prestadora de serviço público em regime de exclusividade, que desfruta de imunidade tributária recíproca e paga suas dívidas mediante precatório. Logo, a tese de julgamento deve estar adstrita a esta hipótese. 4. A fim de conciliar a natureza privada dos vínculos trabalhistas com o regime essencialmente público reconhecido à ECT, não é possível impor-lhe nada além da exposição, por escrito, dos motivos ensejadores da dispensa sem justa causa. Não se pode exigir, em especial, instauração de processo administrativo ou a abertura de prévio contraditório. 5. Embargos de declaração providos em parte para fixar a seguinte tese de julgamento: A Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT tem o dever jurídico de motivar, em ato formal, a demissão de seus empregados”. ED EMB.DECL. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO. Julgamento: 10/10/2018. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. [...] .

vinculada ao princípio da continuidade no âmbito de todo o Direito do Trabalho. Na realidade, como esclarece Cardoso (2008, p. 59), o instituto da estabilidade "é parte ínsita do contrato de trabalho, é de sua essência", de forma que a inserção real do empregado no seio da empresa e de "efetividade da relação de emprego não é de interesse individual, mas institucional, ou seja, de interesse público social". Por isso, afirma Ricardo Pereira de Freitas Guimarães (2018, p. 869): "A expressão estabilidade, no que concerte às relações de emprego, está, sob viés político-jurídico, intimamente ligada a um fator de permanência perene".

Nesse diapasão, Cardoso (2008, p. 30) propõe a noção de "estabilidade social", uma vez que a relação de emprego deve ter um conteúdo de estabilidade mínimo para os seus protagonistas, sejam eles o empregado ou o empregador. Exige-se, pois, um sentido de garantia, pois enquanto "durar a relação de emprego, ela deve ser estável, no sentido do equilíbrio social, no sentido da justiça social", impondo-se uma

normal e natural estabilidade, uma solidez, uma garantia, para ambas as partes na constância desta relação de emprego, para que a mesma seja eficiente e traga ao empregador a compensação pelo risco econômico, e ao empregado a compensação pelo seu labor, pela dedicação de boa parte de seu dia, de sua vida, ao trabalho, para, nessa parceria, contribuir para que o empregador não sucumba em seu empreendimento, mas, por outro lado, o empregado tenha justa retribuição pelo suor do seu rosto.

Embora seja uma compreensão inovadora, como ele próprio reconhece¹²⁶, acredita-se que essas lições espraem-se também a outros institutos que decorrem desse vínculo jurídico face às suas identidades ontológicas. Maurício Godinho Delgado (2013, p. 96), por seu turno, corrobora essa perspectiva de uma "estabilidade social", ao afirmar que o caráter duradouro do contrato de trabalho importa em "afirmação social do indivíduo", complementado que:

Aquele que vive apenas de seu trabalho tem neste e na renda dele decorrente um decisivo instrumento de sua afirmação no plano da sociedade. Se está submetido a contrato precário, provisório, de curta duração (ou se está desempregado), fica sem o lastro econômico e jurídico necessários para se impor no plano de suas demais relações econômicas na comunidade".

Essa concepção de estabilidade social assenta-se no fato de que o trabalho humano ostenta um conteúdo não apenas econômico, mas também é uma realização pessoal¹²⁷ e

126 "Não encontramos, todavia, nem nas definições dos dicionários nem nos bosquejos doutrinários, seu [da estabilidade] sentido social durante a relação de emprego" (CARDOSO, 2008, p. 30).

127 "Trabalho, portanto, que se nutre de uma razão vital e que sobre ela procede às suas tarefas mediativas. Amplamente antropológica, a razão vital se insere profundamente no homem, em tôdas as faculdades de poderes do homem. Para o homem, através do trabalho, aduz e reivindica as coisas e os objetos, assina a vida do homem no processo ascendente" (BATAGLIA, Felice. *Filosofia do trabalho*. São Paulo: Edição Saraiva, 1958, p. 334).

superadora da natureza¹²⁸, além de consistir em uma manifestação da dignidade humana e, portanto, não deve, o seu realizador (o trabalhador), ser considerado como um elemento descartável. Assim, resulta ponderoso que haja uma relação de equilíbrio entre os protagonistas da relação de emprego com a ideia de uma subsistência de suas condições contratuais.

Nesse sentido, o caráter sucessivo do contrato de trabalho a exigir uma estabilidade não significa, todavia, que a relação de emprego seja algo estático, como uma fotografia, mas sim um filme, com desenvolvimento de um roteiro protetorista ao empregado e de preservação de seu conteúdo essencial, assegurando, a ambos os protagonistas, papéis diversos, mas umbilicalmente ligados.

3.2 O poder empregatício

O empregador, se pudéssemos recorrer à metáfora de um filme (porque importa em uma relação que se desenvolve no curso do tempo) que chamamos de “Contrato de Trabalho”, seria a personagem principal, uma vez que ostenta uma posição ativa privilegiada, em um protagonismo contratual de amplo destaque, inclusive no âmbito social. Essa posição decorre do chamado “poder empregatício”, que consiste no conjunto de prerrogativas asseguradas pelo ordenamento jurídico, inclusive no plano constitucional ao reconhecer a livre iniciativa, que atribuem ao empregador o direito de organização empresarial, de o projeto de criação do empreendimento, disciplinando as relações internas, especialmente o direcionamento da forma de trabalho (DELGADO, 2018, p. 786).

O poder empregatício possui diversas facetas¹²⁹, e expressa o rol de atribuições concentrado na pessoa do empregador, atribuindo-lhe a prerrogativa de dirigir, de

128 Sobre essa compreensão, Jair Aparecido Cardoso. Contrato de trabalho realidade no direito do trabalho. 2ª ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 16-26.

129 Vilhena (1999, p. 214) afirma que “a direção empresarial desdobra-se em ações cupulares complexas que se classificam: 1. previsão; 2. organização; 3. comando; 4. coordenação e 5. controle”. Esse autor procura explicar cada uma dessas perspectivas da direção empresarial: “A organização e a coordenação constituem-se, via de regra, de atitudes impessoalmente dirigidas e dizem respeito às linhas gerais do desenvolvimento da atividade empresarial”. “O comando contém força executória direta sobre o pessoal e o controle assegura sua regularidade”. “A substância da vida empresarial, porém, não se explica sem previsão, e previsão significa garantia dos meios com que conta ou de que necessita a empresa para manter a regular marcha de seus negócios e de suas atividades”.

regulamentar¹³⁰, de controlar¹³¹ e de realizar a disciplina¹³² no âmbito da relação de emprego¹³³. Dentre elas, a que interessa ao presente estudo, consiste no poder de direção ou de organização da atividade produtiva. Assim, o empregador adquire um direito de direção contínua sobre a atividade do empregado durante o curso do contrato de trabalho, o que lhe permite utilizar a força de trabalho dos seus empregados no melhor interesse da empresa (GOMES; GOTTSCHALK, 1995, p. 67).

O poder empregatício é um tema plasmado em todo o Direito do Trabalho, tem despertado a atenção da doutrina trabalhista desde os primórdios desse ramo jurídico

130O poder regulamentar consiste na possibilidade de o empregador fixar regras a serem observadas pelos empregados. Trata-se de exteriorização do poder diretivo (DELGADO, 2018, p. 788). As normas regulamentares podem ser genéricas, dirigidas a todos os que encontram em determinada situação contratual, cujo descumprimento importa em indisciplina, e as normas específicas a determinado empregado com vistas à realização de um serviço, cujo descumprimento caracteriza insubordinação. Seja unilateral, seja compartilhado com os empregados (ou órgãos de representação), as normas regulamentares aderem ao contrato de trabalho. Gomes e Gottschalk (1995, p. 66) afirmam que o “poder regulamentar da empresa é ainda a mais eminente prerrogativa de seus dirigentes, a pedra de toque da disciplina interna, o sismógrafo que registra os abalos porque a passa a sua estrutura no Direito Contemporâneo”.

131O poder de controle, ou de fiscalização, consiste na possibilidade de o empregador acompanhar o cumprimento da prestação de serviço, como controle da frequência, dos horários de trabalho, utilização de câmeras de monitoramento, revistas pessoais, exigência de prestação de contas etc. Trata-se de uma prerrogativa, todavia, sujeita a limites impostos pela ordem jurídica e pela função social de seu exercício. Por isso, admitem-se

132Caracteriza o poder disciplinar na prerrogativa atribuída ao empregador de impor sanções aos empregados em face do descumprimento das obrigações legais e contratuais fixadas. A doutrina tem proposto que a democratização da sociedade deve transpor as barreiras da empresa e estabelecer um “crescente contingenciamento do poder disciplinar no âmbito da relação de emprego”, conforme ensina DELGADO (2018, p. 793), que cita Arion Sayão Romita: “A evolução geral, por via legislativa ou mediante negociação coletiva, demonstra que o poder disciplinar tende a despojar-se de seu primitivo caráter discricionário em proveito de uma 'normalização' justificada pela finalidade por ele perseguida e lastreada no intuito de proteger o assalariado” (2018, p. 794). Esse “contingenciamento”, aliás, resulta da percepção de que o poder disciplinar atribui ao empregador o papel de juiz do caso concreto, fundado em fatores subjetivos, discricionários, baseados em critérios de conveniência e oportunidade contaminados unicamente pelo seu interesse pessoal. Assim, parte da doutrina tem avançado para propor a tese do “poder disciplinar compartilhado”, em razão do qual (i) a aplicação da sanção disciplinar deve ser precedida de instauração de procedimento de investigação, no qual se possibilite o exercício da ampla defesa, (ii) participação sindical, (iii) fundamentação dos atos de punição, (iv) emissão de nota de culpa em caso de dispensa. Confira, neste particular: SANTOS, Enoque Ribeiro dos. Limites ao poder disciplinar do empregador. A tese do poder disciplinar compartilhado. In *Temas contemporâneos de direito material e processual do trabalho*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 153-178.

133O poder empregatício, por via de regra, possui como espaço de atuação o âmbito da relação de emprego. Isso significa que condutas do empregado desvinculadas do contrato de emprego não estão submetidas a tal atuação do empregador. Observe-se que antigo resqúicio que permitia a tutela da vida estatal – a admissão como figura de justa causa do bancário inadimplente (CLT, art. 508) – deixou de existir, ante a revogação desse artigo pela Lei 12.347/2010. A inovação inserida no art. 482, m, pela Lei 13.467/2017, que admite como hipótese de justa causa a perda das condições de habilitação profissional, possui íntima vinculação com o contrato de trabalho, especialmente porque está condicionado à inabilitação que resulta de conduta dolosa. Todavia, nas “organizações de tendência” tem-se admitido que o empregador possa invadir a esfera particular do empregado. As “organizações de tendência”, configuração pouco estudada no Brasil mas que conta com aprofundamento doutrinário e previsão normativa em diversos países, consistem nos empregadores que possuem uma proposta ideológica ou uma diretriz específica, expressamente fixada (como os sindicatos, escolas que adotam determinada linha religiosa etc.), em razão da livre iniciativa assegurada constitucionalmente, de forma que podem exigir que os seus empregados portadores de tendência (tendenzträger), “o trabalhador que exerce tarefas directamente dirigidas à realização da específica finalidade da organização, qualidade que pressupõe uma directa e imediata conexão da prestação desempenhada com o

(como se verifica nas diversas teorias que buscaram apresentar o seu fundamento) e guarda íntima relação com a discussão sobre a natureza jurídica do vínculo que une empregado e empregador¹³⁴.

De fato, rememorem-se as construções doutrinárias do início do século XX, especialmente na França, que buscavam explicar a natureza do vínculo trabalhista sob a perspectiva da “instituição” uma ideia concebida em busca de determinados fins, e que se objetiva mediante a adoção de certas regras sociais e que contam com uma comunhão de interesses, o que também pode ser chamado de “comunidade de trabalho” (CARDOSO, 2013, p. 71¹³⁵). Assim, poder-se-ia caracterizar a empresa como uma comunidade de império

interesse particular da entidade empregadora, de modo que tal tarefa significa a própria expressão das ideias da organização”, na lição de Reis (2001, p. 110) (REIS, Raquel Tavares dos. In Direitos, liberdades e garantias da pessoa do trabalhador despedido em razão da sua conduta extra-laboral. *Gestão e Desenvolvimento*, 10 (2001), p. 95-127. Disponível em: http://www4.crb.uucp.pt/Biblioteca/GestaoDesenv/GD10/gestaodesenvolvimento10_95.pdf. Acesso em: 24 dez. 2018.) Admitindo a validade do exercício do poder empregatício para além dos limites do âmbito da empresa, o seguinte julgado: "RECURSO DE REVISTA. JUSTA CAUSA - DESCUMPRIMENTO DE CLÁUSULA CONTRATUAL - EXIGÊNCIA QUE A EMPREGADA MANTENHA PESO CORPORAL EM NÍVEL COMPATÍVEL COM OS INTERESSES DA EMPRESA. Afigura-se razoável que, tratando-se a ora reclamada de uma empresa que pretende comercializar produtos e serviços voltados ao emagrecimento, estabeleça determinados padrões a serem observados por seus empregados, pois do contrário estará totalmente esvaziada qualquer mensagem ou discurso propagado pela – orientadora - do segmento. Assim sendo, não se verifica a alegada ilicitude e nulidade da cláusula regulamentar que exigia a manutenção do - peso ideal - da empregada que se propôs ao exercício das funções inerentes à atividade essencial da empregadora, qual seja, Vigilantes do Peso" (RR-2462-02.2010.5.02.0000, Data de Julgamento: 27/02/2013, Red. Min. Renato de Lacerda Paiva, 2. Turma, Data de Publicação: DEJT 26/03/2013).

134 Octavio Bueno Magano, por seu turno, apresenta ainda a “teoria do ato-condição” pela qual consiste na suficiência de um ato que “desencadeia a aplicação da lei existente, como nas hipóteses de casamento e de nomeação de funcionário público. Esse conceito de Duguit, sobre o ato-condição, foi transposto, por George Scelle, para o terreno da relação de trabalho, cuja efetividade, segundo ele, fica na dependência de um ato original, a que chama de ‘embauchage’, quer dizer, inserção no trabalho e que pode ter ou não origem contratual” (1993, p. 23) MAGANO, Octavio Bueno. *Manual de direito do trabalho – direito individual do trabalho – vol. II*, 4. ed, São Paulo: LTr, 1993.

Hirosê Pimpão realiza uma perscrutante pesquisa sobre o tema. PIMPÃO, Hirosê. *Das relações de emprego no Direito do Trabalho*. 2. ed. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1960, p. 78-87. Confira-se ainda: DELGADO, 2018, p. 795-802; MORAES FILHO, Evaristo de; MORAES, Antonio Carlos Flores. *Introdução ao direito do trabalho*. 11. ed. São Paulo: LTr, 2014, p. 236-239; NASCIMENTO, Amauri Mascaro. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 274-295.

A própria composição da comissão encarregada de elaborar a CLT reflete a dicotomia. Conforme Carmen Camino, essa composição era formada por dois contratualistas – Arnaldo Sussekind e José de Segadas Vianna, e por dois anticontratualistas, Luiz Augusto do Rego Monteiro e Dorval Lacerda. (CAMINO, Carmen. *Direito individual do trabalho*, 2. ed. Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 210). Essa composição resultou na redação do art. 442 da CLT, que buscou uma harmonização dessas correntes diametralmente opostas: “Contrato individual de trabalho é o acordo tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego”. Segundo Maranhão (1997), “Há, nessa definição, um misto de contratualidade e institucionalismo. Na verdade, girando em um círculo vicioso, ela nada esclarece a respeito daquilo que pretende explicar” (MARANHÃO, Délio. 1997, p. 243. In: SUSSEKIND, Arnaldo; et al. *Instituições de Direito do Trabalho*. I, 17. ed. 1997).

135 “Na Itália, essa teoria sustentou a tese da comunidade do trabalho, em que os trabalhadores se aderiam à empresa para perseguir os objetivos da produção nacional. Assim, a empresa era uma comunidade de trabalho, com vistas à produção. Com essa visão comunitária, não existia um feixe de relações particulares, mas uma única relação, na qual prevalecia a vontade coletiva, a qual, por sua vez, se sobrepunha aos interesses particulares” (2013, p. 71).

(SINZHEIMER *apud* GOMES; GOTTSCHALK, 1995, p. 66), com a “nuclearização de interesses, que se harmonizam e passam a formar um contexto social unitário, com vida normativa própria e que se destina à realização de certos fins” (VILHENA, 1999, p. 223).

Contemporânea a essa construção, a doutrina, especialmente na Alemanha, busca a explicação do vínculo empregatício como uma “relação de trabalho”, na qual “não existe ato volitivo criador de direitos e obrigações, mas sim um fato objetivo e independente de qualquer manifestação subjetiva, na constituição da relação jurídica trabalhista”, conforme explica Amauri Mascaro Nascimento (1992, p. 290).

Em comum a essas correntes – a teoria institucionalista e a teoria da relação de trabalho – o fato de a vontade do empregado ser desprezada: na instituição, ele adere ao “conjunto de ideias” representado pela empresa; na relação de trabalho, é suficiente a mera prestação de serviços. Utilizadas em desconformidade com valores da democracia e da dignidade da pessoa humana, afiguraram-se em espaço para experiências humanas traumatizantes¹³⁶.

É verdade que a situação fática do empregado, por via de regra, impossibilita que ele, premido pela necessidade de satisfazer às necessidades vitais suas e de seus familiares, tenha um maior espaço de negociação das condições contratuais. Todavia, ao contrário da teoria da relação de trabalho ou da instituição, a vontade do empregado é algo imprescindível para que o vínculo empregatício possa se formar, o que leva, inexoravelmente, à conclusão de que o liame que une o empregado ao empregador é um contrato de trabalho. Daí decorre que o poder empregatício tem como fundamento jurídico imediato o contrato de trabalho, enquanto feixe de direitos e deveres aos contratantes. “É o contrato, de fato, o elemento que melhor confere suporte à origem e reprodução jurídicas de tal fenômeno de poder”, como esclarece Maurício Godinho Delgado (2018, p. 799), atribuindo sobre o empregador a prerrogativa de estabelecer regras que regem a execução do contrato de trabalho.

Nesse particular, atribui-se a prerrogativa ao empregador em decorrência da opção normativa em razão da qual ele assume os riscos da atividade econômica (CLT, art. 2^o¹³⁷) e, portanto, deve ter o poder de organizar os fatores de produção com vistas à obtenção de lucros e, nas pessoas sem fins econômicos, no alcance de seu objeto social.

136A referência diz respeito à utilização, pelos regimes totalitários, da compreensão de que a pessoa é apenas um dado a integrar o interesse coletivo maior. Assim, o indivíduo simples integra um determinado corpo e, como tal, desenvolver suas atividades em prol dessa finalidade definida pelo Estado. No âmbito da relação de trabalho, empresa e empregado formam uma comunidade de trabalho, cabendo ao empregado direcionar suas forças exclusivamente em prol do objeto empresarial.

137“Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço”.

É importante salientar a opção pela epígrafe “poder empregatício”. A nomenclatura “poder hierárquico”, tradicionalmente utilizada, expressa uma ideia de subordinação absoluta do empregado aos ditames estabelecidos pelo empregador, e possui uma alta carga negativa, por apresentar uma face autoritária, com níveis de obediência pessoal, sendo incompatível com a noção de democratização do fenômeno intra-empresarial de poder, conforme ressalta Delgado (2018, p. 787), que complementa:

Como bem apontado por *Arion Sayão Romita*, a hierarquia “... importa um poder de senhoria do superior em face do inferior, do qual este não pode unilateralmente livrar-se”. Não é por outra razão que alguns juristas já tendem a considerar essa noção fundamentalmente como mero rescaldo do velho (e resistente) corporativismo.

A intervenção estatal na esfera da liberdade privada, aspecto inerente ao direito contratual contemporâneo, aliada ao caráter democrático no exercício das prerrogativas contratuais, afasta que se possa enxergar um poder absoluto ao empregador em razão da natureza contratual do vínculo empregatício. Não é algo recente, aliás, que o ordenamento jurídico estabelece parâmetros conformadores ao exercício das posições contratuais, mas algo constatado desde o início do Code de Napoleón. Na lição de Jean Cruet (*apud* MORAES FILHO, 1993, p. 65),

O contrato deixou de ser livre para tornar-se dirigido: um regime de regulamentação, de controle, sucedeu o domínio da autonomia das vontades privadas e da liberdade contratual; a concepção do protecionismo tende a repelir a do livre-câmbio; o individualismo revolucionário já viveu; o direito novo realização uma socialização ao mesmo tempo que uma “publicização” do contrato.

De fato, o poder empregatício está centrado na ideia de democracia no âmbito do contrato de trabalho, enquanto participação nos processos decisórios. Ainda que seja, na prática, algo amesquinhado – talvez fruto da compreensão de ser, a empresa, um patrimônio privado utilizado unicamente em favor do proprietário (concepção há muito ultrapassada, especialmente quando se observa que a Constituição Federal estabelece que “a propriedade atenderá a sua função social”: art. 5º, XXIII) –, a democracia como fundamento do poder empregatício afasta qualquer tentativa de enquadrar a sua natureza jurídica como um poder potestativo, uma vez que esse asseguraria uma prerrogativa absoluta ao seu titular, de forma a

atender os seus exclusivos e despóticos interesses¹³⁸. Deste modo, como expressou Luiz José de Mesquita (1950, p. 37),

Não pode haver na empresa, pois, uma supremacia de homem para homem, ou simplesmente uma superioridade humana dos superiores hierárquicos, em razão de qualquer prerrogativa, que por ventura eles tenham a não ser a funcional, assim mesmo dentro dos limites que protegem a pessoa humana operária.

Em realidade, como afirma Guimarães (2018, p. 108),

o empregador deve sempre considerar o empregado como um verdadeiro cidadão, em extrapolação das linhas próprias à sua identificação enquanto ser produtivo, tendo em vista que toda e qualquer possível qualificação oriunda de relações obrigacionais não retira – e não poderia mesmo retirar, indiferente sob qual amparo de elucubração teórica –, em qualquer hipóteses, a necessidade do respeito quanto à identificação do empregado como ser humano, tão logo protegido em sua dignidade desta condição decorrente".

Assim, o poder empregatício não significa um espaço aberto para que a vontade do seu titular, o empregador, possa ser exercida ilimitada e irrefletidamente. Ao contrário, não importa em nenhuma heresia (salvo a ofensa a espíritos humanos mais sensíveis e refratários à intervenção jurídica) que a ordem jurídica possa estabelecer limites e determinadas conformações ao exercício das prerrogativas patronal em proceder às alterações contratuais. Note-se que isso significa a preservação de uma esfera decisória intra-empresarial na pessoa do empregador, mas desde que exercitada segundo os parâmetros estabelecidos no ordenamento jurídico pátrio.

3.3 Alterações contratuais

Por ser uma relação jurídica que se desenvolve no curso do tempo, portanto, de caráter sucessivo, o contrato de trabalho está sujeito a sofrer alterações em seu conteúdo, tema que tem despertado a atenção doutrinária há bastante tempo¹³⁹.

138No mesmo sentido, cf. LIMA FILHO, Francisco das Chagas. Os direitos fundamentais e boa-fé como limites do poder diretivo empresarial. São Paulo: LTr, 2015. Como esse autor salienta, a "liberdade de empresa e a discricionabilidade do poder do empresário não são absolutos, pois, se assim fossem, se converteriam em arbitrariedade. Como qualquer outro poder ou direito, terá de adequar-se às limitações fixadas pelo ordenamento jurídico" (p. 77).

139Talvez o primeiro autor a tratar do assunto, de forma sistematizada, tenha sido Nélcio Reis, em sua obra *Alteração do Contrato de Trabalho*, publicado em 1948 pela editora Freitas Bastos. Hugo Gueiros Bernardes coordenou obra *O contrato de trabalho e sua alteração*, lançada em 1975, da qual tivemos acesso à sua 2ª edição. Da mesma forma, Umberto Grillo, em 1990, publica *Alteração do contrato de trabalho* (Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1990).

O primeiro critério de classificação consiste na natureza da alteração contratual, dividindo-se em subjetiva e objetiva. Essa última espécie ocorre com maior frequência por dizer respeito às cláusulas contratuais, ou seja, o conteúdo do contrato de trabalho. Já as alterações de natureza subjetiva dizem respeito aos sujeitos contratantes, a rigor, na pessoa do empregador, uma vez que o contrato de trabalho é firmado *intuitu personae* relativamente ao empregado; por isso, a figura da sucessão trabalhista, que tem chamado a atenção de diversos doutrinadores, é uma hipótese clara de alteração subjetiva do contrato de trabalho.

Outro critério utilizado pela doutrina consiste na origem da alteração normativa ou contratual. Ela pode ser normativa, quando decorre de texto legal (Constituição Federal, leis e medidas provisórias), do acórdão prolatado em dissídio coletivo, bem como aquelas estabelecidas em convenção coletiva de trabalho ou acordo coletivo de trabalho. Essas últimas, sediadas nas convenções e nos acordos coletivos de trabalho, chamam a atenção quanto à integração no contrato de trabalho, algo diretamente vinculado à estabilidade das normas: segundo a redação dada ao § 4º do art. 614 da CLT pela Lei 13.467/2017, expressamente adotou-se a corrente que propugna a não ultratividade das cláusulas fixadas nos textos convencionais¹⁴⁰. Segundo o critério em análise, também existem as alterações contratuais, que são aquelas que resultam por iniciativas das próprias partes. A rigor, essas alterações estão condicionadas à inexistência de prejuízos aos empregados (CLT, art. 468), salvo situações bastante específicas.

Também tem sido explorado o critério da obrigatoriedade das mudanças contratuais, uma vez que essas podem ser imperativas ou obrigatórias, impostas independentemente da vontade dos contratantes, e decorrem quase sempre (embora, não necessariamente¹⁴¹) das

140Segundo o novel texto legislativo, “Não será permitido estipular duração de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho superior a dois anos, sendo vedada a ultratividade”. Por seu turno, o En 277 do TST possui a seguinte redação: “CONVENÇÃO COLETIVA DE TRABALHO OU ACORDO COLETIVO DE TRABALHO. EFICÁCIA. ULTRATIVIDADE. As cláusulas normativas dos acordos coletivos ou convenções coletivas integram os contratos individuais de trabalho e somente poderão ser modificadas ou suprimidas mediante negociação coletiva de trabalho”. Tal texto funda-se na parte final do § 2º do art. 114 da Constituição Federal: “Recusando-se qualquer das partes à negociação coletiva ou à arbitragem, é facultado às mesmas, de comum acordo, ajuizar dissídio coletivo de natureza econômica, podendo a Justiça do Trabalho decidir o conflito, respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente”.

Trata-se, é verdade, de um tema polêmico, uma vez que há entendimento no sentido de que o texto constitucional não permitiria tal leitura. O STF, por meio de voto do ministro Gilmar Mendes, na ADPF 323, concedeu liminar para a “suspensão de todos os processos em curso e dos efeitos de decisões judiciais proferidas no âmbito da Justiça do Trabalho que versem sobre a aplicação da ultratividade de normas de acordos e de convenções coletivas, sem prejuízo do término de sua fase instrutória, bem como das execuções já iniciadas”.

141Além de sentenças normativas e a negociação coletiva poderem impor as alterações, o próprio contrato também pode fazê-lo. Como exemplo, a previsão contratual no sentido de que após determinado tempo de emprego haja uma progressão ou promoção funcional.

alterações normativas, ou podem ser alterações voluntárias, tomadas por iniciativa das partes, vinculadas às alterações contratuais, e que podem ser unilaterais ou bilaterais.

Quanto aos efeitos em relação à condição do empregado, as alterações podem ser benéficas, amplamente admitidas, e prejudiciais, a princípio, interditas, salvo se estiverem dentro do espaço do *jus variandi* extraordinário.

Quanto ao objeto sobre o qual recaem, as alterações contratuais podem ser quantitativas, por incidirem sobre o montante das prestações (a intensidade de trabalho, a extensão da jornada, o salário), qualitativas, por dizerem respeito à natureza das prestações (o tipo de trabalho, a função etc.), e circunstanciais, porque dizem respeito ao ambiente ou organização do trabalho (local de trabalho, a forma de cálculo do salário). Registra-se que uma alteração contratual pode ser, ao mesmo tempo, qualitativa e quantitativa, como ocorre na reversão ao cargo efetivo.

A ampla gama de alterações do contrato de trabalho está conformada por duas diretrizes básicas: a inalterabilidade prejudicial ao empregado e o *jus variandi* do empregador¹⁴². Tratam-se de dois vetores, apenas aparentemente contraditórios, pois, ao final, resultam em uma conciliação dos interesses existentes no contrato de trabalho, intimamente relacionados com os princípios da proteção e da continuidade. Assim, da mesma forma que ocorre com as aeronaves, cuja flexibilidade das asas impede que sejam causados maiores danos à estrutura e mantém a integridade desses veículos, justamente essas diretrizes viabilizam alterações contratuais em um contexto no qual, se não fossem elas, a única solução seria o encerramento do vínculo de emprego. De fato, se não fosse a possibilidade de alteração do horário de trabalho, ou da transferência do empregado, ou a reversão ao cargo, ter-se-ia inexoravelmente a dispensa do empregado e a contratação de outra pessoa para atender à nova necessidade do empregador.

Diretamente resultante do princípio da proteção, a coluna vertebral do Direito do Trabalho, a primeira diretriz – inalterabilidade contratual lesiva – é uma regra especial do Direito do Trabalho e estabelece a impossibilidade de que sejam realizadas alterações contratuais prejudiciais aos interesses do empregado. Embora essa diretriz decorra diretamente do princípio da inalterabilidade contratual, de assento na teoria geral dos contratos, ocorre uma adequação compatibilizatória com o Direito do Trabalho, no qual não se

¹⁴²Parte da doutrina nacional insere uma terceira diretriz, qual seja o poder de resistência assegurado ao empregado, em razão do qual o empregado pode opor-se, de forma válida, às alterações contratuais ilícitas realizadas pelo empregador (sobre o tema: VIANA, Márcio Túlio. *Direito de Resistência*. LTr: São Paulo, 1996). Todavia, entende-se que ele seja decorrente da primeira diretriz e surge apenas em caso de concretização patológica da segunda diretriz citada. Por isso, sem olvidar a importância do *jus resistentiae*, não a enxergamos como uma diretriz autônoma.

aplica a teoria da imprevisão, de forma que mudanças substanciais na realidade econômica não autorizam a retirada de direitos dos empregados.

Outra diretriz relativa ao tema das alterações contratuais diz respeito ao *jus variandi* do empregador.

Fundado no poder empregatício, o *jus variandi* corresponde ao conjunto de prerrogativas atribuídas ao empregador para ajustar, adequar e alterar as circunstâncias e critérios da prestação laborativa pelo empregado, observados os parâmetros normativos e, extraordinariamente, face a uma permissão legal, modificar conteúdo essencial do próprio contrato de trabalho (DELGADO, 2018, p. 1208). O *jus variandi* é, assim, o poder empregatício em movimento (VIANA, 1996, p. 214), e pode ser dividido em ordinário, alterações contratuais realizadas no vácuo normativo, e extraordinário, quando há prévia admissão para que ocorram as alterações.

Assim, em razão do *jus variandi*, o empregador possui a prerrogativa de realizar alterações no conteúdo do contrato de trabalho observados os limites estabelecidos no ordenamento jurídico. Essas alterações podem ser enquadradas em 5 (cinco) grupos (DELGADO, 2018, p. 1.211-1.213): a) modificações na forma ou circunstâncias da prestação do trabalho que não estejam previstas legal ou contratualmente; b) modificações favoráveis aos empregados, amplamente incentivadas; c) modificações desfavoráveis aos empregados, de caráter provisório, que decorrem do dever de lealdade e colaboração do empregado; d) modificações desfavoráveis aos empregados, de caráter permanente, que ocorrem dentro do espaço legitimamente fixado pelo ordenamento jurídico; e) modificações realizadas sob o pálio da negociação coletiva. O exercício do *jus variandi* realizado fora dessas hipóteses será considerado como ilícito, autorizando o controle judicial das alterações perpetradas pelo empregador.

No interesse do presente estudo, o exercício do *jus variandi* por parte do empregador correspondente à letra "d", *supra*, consiste nas alterações contratuais lesivas aos empregados, porém autorizadas legalmente. Trata-se de nítida concretização do *jus variandi* extraordinário, que consiste na possibilidade que o empregador possui de alterar o contrato de trabalho nas hipóteses expressamente regulamentadas pelas ordenamento pátrio como propícias para as mudanças contratuais.

Uma das diversas¹⁴³ situações que configuram a alteração contratual permanente consiste na reversão¹⁴⁴ ao cargo definitivo do empregado que ocupa cargo ou função de confiança.

A confiança é um elemento essencial na relação jurídica trabalhista. Sem confiança entre os sujeitos, o contrato de trabalho não se forma nem se desenvolve. O empregado e o empregador devem manter presente o elemento fiduciário na fase de pontuação como também durante a execução do vínculo de emprego, sem o qual tal vínculo não chega a existir ou deixa de subsistir, inclusive sob a figura da justa causa.

Trata-se da figura comum de confiança, ou de caráter subjetivo (MARANHÃO, 1997, p. 315), ou ainda, de um nível ordinário de confiança, inerente a todo contrato de trabalho, por mais distantes que estejam hierárquica e fisicamente os contratantes. Além dessa figura, o ordenamento pátrio estabelece outros níveis de fideiúcia, a apresentar uma regência especial – quase sempre, porém, com o fito de restrição de direitos dos trabalhadores. Não se trata, é verdade, de algo exclusivo do ordenamento brasileiro, uma vez que a Convenção nº 1 da OIT, que trata do horário de trabalho na indústria, exclui de seu regime aquele que ocupa cargo de confiança (art. 2º, a); da mesma forma, na Argentina, o art. 1º da Ley 11.544/33 exclui os diretores e gerentes do regime horário. Atento à realidade social e à economia empresarial, o ordenamento brasileiro reconhece que há empregados que ocupam uma posição elevada na estrutura organizacional do empregador que, muitas vezes, com este se confunde e, por isso, não estão sujeitos ao controle horário. Assim, como afirma Maranhão (1997, p. 315), essa

confiança torna-se um elemento ‘objetivo’ da relação, quando se revela, com caráter preponderantemente, pela própria natureza da função que o emprego é chamado a exercer. É o caso do cargo, cujo exercício não se concebe senão com a expressão de uma *absoluta* confiança do empregador na pessoa do empregado (grifos do autor).

143 Isso porque podem ser imaginadas outras situações: a) transferência definitiva do local de trabalho (CLT, art. 469, § 3º), o que sequer enseja o pagamento de adicional de transferência, condicionado que é à transitoriedade da mudança; b) alteração, ou redução, da zona de trabalho do vendedor praticista (Lei 3.207/57, art. 2º, § 2º); c) alteração dos critérios de cálculo de comissões, quando previstos contratualmente etc.

144 Essa figura distingue-se da retrocessão, que é o retorno ao cargo definitivo após o empregado ter ocupado outro cargo posicionado em nível superior na hierarquia funcional do empregador; note-se que, nesse caso, o cargo superior não era considerado como de confiança especial. Grillo (1990, p. 71) reputa essa hipótese como rebaixamento, “deslocamento do empregado para uma categoria inferior à sua”. Delgado (2018, p. 1220), por seu turno, entende como rebaixamento a conduta punitiva realizada pelo empregador. Em comum a esses autores o entendimento no sentido de que, quer se trate de retrocessão, quer se trate de rebaixamento, é uma hipótese não admitida no ordenamento brasileiro porque, prejudicial ao empregado, não está presente o caráter precário que é inerente aos cargos de confiança.

São os cargos de confiança, cuja primeira, e mais expressiva figura, refere-se ao gerente, conforme previsto no art. 62, II, CLT:

Art. 62 - Não são abrangidos pelo regime previsto neste capítulo:

II - os gerentes, assim considerados os exercentes de cargos de gestão, aos quais se equiparam, para efeito do disposto neste artigo, os diretores e chefes de departamento ou filial.

Até dezembro de 1994, o regramento exigia que o empregado fosse investido de mandato, exercesse cargo de gestão e tivesse um padrão salarial mais elevado. Bem se vê que o conceito guardava correspondência com a noção construída por Mario de La Cueva: *alter ego* do empregador, capaz de colocar em risco a própria existência da empresa e comprometimento de sua atividade.¹⁴⁵

Todavia, com a edição da Lei 8.966/1994, houve a especificação de qual seria o padrão salarial superior, qual seja, o empregado deve ganhar no mínimo, 40% em relação ao cargo efetivo. Por outro lado, houve uma sensível ampliação do espectro de alcance do que se compreende como cargo de confiança e, conseqüentemente, da exclusão ao regime horário. Com efeito, não mais se restringe ao empregado que ocupa o cume da estrutura organizacional, o gerente, pois passou a alcançar também os chefes e diretores de departamento e filial. Como chefe de filial, é a máxima autoridade nessa unidade produtiva, ainda que haja subordinação dessa unidade à matriz. Já como chefe de departamento, pode estar sujeito a outras pessoas na própria unidade, desde que, naquela fração produtiva (o departamento), ele seja a autoridade máxima e, a par disso, suas atividades mostrem uma absoluta liberdade horária. Ainda, deixou de exigir a figura do mandato. Verifica-se, portanto, uma ampliação do rol de cargos alcançados pela nova tipificação, não se restringindo, portanto, aos epítetos utilizados no texto legal. Nesse sentido, a doutrina afirma que “a expressão ‘gerente’, constante no artigo, é exemplificativa, o que se depreende da própria leitura do final do comando normativo que alude, como equiparados, à figura dos diretores e chefes de departamento” (GUIMARÃES, 2018, p. 247). Assim, mais do que o título emprestado pelo empregador, importa o conteúdo de atribuições do empregado e, especialmente, a sua posição na estrutura hierárquica do empregador, não se satisfazendo com posições intermediárias e que não representem algum tipo de risco considerável à atividade empresarial. É, assim, “o empregado que administra o estabelecimento, ou aquele que chefia

145“Em princípio, serão de confiança aqueles cargos cujo exercício coloque em jogo – como diz La Cueva – a própria existência da empresa, seus interesses fundamentais sua segurança e a ordem essencial do desenvolvimento de sua atividade” (MARANHÃO, 1997, p. 315).

determinado setor vital para os interesses do estabelecimento”, conforme ensina Délio Maranhão (1997, p. 316).

Além dessa configuração, outra situação de confiança extraordinária diz respeito aos empregados bancários que exerçam funções de direção, gerência, fiscalização, chefia ou equivalentes, conforme previsto no § 2º do art. 224 da CLT:

As disposições deste artigo não se aplicam aos que exercem funções de direção, gerência, fiscalização, chefia e equivalentes ou que desempenhem outros cargos de confiança desde que o valor da gratificação não seja inferior a um terço do salário do cargo efetivo.

Essa configuração de uma confiança extraordinária ou objetiva, isto é, diferenciada da confiança inerente a todo empregado, na realidade, tem como objetivo principal estabelecer a restrição quanto a certos direitos.

A primeira e mais perceptível restrição de direitos diz respeito ao regime horário¹⁴⁶, conforme estabelece o art. 62, da CLT, que os exclui não somente da limitação de jornada, mas também da regência legal relativa ao adicional noturno, intervalos intra e interjornadas. Isso ocorre porque o ocupante do cargo de confiança previsto no art. 62, I, da CLT, atua como se fosse o próprio empregador, de forma que parece ser intuitivo que esse empregado goze de liberdade horária, podendo comparecer ao trabalho quando bem entender, ausentar-se a qualquer momento ou sequer comparecer, de forma que a imposição de horários fixos importaria em uma rigidez incompatível com o exercício de suas atribuições¹⁴⁷. Já na hipótese do art. 224, § 2º, da CLT, o que se pretende é aplicar o regime horário comum também aos bancários, inicialmente sujeitos a uma jornada de 6 (seis) horas.

Uma segunda restrição à esfera de direitos consiste no fato de que os empregados ocupantes de cargo de confiança, mesmo não existindo previsão contratual, podem ser transferidos de local de trabalho, condicionada, tão somente, à necessidade do trabalho (art. 469, CLT¹⁴⁸).

Outra restrição no tocante à titularidade de direitos diz respeito à impossibilidade de os ocupantes de cargos de confiança alcançarem a estabilidade decenal. Ainda que tenha se

146 Não afasta, todavia, o direito ao descanso semanal remunerado, seja pela posição topográfica em que o dispositivo legal se situa, fora da Lei 605/49, seja porque inexistem razões que justifiquem tal exclusão.

147 Justamente essa característica afasta a imputação de inconstitucionalidade desse dispositivo.

148 “Art. 469 - Ao empregador é vedado transferir o empregado, sem a sua anuência, para localidade diversa da que resultar do contrato, não se considerando transferência a que não acarretar necessariamente a mudança do seu domicílio.

§ 1º - Não estão compreendidos na proibição deste artigo: os empregados que exerçam cargo de confiança e aqueles cujos contratos tenham como condição, implícita ou explícita, a transferência, quando esta decorra de real necessidade de serviço”.

esvaído em razão das alterações jurídicas, essa estabilidade não era acessível aos ocupantes do cargo de confiança, conforme estabelecido no art. 499 da CLT¹⁴⁹.

Por fim, e que diz respeito ao presente estudo, ainda no contexto das restrições de direitos de empregados que ocupam cargo de confiança, tem-se a previsão contida no § 1º do art. 468 da CLT: “Não se considera alteração unilateral a determinação do empregador para que o respectivo empregado reverta ao cargo efetivo, anteriormente ocupado, deixando o exercício de função de confiança”.

Assim, o fato de o empregado ocupar um cargo ou função de confiança importa em um precário exercício, que é vinculado à fidúcia especial ensejadora daquela posição, é dizer, se, e enquanto se, o empregador entender que subsistem motivos que justificam a permanência do empregado nesse encargo especial. Portanto, a destituição do cargo ou função de confiança é inerente ao poder empregatício, e cercear ao empregador essa faculdade importaria em nítida violação ao *jus variandi*, assegurado juridicamente. Deste modo, o comissionamento, em princípio, não gera direito à permanência, dada a sua natureza transitória, que legitima a determinação patronal de retorno ao cargo efetivo (CÔRTEZ, 1986, p. 189).

Isso significa que o empregado não adquire o direito à manutenção no cargo ou função de confiança, podendo ocorrer a reversão a qualquer momento, face ao exercício do poder empregatício por parte do empregador.

Inerente à reversão ao cargo definitivo, ocorre também a perda da gratificação salarial resultante do exercício da função de confiança. Afinal, trata-se de uma parcela salarial condicional, é dizer, vinculada a uma determinada situação fática que, inexistente, a torna indevida.

Ocorre, portanto, uma redução salarial, a princípio, lícita.

Percebe-se, portanto, a existência de dois interesses contrapostos. O primeiro deles consiste na licitude da reversão ao cargo definitivo do empregado ocupante da função de confiança, lícito espaço de exercício do *jus variandi* do empregador. A natureza extraordinária desse *jus variandi*, por corresponder a um espaço expressamente previsto na legislação, impede que o Poder Judiciário atue de forma a coarctar o poder empregatício do empregador. O segundo interesse presente consiste no fato de que “presença do empregado no cargo de confiança por longos anos tendia a produzir uma incorporação patrimonial e cultural efetivas,

149“Não haverá estabilidade no exercício dos cargos de diretoria, gerência ou outros de confiança imediata do empregador, ressalvado o cômputo do tempo de serviço para todos os efeitos legais”.

pelo obreiro, do parâmetro remuneratório próprio a esse cargo, tornando extremamente prejudicial a reversão e suas consequências” (DELGADO, 2018, p. 1.219).

A jurisprudência trabalhista, buscando conciliar os dois interesses em colisão – preservação do padrão financeiro e a estabilidade econômica e social do empregado, sem coarctar o livre exercício do poder empregatício, até porque o texto legal é de uma clareza palmar –, reconheceu a validade do *jus variandi* extraordinário consistente na reversão contratual, bem como a integração da gratificação de função quando percebida por longo tempo.

Assim, pela Resolução 14/1985, de 14.09.85, o TST editou o En. 209 do TST, que expressamente continha a seguinte redação: “CARGO EM COMISSÃO. REVERSÃO. A reversão do empregado ao cargo efetivo implica a perda das vantagens salariais inerentes ao cargo em comissão, salvo se nele houver permanecido 10 (dez) ou mais anos ininterruptos”.

Esse texto, todavia, teve uma vida bastante curta, pois já em novembro desse mesmo ano, por meio da Resolução 81/1985, houve o seu cancelamento.

Ao contrário do que possa parecer¹⁵⁰, o cancelamento não se deu como forma de expressar um posicionamento pretoriano contrário à integração da gratificação no salário do empregado, mas sim pela rigidez que ela estabelecia, tanto que em 25/11/96 foi publicada a Orientação Jurisprudencial (OJ) nº 45 da SbDI-I do TST, a qual dispunha que a gratificação de função, quando percebida por mais de 10 (dez) anos somente poderia ser suprimida se a reversão do empregado ao cargo definitivo ocorresse por justo motivo. Essa OJ foi, posteriormente, convertida no item I do En. 372 do TST, com a seguinte redação:

GRATIFICAÇÃO DE FUNÇÃO. SUPRESSÃO OU REDUÇÃO. LIMITES. I - Percebida a gratificação de função por dez ou mais anos pelo empregado, se o empregador, sem justo motivo, revertê-lo a seu cargo efetivo, não poderá retirar-lhe a gratificação tendo em vista o princípio da estabilidade financeira.

¹⁵⁰Em sentido contrário, registra-se a manifestação de Oliveira (1993, p. 532), para quem o texto estava em contradição com a jurisprudência específica. OLIVEIRA, Francisco Antônio de. Comentários aos enunciados do TST. 2ª ed. 1993, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

Portanto, o posicionamento pretoriano caminhou no sentido da preservação financeira em caso de exercício por longo prazo¹⁵¹, assegurando-se ao empregador a supressão da parcela caso houvesse motivo à reversão.

Na realidade, todo o modelo jurídico-trabalhista é construído a partir, também, da estabilidade financeira decorrente da ideia de um habitual recebimento de valores.

Com efeito, esse é um dos critérios, por exemplo, para definir a natureza jurídica de determinada parcela, se salarial ou se indenizatória. Da mesma forma, também em outros aspectos, a habitualidade lança luzes informativas para que haja uma definição sobre as consequências financeiras de determinado pagamento. Em uma tentativa de apresentar as situações consolidadas jurisprudencialmente (sem a pretensão de esgotá-las), vê-se a presença do padrão “habitualidade”:

- a) En. 24: “SERVIÇO EXTRAORDINÁRIO. Insere-se no cálculo da indenização por antigüidade o salário relativo a serviço extraordinário, desde que habitualmente prestado”;
- b) En. 45: “SERVIÇO SUPLEMENTAR. A remuneração do serviço suplementar, habitualmente prestado, integra o cálculo da gratificação natalina prevista na Lei nº 4.090, de 13.07.1962”;
- c) En. 60, I: “ADICIONAL NOTURNO. INTEGRAÇÃO NO SALÁRIO E PRORROGAÇÃO EM HORÁRIO DIURNO. I - O adicional noturno, pago com habitualidade, integra o salário do empregado para todos os efeitos”;
- d) En. 94: “HORAS EXTRAS (cancelado). O valor das horas extraordinárias habituais integra o aviso prévio indenizado”;
- e) En. 115: “HORAS EXTRAS. GRATIFICAÇÕES SEMESTRAIS. O valor das horas extras habituais integra a remuneração do trabalhador para o cálculo das gratificações semestrais”;
- f) En. 151: “FÉRIAS. REMUNERAÇÃO (cancelada) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003 A remuneração das férias inclui a das horas extraordinárias habitualmente prestadas”;
- g) En. 172: “REPOUSO REMUNERADO. HORAS EXTRAS. CÁLCULO. Computam-se no cálculo do repouso remunerado as horas extras habitualmente prestadas”;
- g) En. 85, IV: “A prestação de horas extras habituais descaracteriza o acordo de compensação de jornada. Nesta hipótese, as horas que ultrapassarem a jornada

¹⁵¹Ainda que não contínuos. Nesse sentido, a seguinte manifestação pretoriana: “(...). O fato de haver interrupção do exercício do cargo de confiança ou função gratificada, por si só, não enseja contrariedade à Súmula nº 372 deste Tribunal Superior. Tal ilação decorre tanto da perspectiva histórica da diretriz jurisprudencial em apreço, que culminou na supressão do termo ‘ininterruptos’; quanto pelo fato de tal circunstância não se constituir, necessariamente, em elemento determinante à descaracterização da existência do equilíbrio financeiro do obreiro, aspecto que envolve o princípio norteador do referido verbete sumular. Embargos conhecidos e providos "(E-ED-RR- 4400-66.2007.5.03.0022, Rel. Min. Maria de Assis Calsing, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, DEJT 19/11/2010)”.

semanal normal deverão ser pagas como horas extraordinárias e, quanto àquelas destinadas à compensação, deverá ser pago a mais apenas o adicional por trabalho extraordinário”;

h) En. 76: “HORAS EXTRAS (cancelada). O valor das horas suplementares prestadas habitualmente, por mais de 2 (dois) anos, ou durante todo o contrato, se suprimidas, integra-se ao salário para todos os efeitos legais”;

i) En. 251: “PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS. NATUREZA SALARIAL. (cancelamento mantido). A parcela participação nos lucros da empresa, habitualmente paga, tem natureza salarial, para todos os efeitos legais”;

j) En. 291: “HORAS EXTRAS. HABITUALIDADE. SUPRESSÃO. INDENIZAÇÃO. A supressão total ou parcial, pelo empregador, de serviço suplementar prestado com habitualidade, durante pelo menos 1 (um) ano, assegura ao empregado o direito à indenização correspondente ao valor de 1 (um) mês das horas suprimidas, total ou parcialmente, para cada ano ou fração igual ou superior a seis meses de prestação de serviço acima da jornada normal. O cálculo observará a média das horas suplementares nos últimos 12 (doze) meses anteriores à mudança, multiplicada pelo valor da hora extra do dia da supressão”;

l) En. 347: “HORAS EXTRAS HABITUAIS. APURAÇÃO. MÉDIA FÍSICA. O cálculo do valor das horas extras habituais, para efeito de reflexos em verbas trabalhistas, observará o número de horas efetivamente prestadas e a ele aplica-se o valor do salário-hora da época do pagamento daquelas verbas”;

m) En. 376, II: “O valor das horas extras habitualmente prestadas integra o cálculo dos haveres trabalhistas, independentemente da limitação prevista no ‘caput’ do art. 59 da CLT”;

n) En. 437, IV: “Ultrapassada habitualmente a jornada de seis horas de trabalho, é devido o gozo do intervalo intrajornada mínimo de uma hora, obrigando o empregador a remunerar o período para descanso e alimentação não usufruído como extra, acrescido do respectivo adicional, na forma prevista no art. 71, caput e § 4º da CLT”;

o) OJ¹⁵² 394 (SbDI-1): “REPOUSO SEMANAL REMUNERADO – RSR. INTEGRAÇÃO DAS HORAS EXTRAS. NÃO REPERCUSSÃO NO CÁLCULO DAS FÉRIAS, DO DÉCIMO TERCEIRO SALÁRIO, DO AVISO PRÉVIO E DOS DEPÓSITOS DO FGTS. A majoração do valor do repouso semanal remunerado, em razão da integração das horas extras habitualmente prestadas, não repercute no cálculo das férias, da gratificação natalina, do aviso prévio e do FGTS, sob pena de caracterização de ‘bis in idem’¹⁵³”;

¹⁵²Orientações jurisprudenciais são os entendimentos consolidados emanados de um órgão fracionário do TST, a Seção de Dissídios Individuais, dividida em Subseção 1, cuja competência, genericamente falando, corresponde à análise dos recursos em reclamatórias individuais oriundas desde as varas do trabalho, e Subseção 2, com competência recursal em caso de ações oriundas dos TRT e também competência originária, tudo, todavia, vinculado ao caráter individual do objeto litigioso. Paralelamente, existe a Seção de Dissídios Coletivos, como o próprio nome explicita, tem como objeto as ações com objeto de natureza coletiva, tanto recursal quanto originárias.

¹⁵³Essa redação, contudo, sofreu alteração, tendo em vista que a SDI-1 entendeu que também as férias, 13º salário, aviso prévio e FGTS devem ser calculados com o descanso semanal remunerado decorrente das horas extras. Nesse sentido, o IRR 10169-57.2013.05.0024, suspenso o julgamento para que seja “ouvida a Comissão de Jurisprudência e Precedentes Normativos desta Corte Superior, submeter à elevada apreciação do Tribunal Pleno a questão relativa à revisão ou cancelamento, se for o caso, da Orientação Jurisprudencial nº 394 SbDI-1 do TST, uma vez que a maioria dos ministros votava em sentido contrário ao disposto na referida Orientação Jurisprudencial”.

p) OJ 413 (SDI-1): “AUXÍLIO-ALIMENTAÇÃO. ALTERAÇÃO DA NATUREZA JURÍDICA. NORMA COLETIVA OU ADESÃO AO PAT. A pactuação em norma coletiva conferindo caráter indenizatório à verba ‘auxílio-alimentação’ ou a adesão posterior do empregador ao Programa de Alimentação do Trabalhador — PAT — não altera a natureza salarial da parcela, instituída anteriormente, para aqueles empregados que, habitualmente, já percebiam o benefício, a teor das Súmulas nos 51, I, e 241 do TST”;

q) OJ transitória¹⁵⁴ nº 2 (SbDI-1): “CSN. LICENÇA REMUNERADA É devido o valor das horas extras até então habitualmente prestadas”;

r) OJ transitória nº 72 (SbDI-1): “PETROBRAS. DOMINGOS E FERIADOS TRABALHADOS. REGIME DE TURNOS ININTERRUPTOS DE REVEZAMENTO. PAGAMENTO EM DOBRO CONCEDIDO POR LIBERALIDADE DO EMPREGADOR. INCORPORAÇÃO AO CONTRATO DE TRABALHO. SUPRESSÃO UNILATERAL. ACORDO COLETIVO POSTERIOR QUE VALIDA A SUPRESSÃO. RETROAÇÃO DA NORMA COLETIVA. IMPOSSIBILIDADE. O pagamento em dobro, concedido por liberalidade da empresa, dos domingos e feriados trabalhados de forma habitual pelo empregado da Petrobras submetido ao regime de turnos ininterruptos de revezamento não pode ser suprimido unilateralmente, pois é vantagem incorporada ao contrato de trabalho, nos termos do art. 468 da CLT. Assim, o acordo coletivo, posteriormente firmado, somente opera efeitos a partir da data de sua entrada em vigor, sendo incabível a utilização da norma coletiva para regular situação pretérita”.

Essas manifestações pretorianas expressam, portanto, de forma clara, que a habitualidade é um fator umbilicalmente ligado ao Direito do Trabalho.

Como visto, no sistema anterior, havia uma manifestação pretoriana que lograva êxito em conciliar os interesses em jogo: o interesse do empregador, ao exercer o seu poder empregatício, em reverter o empregado ao cargo definitivo; e o interesse do empregado, em ver preservado o seu padrão salarial quando não houvesse motivo para a reversão. Com a Lei 13.467/17, no entanto houve orientação em sentido diverso, uma vez que o texto normativo tratou expressamente do tema, ao determinar, no art. 468 da CLT o seguinte:

§ 1º Não se considera alteração unilateral a determinação do empregador para que o respectivo empregado reverta ao cargo efetivo, anteriormente ocupado, deixando o exercício de função de confiança.

§ 2º A alteração de que trata o § 1º deste artigo, com ou sem justo motivo, não assegura ao empregado o direito à manutenção do pagamento da gratificação correspondente, que não será incorporada, independentemente do tempo de exercício da respectiva função.

Entendemos que, a despeito dessa redação legal, em algumas situações ela não prevalece por contrariar, a um só tempo, os postulados básicos do Direito do Trabalho, como visto, mas também o princípio da segurança jurídica que deve haver sob o prisma da proteção

¹⁵⁴Algumas manifestações da SbDI-1, por dizerem respeito a texto legal que fora revogado, ou por decorrerem de conflitos surgidos com uma pessoa específica, foram nominados de “orientações jurisprudenciais transitórias”.

da legítima confiança do empregado na estabilidade de sua condição pessoal (como visto no item 2.6), violando, também, a boa fé objetiva inerente à relação jurídica.

3.4 Boa-fé objetiva no Direito do Trabalho

Até a Lei 13.467/2017, as normas trabalhistas positivadas conheciam apenas uma única referência ao elemento “fé”, conforme salienta Leonel Maschietto (2007, p. 72), qual seja o art. 628, § 3º, da CLT¹⁵⁵.

Com a reforma trabalhista, por outro lado, foi incorporado, no ordenamento processual trabalhista, regramento similar àquele conferido pelo processo comum para o tema “litigância”¹⁵⁶, de forma a buscar a increpação do litigante que se comporte de forma contrária a determinados padrões éticos que se esperam dos litigantes. Não que anteriormente fosse um instituto desconhecido do processo do trabalho, cuja concretização ocorria mediante processo hermenêutico de integração normativa. Essa inovação legal expressa uma íntima vinculação do texto normativo com a busca de uma litigância responsável no processo do trabalho¹⁵⁷, como igualmente ocorre na previsão de honorários advocatícios sucumbenciais ainda que concedida a justiça gratuita, ou no pagamento de custas, caso ajuizada nova ação na hipótese de arquivamento sem comprovação de justo motivo da ausência, ou ainda pelo ônus de apresentação dos valores para os pedidos.

155“Art. 628. § 3º Comprovada má fé do agente da inspeção, quanto à omissão ou lançamento de qualquer elemento no livro, responderá ele por falta grave no cumprimento do dever, ficando passível, desde logo, da pena de suspensão até 30 (trinta) dias, instaurando-se, obrigatoriamente, em caso de reincidência, inquérito administrativo”.

156“Art. 793-A. Responde por perdas e danos aquele que litigar de má-fé como reclamante, reclamado ou interveniente.”

“Art. 793-B. Considera-se litigante de má-fé aquele que:

I - deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso;

II - alterar a verdade dos fatos;

III - usar do processo para conseguir objetivo ilegal;

IV - opuser resistência injustificada ao andamento do processo;

V - proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo;

VI - provocar incidente manifestamente infundado;

VII - interpor recurso com intuito manifestamente protelatório”.

157É certo que alguns entendem tratar-se de uma opção de nítida tentativa de restringir o acesso ao Judiciário por parte dos trabalhadores. Nesse sentido, Almeida (2018, p. 342) afirma que “tais afirmações, que aqui são reiteradas, não autorizam olvidar que a reforma trabalhista utilizou a disciplina da punição da litigância de má-fé para inibir o acesso à justiça, por meio da ameaça de punição, sendo de suma relevância recordar que dificultar o acesso à justiça é fazer o mesmo em relação aos direitos assegurados pela ordem jurídica, o que ganha relevância quando se trata de direitos que são reconhecidos com a pretensão de garantir a equitativa distribuição de rendas, a liberdade em relação à necessidade de condições dignas de vida”. ALMEIDA, Cleber Lúcio. A responsabilidade pela reparação de danos processuais na reforma trabalhista. In: HORTA, Denise Alves; et al. (coord.). **Direito do Trabalho e Processo do Trabalho: reforma trabalhista: principais alterações – atualizado de acordo com a MP n. 808 de 14 de novembro de 2017**. São Paulo: LTr, 2018.

Talvez seja possível enxergar em alguns dispositivos trazidos pela Lei 13.467/17 situações que concretizam o princípio da boa-fé, como ocorre, por exemplo, com a admissão dos acordos extrajudiciais (CLT, art. 855B-855-E), a dispensa da homologação sindical nos acordos rescisórios dos empregados com mais de 1 (um) ano de contrato (CLT, art. 477). Todavia, encerra por aí essa tentativa de aproximação do ordenamento juslaboral positivado com a boa-fé. Poderia, o legislador, ter sido mais ousado de forma a ampliar, de forma expressa, a adoção da boa-fé na seara trabalhista. Um exemplo de que o legislador poderia ter sido mais incisivo em exigir, expressamente, a boa-fé dos contratantes ocorre no contexto de uma gravidez no curso do contrato de trabalho. Dispensada a empregada (ou extinto o vínculo de emprego) sem que o empregador saiba do estado gravídico, a estabilidade ou a indenização seriam conferidos a partir do momento em que ela informa ao empregador essa condição, pois, nesse caso, ele tem total ignorância quanto à gravidez e a conduta dele, extinguir o vínculo, não violou o ordenamento jurídico. Caso a empregada demore a informar, com o transcurso de todo o período da estabilidade, ela deixaria de ter o direito à reintegração ou indenização substitutiva. Não se está, aqui, fazendo tábula rasa da proteção constitucional ao nascituro e à empregada – como, aliás, reconhecido recentemente pelo STF (RE 629.053) –, no sentido de que a estabilidade gestante dispensa o conhecimento por parte do empregador do estado gravídico. No entanto, ofende-se a boa-fé a conduta de descobrir a gravidez apenas depois do ato rescisivo ou omitida a informação no ato rescisório, aguardar o transcurso do período da estabilidade para, só então, formular pedido de indenização. A estabilidade garante a propriedade do emprego, não uma indenização, a qual ostenta o caráter substitutivo, tão somente, não o principal ou único¹⁵⁸. Um outro exemplo: poder-se-ia ter aumentado a punição o empregador que, adotando algum artifício de fraude, descumpra a legislação trabalhista, como se dá, por exemplo, nos controles de ponto britânicos ou na manipulação dos registros horários, ou, no contexto exemplificativo acima, que dispensa a empregada grávida, tendo ele, empregador, conhecimento do estado gravídico (nesse sentido, a Lei 9.029/1995 oferece mecanismos de increpação ao empregador). Ora, a despeito dessa necessidade, note-se que, em momento algum, o legislador reformista atacou a “lesão estratégica a direitos trabalhistas, conduta pela qual alguns maus empregadores descumprem a legislação de modo consciente e proposital”, segundo ressalta Fabiano Coelho de Souza (2018, p. 18).

¹⁵⁸Observe-se que a jurisprudência do TST, todavia, faz ouvidos moucos a essa necessidade. Nesse sentido, o item II do Enunciado 244 do TST afasta qualquer limitação à indenização substitutiva: “II - A garantia de emprego à gestante só autoriza a reintegração se esta se der durante o período de estabilidade. Do contrário, a garantia restringe-se aos salários e demais direitos correspondentes ao período de estabilidade”.

Não obstante essa omissão, nada impede, ao contrário, impõe-se ao intérprete reconhecer a “onipresença”¹⁵⁹ da boa-fé e, portanto, nela buscar subsídio tendo o seu caráter expansivo, atrativo, e encontra-se plasmada em todo o ordenamento jurídico:

Expressa fundamental exigência que está à base da sociedade organizada, desempenhando função de sistematização das demais normas positivadas e direcionando sua aplicação. É um marco referencial para a interpretação e aplicação do Código, o que seria até de certo modo dispensável, pois não se concebe sociedade organizada com base na má-fé, não fosse a constante conveniência de acentuar a sua importância (AGUIAR JÚNIOR, 2011, p. 379).

Especialmente a partir do Código Civil de 2002 passou-se a realizar a distinção entre boa-fé subjetiva e boa-fé objetiva.

Sintetizando a compreensão quanto à primeira espécie, Martins-Costa (2018, p. 280) afirma que

pela expressão boa-fé subjetiva trata-se ou de designar um fato pelo qual um sujeito tem a convicção, ainda que errônea, de estar a respeitar o Direito, pois crê na legalidade da situação; ou de indicar a situação de um terceiro que deve ser protegido porque confiou – legitimamente – na aparência de certo ato.

Trata-se, a boa-fé subjetiva, do estado psicológico da pessoa de, conscientemente, agir conforme o Direito, ou, ainda, ignorar que possa provocar lesões a interesses de outrem. É a boa-fé “crença”.

Além das inúmeras indicações da presença da boa-fé subjetiva¹⁶⁰, uma de suas manifestações mais candentes, especialmente no Direito do Trabalho, consiste na aplicação da teoria da aparência, em razão da qual se reconhece a titularidade de direito e, especialmente, de obrigações a uma determinada pessoa. Trata-se de nítida imputação subjetiva da relação jurídica em razão das circunstâncias fáticas do tráfego jurídico

Por seu turno, a boa-fé objetiva

¹⁵⁹No mesmo sentido, a lição de Dantas Júnior (2008, p. 126): “Trata-se, portanto, de princípio fundamental que se espalha e se estende por todos os ramos do ordenamento jurídico. Nas precisas palavras de Guillermo Figueroa, Professor Emérito da Universidade de Cartagena (Colômbia), ‘la buena fe es un principio fundamental que se debe admitir como supuesto de todo ordenamento jurídico; informa la totalidad de él y aflora de modo expreso en múltiples y diferentes normas aun que no se le mencione em forma expresa’”. DANTAS JÚNIOR. Aldemiro Rezente. Teoria dos atos próprios no princípio da boa-fé. Curitiba: Juruá, 2008.

¹⁶⁰Por exemplo: a) eficácia liberatória do pagamento (CC, art. 309); b) prolongamento da eficácia, perante terceiros, dos atos praticados por quem já não mais é mandatário (art. 686); c) os efeitos do casamento putativo (CC, art. 1560); d) a boa-fé como requisito da usucapião ordinária (CC, art. 1.260); e) a veracidade no contrato de seguro (CC, arts. 762 e 765) etc.

designa não uma crença subjetiva, nem um estado de fato, mas aponta, concomitantemente a: (i) um instituto ou modelo jurídico (estrutura normativa alcançada pela agregação de duas ou mais normas); (ii) *standard* ou modelo comportamental pelo qual os participantes do tráfico obrigacional devem ajustar o seu mútuo comportamento (*standard* direcionador de condutas, a ser seguido pelos que pactuam atos jurídicos, em especial os contratantes); e (iii) um princípio jurídico (norma de dever ser que aponta, imediatamente, a um “estado ideal de coisas” (MARTINS-COSTA, 2018, p. 281-282).

Dentro desse conceito, destaca-se o fato de que a boa-fé objetiva assumir nítida função conformadora de comportamentos à medida que estabelece parâmetros de uma conduta ética, proba, honesta, em especial atenção às legítimas expectativas do outro contratante, de forma a observar os padrões socialmente exigidos dos sujeitos contratuais. Veda, portanto, comportamentos desleais. Trata-se da boa-fé lealdade ou boa-fé confiança, que estabelece que os contratantes devem agir perante o outro na mais absoluta lealdade, de forma a não lhe frustrar indevidamente as expectativas previstas ou criadas. Não se trata, é verdade, de uma expectativa qualquer, mas sim aquela legitimada por uma situação de confiança, isto é, aquela que decorre do ordenamento jurídico e do comportamento das partes, com “força suficiente para suscitar um ‘investimento de confiança’ e deve ser racionalmente apreensível” (MARTINS-COSTA, 2018, p. 256). Assim, a boa-fé objetiva tem como função primeira a de

propiciar o direcionamento de comportamentos no tráfico negocial, tendo, portanto, acrescido ao papel negativo (não violar a legítima expectativa, causando danos injustos ao parceiro), ainda um papel ativo ou dinâmico de direção e coordenação da interação social (agir positivamente em vista do fim do contrato; colaborar para que o adimplemento seja atingido (MARTINS-COSTA, 2018, p. 257).

A doutrina reconhece que a boa-fé objetiva apresenta as funções¹⁶¹ (a) hermenêutica, (b) integradora de lacunas e criadora de deveres anexos e (c) corretora de comportamentos. Em todas elas consta a necessidade da preservação de um conteúdo ético, de forma que a relação contratual deve ser marcada por um dever de cooperação entre as partes, impondo-se um dever recíproco de colaboração para que se alcance o fim pactuado (DICKSTEIN, 2010, p. 60). Ademais, em todas essas propostas está presente a marca do elemento jurígeno, em razão do qual a boa-fé atua, também, como criador de normas concretas. Releva salientar, ainda, que essas funções não são estanques, já que se complementam e atuam de forma tão imbricadas, “sendo por vezes difícil definir, num caso concreto, sob que ‘tipo’ a boa-fé está

161 “No exame dos institutos e conceitos do Direito, ‘a pergunta mais importante’, sustenta com acerto Pietro Perlingieri, diz respeito à sua função. Para que serve o instituto? Por que tal ou qual conceito é aplicado a determinada realidade? Qual a sua razão justificativa?” (MARTINS-COSTA, 2018, p. 481).

sendo invocada”, na pena de Teresa Negreiros (2002, p. 131-140 *apud* BIZELLI, 2018, p. 156)¹⁶².

A primeira função da boa-fé objetiva consiste na atividade intelectual em razão da qual se busca revelar o alcance, sentido e conteúdo de um determinado texto normativo¹⁶³ ou contratual, compreensão essa que, positivada no art. 113 do Código Civil¹⁶⁴, tem como premissa a constatação de que o negócio jurídico firmado pelos sujeitos pode conter ambiguidades que inviabilizem a sua execução ou, então, suscitem conflitos entre os contratantes. Sem descurar dos parâmetros e das finalidades fixadas pelos sujeitos (CC, art. 112¹⁶⁵), há de se buscar uma interpretação que prestigie a boa-fé entre os contratantes, ou seja, o que uma pessoa – presente o mesmo contexto fático-jurídico, de forma leal, honesta e proba – teria querido declarar. A “boa-fé hermenêutica serve, pois, fundamentalmente, como critério para auxiliar a determinação do significado que a operação contratual revela *segundo uma valoração conduzida à luz da conduta conforme a boa-fé*” (MARTINS-COSTA, 2018, p. 490, grifos da autora). Assim, a boa-fé hermenêutica serve “para direcionar o intérprete, na avaliação do contrato (considerados o texto contratual e a conduta contratual), ao sentido contextualmente mais coerente com a utilidade que seria possível esperar daquele contrato particularmente considerado, em vista de sua finalidade econômico-social” (MARTINS-COSTA, 2018, p. 558)¹⁶⁶.

Uma segunda função da boa-fé consiste na atividade integradora de lacunas e criadora de deveres, bastante próximo da função hermenêutica¹⁶⁷.

162Essa mesma autora, agora citada por Dickstein (2010, p. 60, nota de rodapé n. 7), afirma que as funções da boa-fé “compartilham uma mesma concepção acerca da relação contratual como sendo uma relação de cooperação e de respeito mútuo (e não de perseguição egoística da satisfação individual). DICKSTEIN, Marcelo. **A boa-fé objetiva na modificação tácita da relação jurídica: *surrectio* e *supressio***. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2010. Couto e Silva, em sua obra seminal, disse que, muitas vezes, “é difícil determinar, com firmeza, o que é resultado da aplicação do princípio da boa-fé e o que é conquista da interpretação integradora” (SILVA, Clóvis do Couto e. *A obrigação como processo*. São Paulo: Editora FGV, 2006 (13ª impressão, 2018) p. 36), enxergando-se, nessa afirmação, um ecletismo que algumas afasta a percepção de nítidas fronteiras dos institutos. No mesmo sentido, discute Martins-Costa (2018, p. 485).

163Em igual sentido, Karl Engisch (1988, p. 126) afirma: “a tarefa da interpretação é fornecer ao jurista o conteúdo e o alcance (extensão dos conceitos jurídicos)” (grifos do autor). ENGISH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1988.

164“Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”.

165“Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem”.

166Típico exemplo dessa função hermenêutica da boa-fé diz respeito à previsão de seguro de vida nos contratos de trabalho em caso de invalidez permanente, sobrevivendo situação fática que culmina com a concessão de aposentadoria por invalidez por parte do órgão previdenciário. A despeito de essa espécie de aposentadoria não importar em extinção do vínculo de emprego, é certo que se trata de fato hábil a ensejar o pagamento da indenização do seguro contratado tendo em vista a caracterização do sinistro.

167Conforme Martins-Costa (2018, p. 561), interpreta-se algo que existe, muitas vezes o próprio silêncio, ao passo que a integração ocorre no vazio, no incompleto.

A função integradora opera na hipótese de omissão ou incompletude no negócio jurídico. Clóvis do Couto e Silva (2006, p. 33) afirma que a boa-fé manifesta-se como “máxima objetiva que determina aumento de deveres, além daqueles que a convenção explicitamente constitui”. Assim, é possível que as partes não tenham previsto determinadas cláusulas a regerem o negócio, o que exige uma atuação da boa-fé a partir dessa função colmatadora dessas lacunas. Isso significa que, na omissão não intencional no negócio jurídico, a boa-fé, em conjunto com os demais procedimentos integrativos (analogia, argumentações a *majore ad minus*, *a contrario* etc.), em atenção à lealdade, honestidade e probidade, bem como aos fins do negócio jurídico, estabelece as regras a serem aplicadas pelos contratantes. A fonte imediata desse caráter integrador da boa-fé objetiva consta no art. 422 do Código Civil, em razão do qual os “contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

Em verdade, a relação obrigacional consiste em um complexo e recíproco conjunto de deveres e interesses. Em razão dessa realidade, a doutrina sustenta a existência de: (a) deveres de prestação, que podem ser (a.1) principais (trabalho e salário), (a.2) secundários (p. ex.: o horário, o local de trabalho etc.), (b) deveres anexos aos deveres de prestação (também chamados de deveres laterais, acessórios ou instrumentais) e os (c) deveres de proteção aos contratantes (MARTINS-COSTA, 2018, p. 239).

A boa-fé pode atuar em sua função colmatadora em relação a ambos os deveres contratuais¹⁶⁸, embora isso ocorra com mais frequência em relação aos deveres anexos.

Observe-se que esses deveres podem estar, ou não, positivados. Por exemplo, o CDC reconhece, em seu art. 6º, III, como direito básico do consumidor receber do fornecedor “informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade” etc. Da mesma forma, o art. 482 da CLT estabelece configurar justa causa para a dispensa do empregado a “negociação habitual por conta própria ou alheia sem permissão do empregador, e quando constituir ato de concorrência à empresa para a qual trabalha o empregado, ou for prejudicial ao serviço” (letra “c”), bem como a “violação de segredo da empresa” (letra “g”), típicas hipóteses de violação a deveres anexos.

¹⁶⁸É possível que haja omissão quanto às obrigações principais do contrato de trabalho. Neste particular, a CLT, em regra que pode ser considerada um embrião da tarefa integradora da boa-fé, estabelece que, na “falta de acordo ou prova sobre condição essencial ao contrato verbal, esta se presume existente, como se a tivessem estatuído os interessados na conformidade dos preceitos jurídicos adequados à sua legitimidade” (art. 447). Situação idêntica ocorre naquela retratada no art. 460 da CLT: “Na falta de estipulação do salário ou não havendo prova sobre a importância ajustada, o empregado terá direito a perceber salário igual ao daquela que, na mesma empresa, fizer serviço equivalente ou do que for habitualmente pago para serviço semelhante”.

Na realidade, a Lei 13.467/17 perdeu uma ótima oportunidade de tratar dos deveres anexos no contrato de trabalho, a despeito da ampla atenção feita pela doutrina sobre eles e a constatação de subsiste na relação de emprego um espaço fértil para que a boa-fé objetiva viceje relativamente a esses deveres.

Por fim, embora de igual *status*, a função corretora da boa-fé assume importante papel com vistas a permitir que o contrato possa se firmar e se desenvolver de acordo com um interesse social. Ademais, estabelece que os contratantes devem agir perante o outro na mais absoluta lealdade, de forma a não lhe frustrar indevidamente as expectativas previstas ou criadas. Por isso, ainda que inexistam regras expressas, decorre da boa-fé objetiva o dever de cooperação que exige a apresentação de todas as informações necessárias para o atendimento das legítimas expectativas do outro contratante, de forma a observar os padrões socialmente exigidos dos sujeitos contratuais.

Como exemplo da incidência integradora da boa-fé objetiva pode ser citado o caso em que o empregador prevê o pagamento de uma determinada parcela cujo pressuposto é o resultado vinculado a uma conduta do empregado, como se dá, por exemplo, na premiação, gratificação, ou combinado com outros fatores, como a participação nos lucros e resultados.

Não se nega que seja da essência dessas parcelas suas vinculações a determinados critérios que indicam a produtividade, “forma acessória quase sempre condicionada ao rendimento do trabalho do operário. Visa, em geral, estimular a produção e fazer o trabalhador participar exclusivamente do resultado de seu esforço”, como assinalara José Martins Catharino (1994, 163). É da própria natureza da parcela produtividade, pois visa a “obtenção de um máximo de produção mediante estímulo representado pela concessão de maior salário” (CATHARINO, 1994, 163). Trata-se de parcela condicionada a variados critérios eleitos pelas partes contratantes.¹⁶⁹ Justamente por isso, cabe ao empregador estabelecer de forma transparente os critérios utilizados para a apuração de quais são os fatores que influenciam no alcance dessas parcelas. Isso decorre do princípio da boa-fé objetiva, sob a perspectiva do dever de informação, “imposição moral e jurídica ... de comunicar à outra parte todas as características e circunstâncias do negócio e, bem assim, do bem jurídico, que é o seu objetivo, por ser imperativo de lealdade entre os contraentes” (PAMPLONA FILHO, 2017, p. 42), marcada pelo seu caráter instrumental, configurando-se uma “faceta da colaboração para

¹⁶⁹Catharino cita vários autores e suas propostas para aferir os dados da produtividade, chamados por ele de “sistemas racionais de salário”: Halsey, Rowan, Weir, Taylor, Gantt, Emerson, Bedeaux, Gefter, Stakanov” (CATHARINO, José Martins. Tratado jurídico do salário. Edição fac-similada. São Paulo: LTr, 1994, p. 165-168). Em comum a esses modelos, o fato de depender de um resultado aferível pelo empregador. Na realidade, essa parcela resulta mais de uma perspectiva dos estudos de economia do trabalho e administração da força laboral e menos do fenômeno normativo.

com o adimplemento satisfatório”, uma vez que “informa-se para atingir determinado resultado útil” (MARTINS-COSTA, 2018, p. 580).

Assim, esse dever anexo impõe a necessidade de prestar informações sobre quais critérios devem ser atingidos (critérios positivos) e quais aqueles que geram uma diminuição (critérios negativos) no alcance da parcela, uma vez que a pluralidade desses critérios e complexidade quanto à apuração exigem conhecimentos mais específicos e configuram uma dificuldade ao polo mais frágil da relação jurídica material, por via de regra, o empregador. Assim, a função integradora da boa-fé objetiva exige que haja uma transparência no ato da contratação e também da execução do vínculo empregatício.

Por fim, em seu caráter corretor, inserto no art. 187 do Código Civil¹⁷⁰, a boa-fé objetiva increpa o exercício abusivo dos direitos subjetivos. Conforme Martins-Costa (2018, p. 625),

A mais vasta e relevante, conseqüente à qualificação geral da boa-fé como instituto jurídico, é a função corretora do exercício jurídico para impedir o exercício manifestamente desleal, incoerente, imoderado ou irregular de direitos subjetivos, formativos, faculdades e posições jurídicas.

De forma clara, portanto, o ordenamento jurídico pátrio veda o exercício disfuncional dos direitos, repelindo condutas que, de acordo com a lei, extrapolam os parâmetros da vida social e da finalidade e interesse do negócio jurídico. Os direitos subjetivos existem com a finalidade de ordenar a vida social, instrumentos à realização de interesses legítimos¹⁷¹. Como afirma Dabin, citado por Luiz Sergio Fernandes de Souza, “a teoria do abuso do direito representa o corretivo que a legalidade postula” (2005, p. 32).

A boa-fé objetiva manifesta-se sob diversos aspectos, as suas figuras parcelares, conforme Luciano de Camargo Penteado (2007, p. 50). Essa distinção, cabe o registro, apresenta-se mais com fins didáticos, por se tratar, a boa-fé objetiva, de uma “cláusula geral e, portanto, dificilmente definível, diante da maleabilidade e fluidez das hipóteses de sua aplicação”. Assim, ainda conforme esse autor,

170“Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

171Nesse sentido, Dantas Júnior (2008, p. 263), com fundamento em Alvino Lima (1999, p. 217), afirma que “em vez do direito-poder, como prerrogativa soberana concedida ao seu titular, o que se tem é o direito-função, concedido à pessoa para que possa auferir todos os proveitos que a lei lhe confere, mas desde que o faça sem ofender aos interesses da comunhão social”. De absoluta pertinência a transcrição que esse mesmo autor faz de Antônio Chaves (1997, p. 124): “os direitos subjetivos, produtos concedidos, pela sociedade, não nos são atribuídos abstratamente, e para que deles usemos discricionariamente, ad nutum; cada um deles tem sua razão de ser, sua missão a cumprir, cada um deles é animado de um certo espírito, que seu titular não pode desconhecer ou disfarçar”. (nota de rodapé 354).

Sendo figuras parcelares de uma cláusula geral e não noções próprias de uma definição conceitual, é preciso desde já salientar que, em sua aplicação, não é necessário que todos os pressupostos estejam presentes, havendo a possibilidade de se julgar, não em termos de tudo ou nada, mas em termos de um mais e de um menos. Do mesmo modo, determinada situação jurídica pode ser reconduzida a mais de uma das figuras parcelares da boa-fé, porque estas gozam de certa plasticidade (2007, p. 50).

Nessa senda, a doutrina propõe a existência das seguintes figuras parcelares da boa-fé: a) *non venire contra factum proprium*; b) *tu quoque*; c) inalegabilidade das nulidades formais; d) *supressio* (e sua correspondente *surrectio*); e) *exceptio doli*; f) desequilíbrio no exercício jurídico; g) “stoppel”; h) *duty mitigate the loss*. Como afirma a doutrina, uma mesma situação jurídica pode ser reconduzida a mais de uma dessas figuras, que gozam de amplo espectro (PENTEADO, 2007, p. 50). Isso significa que o incorreto enquadramento sob uma ou outra figura parcelar não retira a validade dessa caracterização, antes permite vislumbrar uma plasticidade da boa-fé que exige em sua essência um comportamento ético, leal, probo. Ademais, é possível que essas figuras possam realizar, ao mesmo tempo, mais de uma função da boa-fé.

A despeito da importância que assumem tais figuras parcelares, não se pretende analisar cada uma delas, mas apenas aquelas mais próximas do objeto desta pesquisa, quais sejam, o *non venire contra factum proprium* e a *supressio*.

Como afirma Martins-Costa (2018, p. 675), a “doutrina define o *venire contra factum proprium* como a tradução do ‘exercício de uma posição jurídica em contradição com o comportamento exercido anteriormente pelo exercente’¹⁷². Em razão de seu comportamento, o contratante gera no outro uma determinada expectativa, mas acaba por contrariar aquela primeira conduta, sem um justo motivo, provocando, por essa segunda conduta, uma frustração ilegítima¹⁷³⁻¹⁷⁴. É a contradição entre dois atos praticados pelo agente. Como

172Com a mesma essência, é o conceito trazido por Dantas Jr. (2008, p. 367-368): “o *venire* pode ser conceituado como sendo uma seqüência de dois comportamentos que se mostram contraditórios entre si e que são independentes um do outro (...), de modo tal que o primeiro se mostra suficiente para fazer surgir em pessoa mediana a confiança de que uma determinada situação jurídica será concluída ou mantida em certas condições, enquanto o segundo vem a frustrar a legítima e razoável expectativa que havia sido criada no outro sujeito, sem que exista justificativa fática ou amparo legal que possa justificar a contradição entre os comportamentos e a consequente frustração da expectativa”.

173“Quando a ênfase residir não propriamente na confiança despertada legitimamente no alter, mas no elemento subjetivo da conduta do agente (malícia, torpeza, dolo), estará configurada situação ensejadora do brocardo *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*” (...). Se é a proteção da confiança, o *venire* há de ser chamado. Se é a rejeição da malícia, invoca-se o *turpitudinem suam allegans nom auditur*”. (MARTINS-COSTA, 2008, p. 689).

174Bem próximo dessa manifestação consiste a “inallegabilidade da nulidade por quem lhe deu causa”. Visando a compatibilizar a previsão do art. 166 do Código Civil com as manifestações da boa-fé, a doutrina propõe como elemento de *discrimen* o interesse a ser tutelado. Logo, se o interesse for torpe, malicioso, não poderá ser suscitado, ao passo que se houver um interesse tutelado pelo Direito, não é possível apelar à máxima que veda a contradição (nesse sentido, Judith Martins-Costa, com fundamento nas lições de Anderson Schreiber e

exemplo: professor que solicita, por motivos alheios ao trabalho, a redução de sua carga horária, o que importa na redução do salário; posteriormente, no entanto, postula judicialmente o pagamento das diferenças salariais porque não teria havia justo motivo para a diminuição do salário.

Outrossim, há situações em que o fator tempo atua como concretizador da boa-fé objetiva. Além dos institutos da decadência, prescrição, usucapião, preclusão, cujos elementos que lhes identificam e caracterizam são apresentados em todo o ordenamento jurídico, o ordenamento jurídico reconhece o instituto da *supressio*¹⁷⁵,

perda do direito subjetivo como consequência de uma inatividade do titular, quando essa inatividade, tendo perdurado por um período de tempo não determinado *a priori*, apresenta-se em face de circunstâncias idôneas a determinar, na contraparte, um investimento de confiança merecedor de proteção com base no princípio da boa-fé (MARTINS-COSTA, 2018, p. 711).

Assim, ocorre a *supressio* quando um sujeito possui a faculdade de agir na tutela de seu interesse, todavia deixa de fazê-lo por um largo tempo. Assim, sob tal figura parcelar da boa-fé, ocorre uma supressão¹⁷⁶ de uma faculdade jurídica tendo em vista a demora em seu exercício, o que leva à crença, no outro contratante, de que não mais será exercitada. A *supressio*, assim, pressupõe o exercício surpreendente de um direito, algo não esperado pela outra parte, uma vez que existia uma inércia que apresentava motivos para que este pudesse confiar (DICKSTEIN, 2010, p. 116). Um exemplo claro de *supressio* consiste no perdão tácito, em razão da qual o empregador não exerce o seu poder disciplinar.

Para que ocorra a *supressio* é necessário o atendimento a determinados pressupostos.

O primeiro pressuposto, que parece ser intuitivo, corresponde à existência de um direito em condições de ser exercido. É necessário que o titular esteja numa condição de

Pontes de Miranda: MARTINS-COSTA, 2018, p. 700-701). Justamente por isso, não se admite a objeção apresentada por inúmeras reclamadas quando em suas defesas sustentam a inexistência do contrato de trabalho porque a parte reclamante teria firmado instrumento contratual de representação comercial, ou de empreitada etc. Igualmente sob tal perspectiva, por sustentar não o caráter probatório mas sim de solenidade essencial (*ad solemnitatem*) à homologação sindical dos empregados que possuíam mais de 1 (um) ano de emprego (CLT, art. 477, § 1º) ou detentores de estabilidade (CLT, art. 500), caso pretendessem pedir demissão; registra-se, todavia, que a Lei 13.467/17 revogou a primeira hipótese.

175A *supressio* corresponde à fórmula latina do instituto da “*Verwirkung*” (MARTINS-COSTA, 2018, p. 710).

No âmbito do Direito do Trabalho, Villela (1993, p. 154) menciona que o “recurso à *Verwirkung* tem produzido interessantes resultados no direito do trabalho. No Brasil, eles têm sido tratados pela doutrina e jurisprudência, em geral, sob o genérico enquadramento de perdão”. VILLELA, João Baptista. Sobre Renúncia e transação no Direito do Trabalho. Curso de Direito do Trabalho: Estudos em memória de Célio Goyatá, vol. I. Coord. Alice Monteiro de Barros, São Paulo: LTr, 1993.

176A supressão, sob a perspectiva do credor, que perde o poder de exigir o cumprimento da obrigação. Sob a perspectiva do devedor, ocorre a incorporação no seu patrimônio jurídico a prerrogativa de defender-se em face da pretensão do credor. Dá-se, portanto, a *surrectio* impede que a vantagem contratual concedida por longo tempo seja excluída do patrimônio da esfera jurídica do credor.

exigibilidade de determinada prestação ou crédito. Observe-se que inexiste redundância nessa afirmação, uma vez que é possível a existência de direitos que estão sujeitos a termo ou mesmo a uma condição aquisitiva, hipótese em que o seu titular está cerceado nesse exercício. Assim, sem que o sujeito tenha a faculdade de agir, não se afigura possível invocar a *supressio*, sob pena de afrontar a própria essência que a justifica, a boa-fé objetiva.

Deste modo, quando o empregador atribui ao empregado o exercício de uma função de confiança, como visto acima, tem ele a faculdade de determinar que o empregado retorne ao cargo efetivo, por ser inerente a tal função o exercício do poder empregatício. Ou seja, o empregador tem um direito em condições de ser exercido.

O segundo pressuposto corresponde à abstenção no exercício da faculdade. A posição do titular do direito exercitável atribui-lhe a faculdade de agir; todavia, deixa de fazê-lo, incorrendo em inércia. Observe-se que, a princípio, não é ilícito tal comportamento omissivo, uma vez que o titular tem a faculdade, não o dever, de agir; caso queira, o titular age, caso não lhe interesse, omite-se e, nem por isso, cometerá uma ilicitude. Não obstante, a inércia em diversas hipóteses é uma expressão de conduta relevante no plano jurídico, de forma que sua expressividade não pode ser olvidada. Com efeito, os institutos da prescrição, da decadência, da preclusão temporal, por exemplo, assentam-se na conduta omissiva do titular¹⁷⁷.

Trata-se do requisito da inatividade como pressuposto para a consolidação de situações jurídicas contrárias à relação obrigacional. Bem se vê a importância do elemento “tempo” na configuração da *supressio* como estabilizador das relações jurídicas¹⁷⁸.

Outro pressuposto consiste na “imputabilidade”, isto é, o descumprimento do dever de exercer o direito deve ser atribuível ao seu titular sem a existência de alguma circunstância que afaste essa relação entre o sujeito e exercício da pretensão. Assim, a omissão quanto ao exercício da faculdade não deve ser atribuída a um impedimento, jurídico ou factual, estranho ao seu titular (MARTINS-COSTA, 2018, p. 715). Enfim, exige-se o conhecimento por parte do sujeito que detenha o poder de romper com a inércia. Por isso que, no âmbito do contrato

¹⁷⁷O Código Civil traz, ainda, como exemplos de que uma conduta omissa faz nascer direitos: estabelece o art. 1389, III, que as servidões podem ser extintas no prazo de 10 (dez) anos pelo não uso do prévio serviente; o art. 1410, VIII, igualmente, autoriza a extinção do usufruto se não houver uso ou fruição do bem sobre o qual recai aquele direito real (aqui, a particularidade de não haver prazo predeterminado); da mesma forma, a usucapião é um exemplo da atuação do fator tempo no Direito.

¹⁷⁸É possível criticar a figura da *supressio* tendo em vista que os institutos da prescrição e da decadência dariam respostas adequadas, uma vez que aliam a omissão ao tempo. Todavia, isso tem sido rechaçado por alguns fundamentos. Primeiro, a extensão do lapso temporal varia de acordo com o caso concreto, por exemplo, parece ser ofensivo a toda a estrutura do Direito do Trabalho que o empregador pudesse aguardar por longos 5 (cinco) anos para exercer o poder disciplinar. Na *supressio* o tempo não atua sozinho, ao contrário, exige-se a inspiração de confiança no outro sujeito, dado desconsiderado na prescrição e na decadência.

de trabalho, o prazo para o exercício do poder disciplinar será tanto maior quanto mais distante dos fatos estiver a esfera de poder decisório do empregador.

Todavia, não é suficiente apenas a omissão no exercício de uma faculdade aliada ao decurso do tempo. Ao revés, exige-se também a apresentação de elementos objetivos que suscitem a confiança no outro agente, como uma conduta do sujeito indicativa de que não exercerá aquela faculdade inerente àquele interesse. Deste modo, a transferência de um empregado para outra localidade com a preservação do cargo de confiança, a designação do empregado para um cargo de confiança superior àquele antes desempenhado (por exemplo, antes ocupava função tipificada no § 2º do art. 224 da CLT e ocorre sua promoção para o cargo de gerente-geral da agência, ou deste para o cargo de supervisor regional), são claras manifestações de preservação do exercício do cargo de confiança. Trata-se de atos que inspiram a preservação daquela situação jurídica e suscitam a confiança no outro contratante¹⁷⁹. Não decorre, como se vê, de uma conduta omissiva, pura e simplesmente. Trata-se do terceiro pressuposto, a “protetividade” (MARTINS-COSTA, 2018, p. 715) da confiança investida, pois o agente pode exercer a sua faculdade, todavia deixa de fazê-lo, indicando ao outro sujeito a seu interesse em manter a situação fática atual. Assim, na realidade, esse terceiro pressuposto consiste em uma síntese conformadora da *supressio*, uma representação externa omissiva-comissiva, os atos indutores.

Se o tempo de inação do agente é, por si só, insuficiente, é igualmente correto afirmar que ele atua como elemento essencial no sentido de que não haverá o exercício daquela faculdade. Assim, quanto mais escoar o tempo sem esse exercício, mais se formará no outro contratante a confiança de que não será exercitada. Em contrapartida, quanto maior o número de atos inspiradores, menor será o tempo exigido para que a *supressio* se configure, uma vez que a repetição ou, ao contrário, o maior espaçamento de atos, é um fator que influi na formação da confiança no sujeito.

Por isso, não há uma regra rígida quanto ao tempo necessário para que possa ser configurada a *supressio*: são as circunstâncias do caso concreto que servirão de baliza para aferir a sua ocorrência¹⁸⁰. Nesse sentido, a lição de André Almeida Nelvam (2015, p. 91):

quanto maior o tempo de inércia, maior a confiança; e quanto maior o número de atos inspiradores, menor o tempo necessário. Para temperar um e outro, o intérprete olhará a praxe para o direito em voga bem como as características das partes envolvidas. Concluindo que a inércia ostensiva se alargou por tempo bastante, ou

179A existência desses “atos inspiradores” leva Dantas Jr. (2008, p. 395) a entender que “a *supressio* nada mais é do que um caso particular de *venire contra factum proprium*”.

180A extensão desse lapso temporal será adiante proposta.

reiterou-se por atos inspiradores bastantes para nutrir no indivíduo a confiança do não exercício, o intérprete deverá avançar para a qualificação da referida confiança.

Por outro lado, “atuação da *supressio* não depende de ter havido dolo ou má-fé do titular do direito” (DANTAS JÚNIOR, 2008, p. 404), uma vez que ela não tem como finalidade punir a inatividade de um sujeito, mas sim a de evitar a surpresa desleal e prestigiar a confiança do outro sujeito. Assim, a *supressio* é infensa à presença do elemento subjetivo a cargo do contratante que poderia ter exercido a faculdade decorrente da relação obrigacional. O seu cerne, como sustenta Martins-Costa (2018, p. 716), consiste no respeito à boa-fé como regra de lealdade e, especialmente, como uma norma que visa a tutelar uma legítima expectativa, confiança entre os sujeitos do vínculo obrigacional. Por isso mesmo, ao tratar do instituto da *supressio*, não se indagará sobre eventual má-fé do sujeito ativo, que até poderá ocorrer, embora seja irrelevante¹⁸¹.

Não se admite a renúncia ou expressa à *supressio*, uma vez que essa, enquanto manifestação da função de controle da boa-fé, visa a evitar o exercício abusivo do direito subjetivo. Trata-se de norma que, por reprimir o abuso do direito, tem o caráter de ordem pública, portanto, inafastável por vontade das partes além de ser reconhecida de ofício. A isso deve ser acrescentado o fato de que a admissibilidade de cláusula reserva negocial¹⁸² importaria em admitir que os sujeitos contratuais pudessem validamente exercer os seus direitos de uma forma disfuncional e em contradição a todo o ordenamento jurídico, o que, com a devida vênia, parece ser uma contradição a toda a ciência jurídica e à higidez que se exige nos relacionamentos intersubjetivos. Essa vedação à cláusula negocial ocorre com muito mais razão nas relações contratuais assimétricas, como aquelas mantidas entre empregados e empregadores¹⁸³.

3.5 Reversão do empregado ao cargo efetivo e a impossibilidade de supressão de parcela salarial como expressão da segurança jurídica

181 É certo que a má-fé pode estar presente. Como diz a doutrina, na gênese desse instituto está presente o fato de que os credores, numa época de caos econômico e desvalorização da moeda alemã, deixavam transcorrer longo tempo sem realizar a cobrança da dívida e, ao fazê-lo, essa importava em uma quantia vultuosa.

182 Por exemplo, cláusulas que contenham fórmulas semelhantes a essas: “A tolerância, parcial ou total, entre as partes será considerada como mera liberalidade” ou “A qualquer momento o empregador poderá determinar que o empregado volte a ocupar o cargo definitivo, independentemente do prazo” (Martins-Costa, 2018, p. 714-715, nota de rodapé n. 275).

183 É certo que a autora, referencial teórico no tema, não se refere expressamente ao contrato de trabalho: “relação contratual assimétrica, tendo o contrato sido formado por adesão. Então, caberá examinar se a ressalva foi ou não abusiva” (idem, p. 715).

O contrato de trabalho ostenta a natureza de um contrato realidade, o que significa que o comportamento dos sujeitos é suficiente para a caracterização desse vínculo, como se vê na redação de que contrato de trabalho corresponde ao “acordo tácito ou expresso” que corresponde à relação de emprego (CLT, art. 442)¹⁸⁴. Abstraído o caráter tautológico dessa definição, é certo que o texto legal admite a fixação tácita do conteúdo contratual: “A obrigação porventura assumida pelo empregador poderá ser inferida dos fatos conseqüentes e da sua conduta”, afirma Catharino (1997, p. 466).

Isso significa que, se o próprio contrato de trabalho pode existir tacitamente, com maior razão os comportamentos das partes podem modificar o conteúdo das cláusulas, sempre em favor do empregado.

Assim, o exercício por longo tempo do cargo de confiança, uma sucessiva evolução no âmbito desses cargos, o reconhecimento externo, o incentivo ao aperfeiçoamento vinculado ao conteúdo do cargo de confiança, todos esses são aspectos fáticos que levam à criação de uma maior expectativa na esfera jurídica do empregado de preservação de sua condição. Por isso, o empregador pode ter, em razão de seu comportamento, transformado aquilo que seria apenas uma expectativa do empregado de permanência no exercício daquele cargo, em uma verdadeira posição jurídica. Ademais, esse conjunto de ações importa na criação de restrições ao exercício da faculdade que o empregador possui. Desse modo, a *supressio* e o *non venire contra factum proprium*, enquanto figuras parcelares da boa-fé objetiva, importam em alterar o conteúdo do contrato de trabalho, bem como impedem o exercício de ações que violem o princípio da proteção da confiança. Ou seja, as condutas dos contratantes podem ser utilizadas para alterar tacitamente o conteúdo do contrato de trabalho de forma a concretizar a face subjetiva do princípio da segurança jurídica, pois, como disse Ávila (2016, p. 417), é necessário “que haja o exercício da confiança, isto é, que o cidadão tenha 'colocado em prática' (*ins Werk gesetzt*) a sua confiança, por meio do exercício concreto da sua liberdade”.

O poder empregatício, como visto, está intimamente vinculado à autonomia de vontade do empregador. Seu exercício, todavia, não é absoluto, antes, ao contrário, está conformado pelas balizas estabelecidas, explícita ou implicitamente, pelo ordenamento jurídico, muitas vezes com o caráter derogatório de previsões contratuais ou legais expressamente fixadas. Mister se faz uma conformação do poder empregatício, uma vez que “entre os fortes e os fracos, entre os ricos e os pobres, entre o senhor e o servo, é a liberdade

¹⁸⁴“Contrato individual de trabalho é o acordo tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego”.

que oprime e a lei que liberta” (LACORDAIRE, 1848, p. 246, *apud* VIANNA, 1997, p. 38), especialmente porque a relação de emprego é “assimétrica por definição legal”, afirma Judith Martins-Costa (2018, p. 329). Pode-se afirmar, portanto, que a liberdade contratual não é absoluta e, por isso, está sujeita a sofrer limitações, pois o “exercício de algum direito subjetivo não pode ser feito sem que sejam observados o ordenamento jurídico e os seus princípios que o norteiam e o dirigem”, como afirma Bruna Lyra Duque (2007, p. 85).

Um princípio fundamental do direito obrigacional é aquele que estabelece a autonomia privada, o que assegura aos contratantes a liberdade de iniciativa. Note-se que o exercício dessa autonomia da pessoa é constituída pelas declarações negociais, de dupla dimensão: (a) determinação dos deveres, de forma a estabelecer um regulamento da autonomia, e (b) ato de comunicação acerca da própria conduta e, como tal, “fato gerador de expectativas socialmente averiguáveis” (MARTINS-COSTA, 2018, p. 250).

Aqui, há o ponto de intersecção entre a autonomia da pessoa e o princípio da segurança jurídica, uma vez que os negócios jurídicos carecem de um substrato de confiança em sua base, sob pena de subverter todo o sistema jurídico construído. Como lembra Martins-Costa (2018, p. 250), toda declaração feita por “pessoa responsável”, além de ser essencial a qualquer negócio jurídico¹⁸⁵, é um fator, por si só, gerador de uma confiança no outro sujeito. Assim, essa autora, louvando-se nas lições do autor luso João Baptista Machado (1991), afirma que:

peculiar forma de exercício da autodeterminação no contrato leva a que o destinatário da declaração, ao aceitar a proposta por este formulada, ganhe “o direito a confiar genericamente no exato cumprimento da prestação prometida, independentemente da ocorrência de qualquer específico facto gerador de confiança (a credibilidade pessoal de devedor, o seu papel ou função, circunstâncias concomitantes, etc.)”. O credor, com base na declaração, na sua eficácia de vinculação, pode contar com o prometido, “projectando e desenvolvendo em conformidade os seus planos de vida e gestão de seus interesses”. (p. 250-251)

Isso significa que o exercício do poder da autonomia da pessoa tem a característica de gerar expectativas legítimas (MARTINS-COSTA, 2018, p. 251), sendo ilícita qualquer frustração sem uma causa que possa justificar-lhe. De fato, trata-se, a confiança, de pressuposto para a análise da preservação de posições consolidadas no âmbito das relações privadas (dentre elas o contrato de trabalho) pois “um ambiente jurídico no qual a confiança

185Nesse sentido, Abreu Filho transcreve lição de Manuel A. Domingues de Andrade: “se a capacidade e o objeto possível são elementos essenciais no negócio jurídico, a declaração de vontade mais essencial é ainda. Onde não houver ao menos a aparência duma declaração de vontade, além de condição de validade, constitui ainda um elemento do próprio conceito e portanto da própria existência do negócio jurídico” (ABREU FILHO, José. O Negócio jurídico e sua teoria geral. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 49).

das pessoas é valorizada e preservada, mostra-se mais ágil e, indiscutivelmente, mais seguro” (NASCIMENTO, 2017, p. 181). Exige-se, portanto, uma conduta que revele o respeito às legítimas expectativas geradas ao contratante, que não pode ficar à mercê da vontade da outra pessoa, ainda que essa vontade seja fulcrada em um texto legal, sob pena de violar o princípio da segurança jurídica, sob o prisma da confiança.

É o que se dá, portanto, no tema da reversão do empregado ao cargo efetivo e a supressão da gratificação salarial respectiva.

Segundo a redação conferida pela Lei 13.467/2017, o art. 468 da CLT passou a ter a seguinte redação:

§ 1º Não se considera alteração unilateral a determinação do empregador para que o respectivo empregado reverta ao cargo efetivo, anteriormente ocupado, deixando o exercício de função de confiança.

§ 2º A alteração de que trata o § 1º deste artigo, com ou sem justo motivo, não assegura ao empregado o direito à manutenção do pagamento da gratificação correspondente, que não será incorporada, independentemente do tempo de exercício da respectiva função.

Monica Sette Lopes (2018, p. 236), analisando o dispositivo legal, realça o “volume de palavras a indicar negação (‘não assegura’, ‘não será incorporada’, ‘independentemente do tempo de exercício da respectiva função’)”. Apesar desse conteúdo negativista do dispositivo legal, entendemos que há sólidos fundamentos que autorizam, em algumas hipóteses fáticas, afastar a literalidade do § 2º do art. 468 da CLT porque violadora do princípio da proteção da confiança legítima, de assento constitucional, como visto anteriormente. Como disse Leonardo Gomes Fernandes (2018, p. 254),

Tal determinação legal representa verdadeiro retrocesso aos direitos sociais do trabalhador, garantidos pelo art. 7º da CRFB/88 em seus incisos IV e VI estudados em linhas alhures, notadamente a irredutibilidade salarial e seus consectários, tais como a segurança do trabalhador, a boa-fé objetiva, como cláusula aberta e geral, que deve imperar em quaisquer modalidades contratuais privadas (2018, p. 254).

O empregado, quando passa a ocupar cargo de confiança, sabe que aquela lotação poderá ser algo temporário em face da precariedade que o ordenamento jurídico-trabalhista reconhece a essa situação fática. Como já se ressaltou, o exercício do cargo de confiança caracteriza-se pela transitoriedade e precariedade: a qualquer momento, a depender da vontade do empregador, pode haver a reversão. Na realidade, não poderia ser diferente, pois é inerente ao empregador o exercício do poder empregatício, o auto-organizar, a determinação no universo da empresa de como deve ser a imputação a cada empregado do feixe funcional

etc. O exercício do cargo de confiança decorre da fidúcia especial que o empregador possui em relação a determinado empregado, de forma que, deixando de existir essa, ou caso o empregador entenda haver outra pessoa melhor preparada e que lhe inspire maior confiança, absolutamente natural que possa, o empregador, determinar a reversão do empregado ao cargo definitivo.

Não há, portanto, espaço para que o empregador seja cerceado nesse exercício de seu poder empregatício.

No exercício dos cargos de confiança, verifica-se a presença de um sinalagma¹⁸⁶, isto é, a fixação de obrigações a ambos os sujeitos do contrato de emprego: uma vez que o exercício do cargo de confiança importa em aumento das atribuições do empregado, ampliando-lhe o eixo funcional, especialmente a carga de responsabilidade, em contrapartida, por via de regra, existe o pagamento de uma gratificação de função ao empregado. Isso significa que, enquanto o empregado desempenhar a função de confiança, receberá o valor da gratificação respectiva¹⁸⁷. Significa, por consequência, que ocorrendo a reversão, o empregado deixará de receber essa gratificação, voltando ao salário do cargo efetivo, com a diminuição salarial, o que não significa, sob esse prisma, uma redução salarial ilícita por se tratar, a gratificação de função, de uma parcela salarial sujeita a uma condição específica, no caso, o exercício do cargo de confiança. Sob essa premissa, não haveria ilicitude alguma a reversão ao cargo efetivo e a consequente supressão da gratificação.

Todavia, esse raciocínio, previsto no § 2º da CLT, carece ser confrontado com o princípio da segurança jurídica sob a perspectiva subjetiva.

Com efeito, nas hipóteses de exercício por um longo tempo do cargo de confiança e a correspondente percepção da gratificação de função, a previsão inserta no art. 468, § 2º, da CLT não autoriza o reconhecimento de validade à supressão salarial da gratificação de função por contrariar a exigência de uma estabilidade financeira ao empregado e, consequentemente, por violar o princípio da segurança jurídica, sob a perspectiva da proteção à confiança, que estabelece o dever de proteção das legítimas expectativas dos sujeitos, sendo-lhe necessário obter um papel conformador do exercício dos direitos e das faculdades jurídicas. O ordenamento jurídico, tendo em vista a perspectiva subjetiva da segurança jurídica, estabelece

186 “[M]útua dependência de obrigações num contrato” (Dicionário Houaiss da Língua portuguesa. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001, p. 2575).

187 “A palavra gratificação guarda ainda hoje o significado latino de prêmio ou recompensa. Quem gratifica pratica ato espontâneo porquê emanado de sua livre vontade” (CATHARINO, José Martins. Tratado jurídico do salário. 1996, p. 464). Daí a doutrina fazer a distinção entre “gratificação própria”, sem caráter obrigatório e sem natureza salarial, e “gratificação imprópria”, que busca a remunerar uma determinada atividade ou condição especial. É o caso da gratificação de função.

que a confiança gerada no empregado e resultante do comportamento do empregador, provoca expectativas no sentido de que manutenção de um determinado estado de coisas não venha causar prejuízos ao empregado. Há, portanto, “dever de coerência”, que consiste em manter a palavra dada e, especialmente, cumprir o comportamento manifestado, “agindo segundo os fins do contrato, e corresponder à expectativa legitimamente criada pelos próprios atos, assim, impedindo surpresas desleais” (MARTINS-COSTA, 2018, p. 254). Assim, alterações contratuais indevidas que frustrem essas expectativas legítimas ofendem o princípio da segurança jurídica em sua perspectiva subjetiva e, portanto, não prevalecem.

Isso não significa, como bem realça essa autora, que a coerência comportamental seja algo rígido, absoluto, pois o ordenamento jurídico contempla diversas hipóteses que autorizam, validamente, a decisão de “voltar atrás”¹⁸⁸: a) o arrependimento, a renúncia, a revogação, os distratos, manifestados em conformidade com o critério legal; b) em caso de vicissitudes inerentes ao próprio contrato de trabalho enquanto vínculo de trato sucessivo, por exemplo, readequações organizacionais, extinção de postos, transferências etc.; c) em razão do comportamento do empregado no curso do vínculo que afasta a confiança até então existente. São hipóteses, na realidade, conformadas à proteção da confiança legítima.

O que se busca é evitar um comportamento contraditório por parte do empregador, por frustrar expectativas legitimamente criadas em razão do comportamento apresentado. Em razão de um “investimento de confiança”, o Direito – inclusive e especialmente o Direito do Trabalho, na qual subsiste uma assimetria do empregado – não admite condutas deslealmente contraditórias, portanto, violadoras da boa-fé objetiva e, de consequência, que frustrem a confiança estabelecida na relação obrigacional.

De fato, a confiança entre os seus sujeitos é uma exigência para que o contrato de trabalho se forme e se desenvolva. Da mesma forma, a proteção a essa confiança é uma imposição do ordenamento jurídico.

Deste modo, o recebimento da gratificação de função por longo prazo, especialmente em face de outros elementos contratuais, importa em uma alteração tácita do conteúdo obrigacional, de forma que, nesse contexto, a supressão dessa parcela apenas em razão da vontade do empregador e para a qual não tenham contribuído o empregado nem outros fatores, viola de forma flagrante o princípio da proteção da confiança, “aplicação reflexiva, subjetiva e concretamente orientada do princípio da segurança jurídica” (ÁVILA, 2016, p. 382). Ao contrariar a legítima expectativa do empregado que recebe a gratificação de função

¹⁸⁸ O pleonasma aqui foi propositalmente indicada por Judith Martins-Costa (2018, p. 254).

há bastante tempo, viola-se o princípio da segurança jurídica sob o prisma da confiabilidade – “compreendida como a exigência de um ordenamento jurídico protetor de expectativas e garantidor de mudanças estáveis”, afirma Ávila (2016, p. 142) –, que é vista “com *foco na permanência e na ênfase do objeto*, de forma a proibir a modificação ou determinado tipo de modificação, no presente, daquilo que foi conquistado no passado” (p. 359), impondo-se, portanto, a permanência de situações jurídicas consolidadas.

Assim, o exercício do cargo de confiança por longo período sem que o empregador expresse materialmente elementos que deixem transparecer a transitoriedade desse exercício não lhe subtrai a manifestação de seu poder empregatício consistente em determinar o retorno ao cargo efetivo. O posicionamento assumido neste trabalho não busca coarctar o poder empregatício. Ao contrário, é lícito ao empregador a qualquer momento proceder à alteração objetiva qualitativa, para o fim de reverter o empregado ao cargo efetivo, especialmente porque, como se viu, trata-se do exercício de forma precária, transitória. O que não se admite é, nesse caso, a retirada da gratificação de função porque, em verdade, quando recebida por longo tempo, trata-se de parcela integrada à remuneração do empregado, incorporada aos seus parâmetros de consumo e, especialmente, incorporada ao seu patrimônio jurídico, o qual deve ficar incólume. Não se trata, portanto, de punir o empregador, mas, ao contrário, assegurar ao empregado a permanência de uma situação que lhe foi propiciada pelo transcurso do tempo e dos atos indutores resultantes da conduta do empregador, em nítida concretização da proteção da confiança legítima que o empregado possui.

Rodrigo Dias da Fonseca (2017, p. 234), por outro lado, justifica a alteração legal sob o fundamento de que o entendimento anterior culminava por uma opção empresarial em dispensar o empregado que tinha a incorporação da gratificação, em uma “decisão que, do ponto de vista empresarial e financeiro, é razoável e justificada”. Assim, na sua visão, a opção legal importaria em uma preservação do contrato de trabalho.

Todavia, a despeito desse posicionamento, o autor apresenta um argumento metajurídico, inexistindo, ainda, dados empíricos que permitiriam identificar a relação causal, com a devida vênia. Além disso, pode-se objetar, com Homero Batista da Silva (2017, p. 86), igualmente sob um fundamento metajurídico, no sentido de que os empregados detentores de cargo confiança por longo tempo carregam uma grande experiência e, portanto, conhecimento de mecanismos internos do empregador, de forma que dispensá-los pode configurar não apenas a perda de uma preciosa mão de obra qualificada, mas também o fornecimento de um instrumental humano a outros concorrentes.

Embora seja um produto cultural, porque vinculado à condição humana, o ordenamento jurídico deve primar-se pelo seu caráter lógico, o que exige a busca de harmonização no âmbito de um sistema jurídico.

Nessa linha de raciocínio, um grande número de situações jurídicas alcançadas pela segurança jurídica tem como pressuposto uma situação eventualmente disforme da previsão legal; nesse sentido, a prescrição e a decadência trabalhista, a decadência administrativa etc., têm, em seu pressuposto fático, uma hipótese na qual, pretensamente, houve uma contrariedade ao ordenamento jurídico. Apesar desse eventual comprometimento do ato germinador dessa relação jurídica, ainda assim o Direito estabelece a necessidade de uma pacificação social e segurança, e reconhece que, ultrapassado determinados prazos, haja uma estabilização.

Assim, afigura-se incongruente com todo o ordenamento que situações fáticas originadas em fatos lícitos, como é o caso do exercício da função de confiança, ao revés, não pudessem igualmente contar com uma estabilização. É dizer: atos pretensamente ilícitos ficam forros de discussão por aqueles institutos, ao passo que atos reconhecidamente lícitos não estariam a salvo de alterações. Presente esse paradoxo, resulta a importância da base de confiança, como assentado por Humberto Ávila (2016, p. 394), ao afirmar que “quanto maior for o grau de aparência de legitimidade da base, maior deve ser a proteção da confiança nela depositada”. Assim, a pessoa que confia na validade de um ato do outro contratante não pode, posteriormente, vir a ser prejudicada, pois o empregado que confiou nos comportamentos do empregador deve ser protegido contra a atuação que possa frustrar aquela confiança depositada.

Também afigura como dado importante para a proteção da confiança o critério da eficácia no tempo da base, pois quanto mais tempo durar a “eficácia temporal da base, maior proteção merece a confiança nela depositada”. Isso significa que o passar do tempo reforça a aparência de legitimidade pois “quanto mais longa for a produção de efeitos, mais vais se desfazendo a dúvida eventualmente existente com relação à validade do ato. O tempo, aqui, ‘cria’ ou ‘reforça’ a confiança do particular na base normativa” (ÁVILA, 2016, p. 402). Isso significa que quanto mais o tempo passar, maior peso exerce na ponderação dos interesses contrapostos, do que resulta que o exercício por longo tempo do cargo de confiança apresenta mais razões para a preservação de uma situação fática pois o tempo reforça a expectativa da não supressão da gratificação. Deste modo, quanto mais tempo o empregado ocupar um cargo

de confiança, menor é a faculdade do empregador em alterar a estabilidade financeira do empregado.

Neste particular, embora não haja um critério objetivo para a definição de qual o tempo exigido para suprimir essa faculdade do empregador, a jurisprudência trabalhista sempre caminhou no sentido de fixar o prazo de 10 (dez) anos, como se vê no item I do Enunciado 372 da Súmula do TST:

GRATIFICAÇÃO DE FUNÇÃO. SUPRESSÃO OU REDUÇÃO. LIMITES. Percebida a gratificação de função por dez ou mais anos pelo empregado, se o empregador, sem justo motivo, revertê-lo a seu cargo efetivo, não poderá retirar-lhe a gratificação tendo em vista o princípio da estabilidade financeira.

Esse marco temporal parece-nos ser um prazo razoável como critério para entender pela possibilidade, ou não, da supressão da gratificação de função.

Trata-se de um prazo coincidente com aquele fixado na própria Consolidação para efeito de aquisição da antiga estabilidade decenal (art. 492¹⁸⁹), bem como o prazo máximo de prescrição fixado no âmbito do direito obrigacional comum, como estabelece art. 205 do Código Civil: “A prescrição ocorre em dez anos, quando a lei não lhe haja fixado prazo menor”. Como disseram Delgado e Delgado (2017, p. 175),

naturalmente poder-se-ia discordar de incorporações salariais referentes a períodos curtos de percepção de parcelas gratificatórias, tais como aquelas determinadas após dois anos de percepção da verba ou, até mesmo, cinco anos dessa percepção contínua. Entretanto, a jurisprudência se firmou em parâmetro moderado, proporcional, razoável e justo – o prazo mínimo contínuo de dez ou mais anos de recebimento mensal da gratificação de função.

Trata-se, em verdade, de um lapso temporal bastante largo, especialmente tendo em vista o caráter das relações interpessoais na atualidade, marcadas por uma instantaneidade, velocidade e provisoriedade, enfim, pela sociedade da pressa, em que os “conceitos de outrora sobre tempo são difíceis de serem sustentados numa sociedade pós-moderna, tendo em vista que as pessoas vivem constantemente sem tempo” (JOBIM, 2016, p. 58).

A *supressio* não ostenta um marco temporal preciso. Efetivamente essa é uma das características desse instituto. O que nos orienta a sugerir esse prazo é a necessidade de um parâmetro objetivo, uma vez que ele serve como referência e induz à noção de segurança jurídica. Todavia, é possível que em um prazo menor ocorra a mencionada incorporação

¹⁸⁹“O empregado que contar mais de 10 (dez) anos de serviço na mesma empresa não poderá ser despedido senão por motivo de falta grave ou circunstância de força maior, devidamente comprovadas”.

quando houver a prática de uma infinidade de “atos inspiradores” ou um incremento da “base de confiança” que levem a tal conclusão. Tudo vai depender da situação concreta.

Ademais, quanto maior a base de indução, maior a confiança depositada pela pessoa. De fato, a prática de determinados atos por parte do empregador atua como estímulos da confiança do empregado na manutenção daquela situação fática e jurídica. Deste modo, o maior tempo de manutenção no exercício do cargo de confiança, as promoções sucessivas concedidas pelo empregador ao mesmo empregado, também promessas realizadas pelo empregador, a realização de cursos vinculados à atividade do empregado, ou ainda o reconhecimento expresso por parte do empregador são fatos indutores de uma confiança do empregado na preservação da estabilidade financeira consubstanciada na gratificação de função. Assim, “Quanto maior o efeito indutor, maior deve ser a proteção da confiança” (ÁVILA, 2016, p. 407).

Por outro lado, é possível ao empregador reverter o empregado ao cargo definitivo e a supressão da gratificação de função, ainda que ultrapassado um longo período de exercício, se houver algum motivo legítimo. Como exemplo, podemos citar: a extinção daquele cargo de confiança, em caso de uma reestruturação interna, na extinção de alguma filial, departamento, setor, agência, com o remanejamento de empregados, hipótese em que deve prevalecer para fins de preservação salarial aqueles empregados que ocupem há mais tempo a função; outro motivo legítimo de supressão da parcela salarial corresponde, por exemplo, quando o próprio empregado dá motivos para a perda da confiança inerente ao exercício da função pois, tratando-se de uma função de confiança, somente se justifica enquanto houver a fidúcia especial. A presença desses atos diminui o espectro da base de confiança.

A fixação de um prazo objetivamente aferível, outrossim, diz respeito à distribuição de, ao menos, dois ônus: a) ônus argumentativo, no sentido de que caberá ao empregado ou ao empregador, segundo o prazo seja inferior ou superior a 10 (dez) anos, apresentar mais fundamentos que justificam a preservação ou a retirada da gratificação de função: não ultrapassado o prazo, caberá ao empregado indicar quais os demais aspectos seriam indutores da confiança na preservação, ao passo que, se ultrapassado esse marco temporal, tem o empregador o encargo de justificar o afastamento das expectativas criadas perante o empregado; b) ônus probatório, de atribuir à parte o encargo de demonstrar os fatos que justificam a manutenção ou retirada da gratificação, tendo em vista a distribuição estática estabelecida no art. 818 da CLT: antes de ultrapassado o prazo de 10 (dez) anos, caberá ao empregado demonstrar os fatos que constituem sua pretensão, ao passo que, transcorrido tal

lapso, será do empregador o encargo de demonstrar fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do empregado.

Ademais, sob uma ótica democrática, entende-se ser necessário que a pretensão do empregador em reverter o empregado ao cargo efetivo e a supressão salarial, tamanha a sua gravosidade no âmbito da relação de emprego, deva ser objeto de uma relação dialógica entre o empregado e o empregador. Como visto no capítulo 2, a participação da pessoa nas decisões que lhe dizem respeito também é uma forma de concretização do princípio da segurança jurídica. Isso significa que a pretensão de reverter o empregado ao cargo efetivo, após o marco temporal acima fixado, de 10 (dez) anos, deverá ser precedida da possibilidade de o empregado poder manifestar-se¹⁹⁰. Não se nega, é verdade, a apresentação de óbices a essa exigência, especialmente quando se prescinde da indicação para o empregado do motivo que ensejou a dispensa por justa causa. Todavia, trata-se de uma imposição da segurança jurídica.

Não se afigura possível contrapor com o que ocorreu no plano do Direito Administrativo, no qual houve alteração legislativa para o fim de afastar a possibilidade de incorporação da gratificação por parte dos servidores públicos¹⁹¹.

Todavia, como visto no capítulo 2, a segurança é um princípio jurídico e, como tal, está sujeito a regras de colisão, o que significa a possibilidade, em determinadas circunstâncias, da prevalência de um princípio sobre outro, ao passo em que, em outras circunstâncias, o princípio afastado possa prevalecer em relação àquele princípio anteriormente predominante. Essa regra de colisão significa que um princípio pode prevalecer em face de outro, conforme características da relação jurídica. No âmbito do Direito Administrativo, vige também o princípio da legalidade em razão do qual a Administração Pública deve observar os comandos legais, o qual, igualmente ao princípio da segurança jurídica, possui assento constitucional (art. 37, *caput*). Portanto, no Direito Administrativo, subsiste uma autorização constitucional para que legislador possa realizar determinadas ponderações e, preservada a essência de cada um dos princípios constitucionais, estabelecer a não incorporação da gratificação de função, como se deu com a revogação do § 2º do art. 62 da Lei 8.112/1990. Ademais, nessa seara jurídica, vige também o princípio do interesse público que justifica a sua prevalência em relação ao interesse particular do servidor público.

¹⁹⁰Santos (2015) busca apresentar essa concepção dialógica no âmbito do exercício do poder disciplinar, ao defender o “poder disciplinar compartilhado” (SANTOS, Enoque Ribeiro dos. Temas contemporâneos de direito do trabalho e processo do trabalho. Salvador: Editora Juspodivm, 2015, p. 153-178).

¹⁹¹No âmbito federal, o art. 62, § 2º da Lei 8.112/1990 disciplinava o tema nos seguintes termos: “A gratificação prevista neste artigo incorpora-se à remuneração do servidor e integra o provento da aposentadoria, na proporção de 1/5 (um quinto) por ano de exercício na função de direção, chefia ou assessoramento, até o limite de 5 (cinco) quintos”.

Assim, é necessário que seja realizada a interpretação conforme a Constituição do § 2º do art. 468 da CLT. Efetivamente, é lícito ao empregador reverter o empregado ao cargo efetivo e, conseqüentemente, suprimir-lhe a gratificação de função, como assegura o novo regramento. Para tanto, todavia, é necessário que esse exercício do cargo de confiança não perdure por longo tempo tampouco que o empregador tenha adotado certos comportamentos indutores de uma legítima expectativa, pois, em situações assim, existe uma confiança do empregado, que carece ser tutelada pelo princípio constitucional da segurança jurídica.

4. AS RESTRIÇÕES À CRIAÇÃO DE SÚMULAS E A VIOLAÇÃO À PREVISIBILIDADE HERMENÊUTICA DOS TRIBUNAIS TRABALHISTAS

4.1 Aspectos técnicos do Direito do Trabalho como exigência da atuação jurisdicional

Uma das condições necessárias para que haja segurança jurídica consiste na qualidade das leis (ÁVILA, 2016, p. 57). Uma legislação que se caracteriza pela sua elevada qualidade técnica e por uma linguagem que viabiliza a compreensão por parte dos destinatários tem a possibilidade de oferecer a resposta mais segura ao caso concreto. Por outro lado, leis com uma “ênfase também qualitativa” (DIP, 2012, p. 54), de menor rigor técnico, podem potencializar a insegurança jurídica¹⁹². Ademais, ao se debruçar sobre o ordenamento posto, o intérprete identificará que o objeto de sua análise traz as contradições inerentes aos valores subjacentes a uma sociedade e a um determinado momento histórico, em decorrência de suas ideologias, valores, objetivos, técnicas etc., o que apenas reflete a complexidade do tecido social contemporâneo ao momento da edição daquele conjunto normativo.

Ainda que pretendam abarcar uma infinidade de situações fáticas, os textos jurídicos fatalmente incorrem em omissões ante a impossibilidade humana e material de regular todas as hipóteses decorrentes do tráfego social. Portanto, é bastante factível a falibilidade do legislador em regulamentar as relações jurídicas. Ademais, é possível em um ordenamento jurídico que se pretenda harmônico a existência, em seu seio, de inúmeras contradições que colocam em xeque a sua consistência e coerência. Tratam-se de características que, poderíamos dizer, são inerentes ao próprio ordenamento jurídico.

Além dessas características, ao redigir os textos normativos, o legislador pode recorrer a enunciados linguísticos ora mais específicos ou diretos, ora de uma tessitura aberta, que proporcionam um maior alcance dos textos normativos, que, ao mesmo tempo, possuem menor objetividade.

Sob a nomenclatura – “aspectos técnicos” –, o presente capítulo busca analisar as características presentes na elaboração das regras jurídicas no âmbito do Direito do Trabalho e do Processo do Trabalho, reunidas em dois grupos: a) o primeiro diz respeito a fatores

¹⁹² Isso ocorre, por exemplo, com legislações cujas alcunhas são apresentadas pela doutrina, como as “leis ônibus” (um único instrumento legislativo provoca alterações e vários setores, como explica Humberto Ávila, “leis jabutis” (a inserção de um tema estranho ao objeto do diploma normativo), “leis propagandas” ou “simbólicas” (destinadas a darem apenas uma satisfação ao público), “leis ideológicas” (que, marcadas por uma forte opção ideológica, olvidam todos a complexidade relativa ao tema objeto de regulamentação). ÁVILA, Humberto. Teoria da segurança jurídica. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 59.

inerentes à própria concepção de um ordenamento jurídico, com a constatação da existência de lacunas e antinomias nos textos normativos; b) o segundo refere-se à linguagem utilizada na redação desses textos, marcada pela vagueza, ambiguidade e porosidade.

4.1.1 A existência de lacunas e contradições no ordenamento juslaboral

Compreendidas como “deficiências do Direito positivo (do Direito legislado ou do Direito consuetudinário), apreensíveis como faltas ou falhas de conteúdo de regulamentação jurídica para determinadas situações de facto” (ENGLISH, 1988, p. 279), as lacunas jurídicas correspondem a um tema que tem atraído a atenção da doutrina, especialmente quanto à possibilidade de suas ocorrências, uma vez que essa indagação depende da própria concepção do intérprete sobre o Direito, qual seja, a de saber se o Direito constitui, ou não, uma ordem limitada, conforme esclarece Karl English (1988, p. 277-279).

Mais recentemente, o pós-positivismo orienta-se no sentido da inexistência de lacunas normativas no sistema jurídico. Como afirma André Araújo Molina (2017, p. 176-179), uma vez que os princípios possuem caráter normativo e são mandados de otimização, toda relação jurídica, quando não recolhida por uma regra jurídica, necessariamente o será por um princípio.

Não obstante essa manifestação, somente é possível corroborá-la quando se analisa o direito em sua concretização, uma vez que, a partir de todo o contexto fático e em face dos elementos normativos de que dispõe, completos ou falhos, o operador do direito extrai a norma jurídica a ser aplicada àquela situação. Como disse Rodolfo de Camargo Mancuso (2019, p. 427), a rigor, “a referida *presunção* de *completude* ou de *plenitude* do ordenamento jurídico, assiste antes ao *Direito Positivo* propriamente dito, do que à lei em si mesma”.

Assim, é possível afirmar que existem lacunas, colmatadas pela atividade do intérprete, especialmente em um ambiente como o Direito do Trabalho e o Processo do Trabalho.

De fato, embora haja uma pretensão de regular todas as relações fático-jurídicas ocorridas no âmbito do contrato de trabalho por meio da Consolidação das Leis do Trabalho – inicialmente com 922 artigos, muitos revogados –, que regula temas de direito individual do trabalho a processo do trabalho, passando por direito coletivo do trabalho, fiscalização trabalhista e organização judiciária, o que demonstra a impossibilidade de se alcançar esse objetivo, especialmente porque, desde o ano de sua edição (1.943), houve um incremento na

complexidade das relações laborais a exigir uma intensa atuação uniformizadora da jurisprudência (CARDOSO; DUARTE, 2018, p. 254-255).

Maria Helena Diniz (2000, p. 89) apresenta uma classificação das lacunas jurídicas tendo como critério suas naturezas¹⁹³: a) lacunas “normativas” (também chamadas de patentes ou reais) e que consistem na ausência de regulamentação expressa sobre determinado tema. Trata-se das lacunas de mais fácil percepção porque consistem em uma infrutífera pesquisa, no sistema jurídico base, de alguma norma que possa ser aplicada à situação concreta. As lacunas normativas correspondem à falta de regulamentação legal sobre determinados fatos, configurando a forma mais visível desse fenômeno. Inúmeras situações poderiam ser apresentadas: note-se que, no plano da legislação trabalhista, por exemplo, inexistente regulamentação sobre temas bastante atuais, como o assédio moral, tratado de forma expressa no plano federal apenas na NR 17¹⁹⁴; ou ainda no dever de informação, espreado em diversos dispositivos do Código do Trabalho de Portugal, o que passou a largo na reforma empreendida pela Lei 13.467/2017, em nítida omissão legislativa; b) lacunas “ontológicas”, que representam as “inadequações da ordem normativa quanto ao 'ser' (*Sein*), aquilo que é”, nas quais existe uma norma, todavia ela não mais guarda correspondência com os fatos sociais em razão do desenvolvimento das relações sociais ou também com o progresso técnico que leve à superação da norma existente (DINIZ, 2000, p. 95). A lacuna ontológica corresponde a um desajuste entre o conteúdo da regulamentação e o objeto regulado em face de uma evolução social e legislativa em situações idênticas. Como exemplo, citam-se as hipóteses de suspeição e impedimento do juiz: a regulação realizada pela CLT estabelece apenas a figura da suspeição do julgador, vinculada à pessoa do litigante (não em relação ao advogado) e assim mesmo apenas em caso de inimizade pessoal, amizade íntima, parentesco por consanguinidade ou afinidade até o terceiro grau civil e interesse particular na causa (art. 801). Ocorre que tais hipóteses são absolutamente insuficientes, considerado o momento social atual, informado por diversos outros fundamentos como increpantes da atuação judicial. Observe-se que o rol do processo comum contempla inúmeras outras hipóteses de impedimento e suspeição não previstas à época da edição da CLT. Entender-se pela autossuficiência do processo do trabalho seria admitir que o processo comum conta com um extenso rol de garantias de imparcialidade ao jurisdicionado, ao passo que no processo do trabalho os sujeitos processuais ficam a descoberto em situações que efetivamente

193Nítida a influência da doutrina de Miguel Reale, e o tridimensionalismo jurídico que propõe, no pensamento de Maria Helena Diniz ao realizar tal classificação.

194Anexo II, item 5.13.

comprometem a garantia de imparcialidade do julgador¹⁹⁵. Outro exemplo de lacuna ontológica consiste no rol de matérias previstas na CLT como ensejadoras dos embargos à execução; c) por seu turno, as lacunas “axiológicas” ocorrem quando existe o “preceito normativo, mas, se for aplicado, sua solução será insatisfatória ou injusta” (DINIZ, 2000, p. 95). Elas pressupõem um juízo acerca dos valores imperantes num determinado contexto social e jurídico de forma que o julgador possa aferir quais são os critérios de justiça no caso presente. Trata-se, na verdade, de uma lacuna “crítica” em que a redação do texto legal não é compatível com a compreensão que o intérprete tem quanto ao fato concreto, o que importa na exigência de um “Direito mais perfeito”. Segundo English (1988, p. 282), não se trata de uma lacuna autêntica e própria, mas sim *de lege ferenda*, que “apenas pode motivar o poder legislativo a uma reforma do Direito, mas não o juiz a um preenchimento da dita lacuna”. Trata-se da espécie de lacuna menos aceita à medida que autorizaria um amplo poder discricionário ao julgador.

Observa-se que, enquanto a lacuna normativa diz respeito ao texto em si, as lacunas ontológicas e as axiológicas são lacunas de sentido (SCHIAVI, 2015, p. 59).

Além das lacunas, no plano abstrato da legislação, é possível também enxergar a existência das contradições.

Apesar de se pretender um ordenamento jurídico que seja consistente, nem sempre esse desiderato é possível, tendo em vista que a ordem jurídica apresenta o fenômeno da antinomia jurídica, “situação que se verifica entre duas normas incompatíveis, pertencentes ao mesmo ordenamento e com o mesmo âmbito de validade” (BOBBIO, 2014, p. 91). Segundo esse mesmo autor (2014, p. 88), as antinomias¹⁹⁶ podem ocorrer (a) entre uma norma que “manda fazer algo” e uma que “proíbe fazê-lo”, (b) entre uma norma que “manda fazer” e uma que “permite não fazer” e (c) entre uma norma que “proíbe fazer” e uma que “permite fazer”.

195 Não nos parece que, pelo fato de a CLT não contemplar aquelas hipóteses de suspeição e impedimento previstas no CPC, seja possível o julgamento por um juiz que atuou no processo como advogado, perito etc., ou que tenha julgado em outro grau de jurisdição, ou quando estiver atuando como membro do ministério público ou advogado um amigo, inimigo ou parente próximo, que tiver recebido presentes de quaisquer das partes, ou tiver orientado alguma das partes, dentre aquelas hipóteses previstas nos arts. 144 e 145 do CPC.

196 Conforme Norberto Bobbio, a antinomia, para que possa ocorrer, exige-se que (i) sejam válidas (isso afasta um outro critério eventualmente cogitado, o da competência, pelo qual deveria ser aplicada a norma editada pelo ente federativo ao qual a Constituição, nos arts. 22, 24 e 30, I, atribui a respectiva competência legislativa); (ii) que as duas normas incompatíveis pertençam ao mesmo ordenamento jurídico (o que não exclui a eventual antinomia com normas internacionais quando internamente houver tal previsão, como é o caso do ordenamento brasileiro); (iii) que as duas normas tenham o mesmo âmbito de validade (p. 90-91). BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico. 2ª ed. 2ª reimp. São Paulo: EDIPRO, 2014.

Dentre as diversas espécies de contradições sugeridas pela doutrina¹⁹⁷, há de se destacar a contradição normativa, que consiste “em uma conduta *in abstracto* ou *in concreto* aparecer ao mesmo tempo como prescrita e não prescrita, proibida e não proibida” (ENGLISH, 1988, p. 313). É o que se chama por “antinomia própria”. Como exemplo de uma antinomia no ordenamento laboral, tem-se aquela que, a despeito de assegurar a isenção das despesas processuais em caso de concessão de justiça gratuita (CLT, art. 790, § 4^o¹⁹⁸), imputa o pagamento de custas ao reclamante que, injustificadamente, faltar à audiência (CLT, art. 844, § 2^o¹⁹⁹).

Além da contradição normativa, também é possível a existência da contradição valorativa, que resulta do fato de o legislador não se manter fiel a uma valoração por ele próprio realizada. É possível afirmar que a Reforma Trabalhista deixou a CLT com inúmeras contradições valorativas: a) existe uma limitação tanto aos valores da reparação de danos morais (CLT, art. 223-G, § 1^o) como também em relação aos bens tutelados (CLT, art. 223-G, § 1^o), o que não se verifica noutras searas jurídicas; b) a inexistência de limite para que seja realizada a retenção de créditos salariais do empregado quando tiver que pagar honorários advocatícios, embora o art. 833, § 2^o, do CPC somente autorizar a penhora de salário – salvo para pagamento de parcela alimentícia – da importância que superar os 50 (cinquenta) salários-mínimos; c) o *caput* do art. 10-A da CLT estabelece que a responsabilidade dos sócios retirantes limita-se a 2 (dois) anos a partir da averbação da saída, contrariamente à Constituição Federal, que estabelece ser de 5 (cinco) anos o prazo prescricional no curso do contrato de trabalho²⁰⁰; d) responsabilidade pelo pagamento dos honorários periciais, ainda que seja reconhecida a assistência judiciária (CLT, art. 790-B), contrariamente ao que ocorre com a sistemática estabelecida no âmbito do processo comum (CPC, art. 98, § 1^o, VI). Como esclarece a doutrina quanto às contradições valorativas, “podemos dizer que o legislador se

197Karl English traz-nos diversas outras espécies de contradições jurídicas: a) contradições de técnica legislativa, caracterizada pelo fato de o legislador utilizar vocábulos distintos com idêntico significado, algo que a Lei Complementar nº 95/1998 busca evitar; b) contradições valorativas; c) contradições teleológicas, mais raras, “aparecem sempre que a relação de meio a fim entre as normas se não verifica mas deveria verificar-se”; d) contradição de princípios, as “desarmonias que surgem numa ordem jurídica pelo facto de, na constituição desta, tomarem parte diferentes ideias fundamentais entre as quais se pode estabelecer um conflito” (p. 317). ENGLISH, Karl. Introdução ao pensamento jurídico. 6ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1988. A tese que sustenta a existência de normas constitucionais inconstitucionais, é um exemplo dessa espécie. Na realidade, o texto constitucional brasileiro é repleto de antinomias de princípios, sendo, o seu texto final, o resultado de diversas correntes antagônicas que buscaram fazer prevalecer seus valores. Tratam-se, essas espécies, da categoria de “antinomias impróprias”, trazida por Maria Helena Diniz (p. 479-480): DINIZ, Maria Helena. Compêndio de introdução à ciência do direito. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

198“O benefício da justiça gratuita será concedido à parte que comprovar insuficiência de recursos para o pagamento das custas do processo”.

199“Na hipótese de ausência do reclamante, este será condenado ao pagamento das custas calculadas na forma do art. 789 desta Consolidação, ainda que beneficiário da justiça gratuita, [...]”.

200Sobre isso, ver tópico 5.3 do capítulo 5.

põe em conflito com as suas próprias valorações, e que, portanto, a contradição valorativa é uma contradição *imane*nte” (ENGISH, 1988, p. 316). Ocorre uma violação ao dever de coerência que se deve esperar do ordenamento jurídico.

Identificada a existência de uma contradição, impõe-se a busca de critérios que possam solucioná-la, afinal, “o direito não tolera antinomias” (BOBBIO, 2014, p. 85). Para tanto, propõe-se a utilização de diversos critérios: a) hierárquico, ao pugnar que a norma superior prevalece em relação à norma de ordem inferior. Trata-se de uma questão lógica, uma vez que as normas inferiores possuem menor força normativa no cotejo com aquelas situadas em nível hierárquico superior e, portanto, a elas devem ceder. Esse critério, todavia, não incide com toda a sua inteireza no Direito do Trabalho, assentado no cânone da prevalência da “norma mais favorável ao empregado” (CF, art. 7º, *caput*); b) cronológico, em razão do qual a norma posterior prevalece em relação à norma anterior. Esse critério, positivado no direito brasileiro (LINDB, art. 2º, § 1º²⁰¹), provoca dificuldades, especialmente quando se trata de uma relação jurídica de trato sucessivo, como o contrato de trabalho; c) o terceiro critério é da especialidade da norma, de forma que prevalece a norma com regras mais específicas. Sua razão de ser decorre do fato de que a norma mais específica está atenta às circunstâncias do caso concreto, concretizando a ideia de justiça sob a perspectiva da igualdade material²⁰².

Se é certo que esses critérios de solução de antinomias são propostos no âmbito do direito comum²⁰³, no âmbito do direito do trabalho e do processo do trabalho, como, aliás, em todos as searas jurídicas, impõe-se atentar às suas especificidades e a seus princípios próprios. Um deles consiste na incidência da norma mais benéfica ao empregado, princípio basilar do direito do trabalho. Como exemplo dessa situação, cita-se o período do mandato dos integrantes da CIPA, pois, se para os demais empregados sua duração é de 1 (um) ano²⁰⁴, para

201Decreto-Lei 4.657/1942. Art. 2º. § 1º “A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior”.

202 Esse critério da especialidade – de amplo reconhecimento no plano do direito comum – foi adotado no âmbito do direito coletivo face à alteração do art. 620 da CLT provocada pela Lei 13.467/2017: “As condições estabelecidas em acordo coletivo de trabalho sempre prevalecerão sobre as estipuladas em convenção coletiva de trabalho”.

203 André Araujo Molina afirma que os “critérios clássicos, próprios do positivismo jurídico, como a hierarquia, temporalidade e especialidade não mais atendem adequadamente o novo sistema jurídico, na exata medida em que não há mais escalonamento piramidal, de modo que torna-se estéril o critério da hierarquia para solução das antinomias normativas” (MOLINA, 2017, p. 152). Para esse autor, os critérios clássicos devem ser substituídos pelo princípio *pro homine*, construído para a fazer a interlocução (“cláusula de diálogo”, “vaso comunicante” ou “cláusula de retroalimentação”, conforme Valerio Mazzuoli: 2013a, p. 85) entre o direito internacional e o direito interno no tocante aos direitos humanos, que propugna a prevalência da norma com maior aptidão a proteger o ser humano. Esse princípio, além de ser um critério de solução das antinomias, ostenta um conteúdo hermenêutico, a orientar a interpretação dos textos normativos (MOLINA, 2017, p. 152-161).

204CLT. Art. 164, § 3º: “O mandato dos membros eleitos da CIPA terá a duração de 1 (um) ano, permitida uma reeleição”.

os empregados rurais esse período será de 2 (dois) anos²⁰⁵. Se forem utilizados os critérios do direito comum, a CLT, por ser superior e anterior, deveria prevalecer sobre a NR 31; todavia, se o intérprete recorrer ao princípio da norma mais favorável aos empregados, atrai-se a regência da Norma Regulamentadora²⁰⁶.

Uma situação que desperta a atenção consiste na possibilidade de antinomia entre o texto legal e o princípio jurídico infraconstitucional, ou, na terminologia de Karl Englich, uma contradição “secundária”, por exemplo, quando uma nova lei contraria algum princípio de Direito do Trabalho. Presente essa situação, bastante factível no contexto da reforma trabalhista, indaga-se: prevalecem os novos dispositivos legais ou, ao contrário, porque eles violam os princípios trabalhistas, esses os sobrepujam?

Um exemplo talvez torne mais claro o questionamento: a Lei 13.467/2017 expressamente excluiu a exigência de homologação sindical para os empregados com mais de 1 (um) ano de emprego, regra existente no regime legal anterior como forma de assegurar uma higidez a esse ato de quitação das verbas rescisórias. Surge a indagação: os empregados que, à data da entrada em vigor da Lei 13.467/2017, já tivessem mais de 1 (um) ano de emprego, mas cuja dispensa ocorreu posteriormente à vigência desse texto, estariam sujeitos à homologação sindical? Nesse caso, há um choque do texto legal com o princípio da proteção. Ainda que os princípios sejam compreendidos como estruturas mestras de um determinado sistema e moldem toda a teoria e prática do Direito (em realidade, uma espécie de norma) e, portanto, ostentem conteúdo normativo, é possível afirmar que eles são identificados a partir do sistema jurídico já construído. Na construção desse sistema jurídico, imprescindível faz-se a observância do direito positivado, uma vez que se trata de regra expressa, decorrente do exercício de ponderação levada a efeito pelo próprio legislador, cuja opção axiológica há de se ter presente também pelo julgador.

A rigor, essa opção legislativa resulta de uma decisão democrática do legislador, o que significa, como apresenta Thomas da Rosa de Bustamante (2013, p. 134), que o conflito entre princípio e regra é solucionado pelo predomínio da regra sobre o princípio de igual hierarquia – como é o caso em questão – pois a pretensão de definitividade presente nas regras jurídicas manifesta-se em seu grau máximo em razão da ponderação e priorização realizada pelo

205NR 31. Item 31.7.6: “O mandato dos membros da CIPATR terá duração de dois anos, permitida uma recondução”.

206 Nesse ponto há se indagar se um texto inferior, mas vinculado, como os regulamentos à lei, podem ultrapassar os limites estabelecidos no texto que lhe dá suporte.

próprio legislador. Assim, como afirma esse autor, “existência de uma regra implica, em si mesma, uma decisão sobre a prioridade entre princípios colidentes”²⁰⁷.

A existência de lacunas e de antinomias no ordenamento jurídico, como bem se vê, significa uma indefinição sobre a existência ou sobre qual a regra rege uma determinada relação jurídica, manifesta causa de insegurança jurídica, exigindo-se uma atuação do órgão institucionalmente estabelecido para colmatar a omissão ou sanar a contradição, no caso brasileiro, uma tarefa atribuída especialmente ao Judiciário. Disso decorre o realce do papel conferido à jurisprudência como um fator de previsibilidade e, conseqüentemente, de segurança jurídica.

4.1.2 O caráter aberto dos textos normativos trabalhistas

Ao elaborar os textos normativos, o legislador pode adotar textos mais claros e diretos. Ao utilizar-se dessa técnica redacional mais precisa, objetiva-se diminuir espaços duvidosos na interpretação, o que tem o condão de potencializar a segurança jurídica sob o prisma da previsibilidade, à medida que os destinatários das normas têm condições de conhecer o teor da norma, o seu alcance, o seu significado e, conseqüentemente, comportar-se segundo essa previsão.

Embora essa técnica legislativa guarde uma proximidade maior com a objetividade dos textos, ela não é totalmente satisfatória, uma vez que estabelece um engessamento das relações sociais, uma camisa de força a impedir a renovação e atualização dos vínculos jurídicos, além do que se limita às situações expressamente contempladas no texto da lei, o que obsta a dinamicidade inerente ao tráfego social. Em razão disso, propugna-se pela adoção de técnicas de expressão linguística que permitam uma oxigenação e a evolução da norma e que possibilitem a sua plasticidade às relações sociais. Para tanto, recorre-se às “normas abertas”, nas quais são usados termos “cuja tessitura é semanticamente aberta, e dotados, geralmente, de cunho valorativo” (MARTINS-COSTA, 2018, p. 133)²⁰⁸.

207 Nota-se que não é possível à legislação ignorar seus princípios informativos, sob pena de o legislador construir um edifício sem o seu alicerce. Assim, como afirma Bustamante (2013, p. 120, 132), “apesar da importância central da legislação, a regra nunca perde completamente o contato com os princípios que se escondem por detrás dela. Toda regra jurídica conserva uma ligação com os princípios que lhe dão fundamento” (p. 120) pois “em um sistema jurídico de regras e princípios são estes que constituem o fundamento jurídico e axiológico daquelas” (p. 132): BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Conflitos normativos e decisões *contra legem*: uma nota sobre a superabilidade das regras jurídicas. In: FELLET, André Luiz Fernandes; et al. (orgs.) As novas faces do ativismo judicial. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 115-143.

208 Afirma a doutrina que todas as expressões jurídicas são indeterminadas (ou vagas), em menor ou maior medida. A indeterminação, portanto, não é uma qualidade, mas principalmente uma questão de grau, conforme Claudio Luzzatti: “Tutte le espressioni linguistiche sono indeterminate in minor o maggior misura,

Daí a utilização, pelo legislador, das “cláusulas gerais” e dos “conceitos jurídicos indeterminados”, espécies da categoria “norma aberta” (MARTINS-COSTA, 2018, p. 133)²⁰⁹, que completa afirmando que os códigos mais recentes caracterizam-se por adotar um método que mescla as normas casuísticas com as normas abertas (p. 140-142).

Trata-se de uma opção metodológica presente em diversos diplomas normativos, adotada com profusão no âmbito da legislação trabalhista, na qual se veem termos como: “riscos” da atividade econômica (art. 2º), “trabalho de igual valor” (art. 5º), atos praticados com o “objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar” (art. 9º), “improbidade”, “incontinência de conduta ou mau procedimento”, “habitual”, “desídia”, “indisciplina”, “insubordinação” (art. 482), “modo temerário” (art. 793-B, V), “peculiaridades relacionadas à causa” (art. 818, § 1º), “motivo relevante”, “motivo legalmente justificável” (art. 844, §§ 1º e 2º), os quais são exemplos, em rol jamais exaustivo, da adoção de normas abertas por parte do legislador trabalhista.

As cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados²¹⁰ são espécies de normas abertas e possuem em comum o fato de utilizarem-se de termos vagos, imprecisos, que fazem remissão a valores sociais ou jurídicos e, portanto, carecem ser preenchidos pelo julgador. Ao

anche quelle dei linguaggi costruiti artificialmente. La vaghezza, dunque, non è una qualità che c'è o non c'è, ma è principalmente una questione de grado” (1990, p. 4-5 *apud* por JORGE JUNIOR, Alberto Gosson. Cláusulas gerais no novo Código Civil. 2004, p. 5, nota de rodapé n. 11). “Todas expressões linguísticas são indeterminadas em menor ou maior medida, mesmo aquelas de linguagem artificialmente construída. também aquela da linguagem construída artificialmente. A vaghezza, portanto, não é uma qualidade que existe ou não, mas é principalmente uma questão de grau” (tradução nossa). Na realidade, como disse Hebert Hart (2009, p. 165), uma característica do Direito consiste justamente na gradual vaghezza semântica de seus termos, uma vez que “a linguagem geral em que a norma se expressa não pode fornecer senão uma orientação incerta” (HART, Hebert L. A. O conceito de direito. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009).

209Judith Martins-Costa (2018, p. 133) traz, como sinônimos, os vocábulos “normas vagas”, “enunciados elásticos”, “dúcteis” (MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação. 2ª ed. São Paulo: Saraiva Educação. 2018). Releva salientar que a adoção dessa categoria convive com as normas casuísticas. Embora a doutrina afirme que se trata de uma construção iniciada no BGB (código civil alemão, de 1900) de onde se espalhou para outros ordenamentos, o Código Comercial (Lei 556, de 26 de junho de 1850) já trazia termo vago, ao referir-se à boa fé: a) art. 131 - “Sendo necessário interpretar as cláusulas do contrato, a interpretação, além das regras sobreditas, será regulada sobre as seguintes bases: 1 - a inteligência simples e adequada, que for mais conforme à boa fé, e ao verdadeiro espírito e natureza do contrato, deverá sempre prevalecer à rigorosa e restrita significação das palavras;” b) art. 825 - “Não existindo presunção de culpa ou fraude na falência, o falido que se não ocultar, e se tiver apresentado em todo os atos e diligências da instrução do processo (art. 822), tem direito a pedir, a título de socorro, uma soma a deduzir de seus bens, proposta pelos administradores, e fixada pelo Tribunal, ouvido o Juiz comissário, e tendo-se em consideração as necessidades e família do mesmo falido, a sua boa fé, e a maior ou menor perda que da falência terá de resultar aos credores”.

210Registra-se o posicionamento de Eros Roberto Grau (1988, p. 159) no sentido de que a “indeterminação apontada em relação a eles [conceitos indeterminados] não é dos conceitos (ideias universais), mas de suas expressões (termos). Daí minha insistência em aludir a termos indeterminados de conceitos, e não a conceitos indeterminados”(GRAU, Eros Roberto. Por que tenho medo dos juízes: a interpretação/aplicação do direito e os princípios. 9ª ed. refundida do Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito. São Paulo: Malheiros, 2018). Logo em seguida, esse autor afirma: “Este ponto era e continua a ser, para mim, de importância extrema: não existem conceitos indeterminados” (op. cit., loc. cit.).

utilizar-se das normas abertas, o legislador deixa de detalhar a regulamentação, outorgando ao julgador a tarefa de recolher, na concepção jurídica e social que envolve aquele tema, quais são os seus extremos. Assim, por meio dessa opção metodológica, em vez de se utilizar de termos específicos e casuísticos²¹¹, o legislador generaliza o conteúdo, o que potencializa o alcance da norma, pois essa passa a ter o condão de abarcar inúmeras situações ou hipóteses fáticas que guardam conexão entre si. Assim, se pelo método da normatização casuística, o legislador regula até ao máximo possível as *fattispecies* de incidência da norma, bem como os limites e as consequências de uma determinada conduta, ao recorrer às normas abertas, o legislador utiliza-se de termos de elevado alcance, aptos a regular um grande número de situações não previstas. O ordenamento ganha em alcance de dinamicidade, no entanto perde em objetividade e, portanto, em grau de segurança jurídica.

Se os conceitos jurídicos indeterminados e as cláusulas gerais podem ser agrupados pelo fato de utilizarem-se termos de tessitura aberta, todavia, há diferenças entre eles.

Nos conceitos jurídicos indeterminados, o legislador estabelece quais são as consequências respectivas. Aqui o legislador propicia a abertura apenas quanto ao recolhimento do significado do termo, mas o resultado já está previsto. Desse modo, presente determinada prática que atenda aos limites semânticos de um conceito jurídico indeterminado “mau procedimento” ou “incontinência de conduta”, o resultado será o reconhecimento da prática de um ato faltoso por parte do empregado, culminando-se com a dispensa por justa causa se houver o atendimento aos demais requisitos (CLT, art. 482, “b”). Ou seja, há um espaço concedido ao julgador para identificar o que vem a ser “mau procedimento” ou “incontinência de conduta”. Mas, realizada essa operação mental, o julgador não possui um espaço maior de liberdade, pois a consequência já é estabelecida pelo próprio texto legal.

Por outro lado, nas cláusulas gerais não há esse silogismo, uma vez que em tais espécies normativas o legislador não apresenta qual a resposta, o que permite que o juiz estabeleça qual seria a melhor solução para o caso concreto. Neste caso, o julgador tem um espaço mais amplo na definição tanto do conteúdo da norma quanto a solução proposta. “Em razão disso, as cláusulas gerais quando identificadas pelo magistrado exigem que ele formule a solução mais consentânea com a ordem jurídica para a solução do caso” (ABBOUD;

211 Afirma English: “Se o conceito multissignificativo de ‘cláusula geral’, que não raramente vemos confundido com um dos conceitos acima mencionados, há-de ter uma significação própria, então faremos bem em olhá-lo com conceito que se contrapõe a uma elaboração ‘casuística’ das hipóteses legais. ‘Casuística’ é aquela configuração da hipótese legal (enquanto somatório dos pressupostos que condicionam a estatuição) que circunscreve particulares grupos de casos na sua especificidade própria” (1988, p. 228). Martins-Costa (2018, p. 143) é enfática em sustentar a necessidade do paralelismo entre normas casuísticas e cláusulas gerais para a distinção.

CARNIO; OLIVEIRA, 2014, p. 293). Ao possibilitar que a Justiça do Trabalho recorra à analogia e à equidade, “mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público”, o art. 8º da CLT usa termos abertos (equidade, interesse etc.) sem, contudo, apresentar o conteúdo da respectiva decisão. Trata-se de hipótese clara da utilização de cláusulas gerais.

As cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados constituem estruturas normativas parcialmente em branco, completadas por meio de referências a regras extrajurídicas ou que estejam localizadas em outros sistemas jurídicos (MARTINS-COSTA, 2018, p. 158-159). Nessa complementação, há um destacado e ativo papel do julgador na produção da norma concreta, uma vez que as regras com tais características “simplesmente, definem valores e parâmetros hermenêuticos. Servem assim como ponto de referência interpretativo e oferecem ao intérprete os critérios axiológicos” (TEPEDINO, 2002, p. 19).

Já se fez questão de realçar, até mesmo como uma forma de caracterizá-las, que as normas abertas recorrem a termos linguísticos vagos: indeterminação ou vagueza são marcas das cláusulas gerais e dos conceitos jurídicos indeterminados. Ao utilizar-se de uma norma aberta, o legislador realiza a “formulação da hipótese legal que, em termos de grande generalidade, abrange e submete a tratamento jurídico todo um domínio de casos” (ENGLISH, 1988, p. 229). Note-se que sua utilização pode ser, até mesmo, uma imposição metodológica, especialmente quando conscientemente elaborada pelo legislador, pois essa “vagueza programada” tem a aptidão de promover uma maior adequação do texto normativo a novas situações fáticas que surgem em razão da evolução social (MARTINS-COSTA, 2018, p. 151-152). Assim, a utilização de termos vagos apresenta diversas funcionalidades como a abertura, mobilidade, preenchimento e ressystematização do ordenamento jurídico, pois eles asseguram um espaço no qual as relações sociais possam ser regradas pelo ordenamento jurídico a despeito de não contempladas expressamente na concepção normativa original, uma vez que o Direito “está sujeito às modificações sociais; ainda quando a lei não reaja, a ordem jurídica deve fazê-lo”, conforme menciona António Manoel Menezes Cordeiro (1984, p. 46 *apud* MARTINS-COSTA, 2018, p. 174)²¹².

212A mobilidade do ordenamento jurídico proporcionada pelo uso de termos gerais pode ser visualizada quando se observa que, a partir da existência desses termos, afigura-se possível o surgimento de novos institutos. Assim, o sistema jurídico não fica estático, rígido, estagnado, ainda que seja estável. Como diz Martins-Costa (2018, p. 179-185), o mais expressivo exemplo está na cláusula geral de boa-fé: prevista nos artigos 187 e 422 do Código Civil, após momento inicial de intensa discussão e “algaravia”, permitiu o ingresso no ordenamento jurídico das noções de inadimplemento antecipado, adimplemento substancial etc. Essa mobilidade propicia, inclusive, que haja uma ressystematização, com a formação de novos institutos, bem como a ressignificação de institutos jurídicos já existentes, como a supressão, a surrectio, o dever de mitigação dos próprios danos etc.

Assim, as cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados possibilitam que o julgador tenha um espaço relativamente mais amplo para que possa extrair a norma jurídica concreta, com o preenchimento desses espaços mediante os critérios socialmente ou normativamente estabelecidos.

Não obstante esse aspecto positivo, a utilização das normas abertas tem sido objeto de críticas por parte da doutrina, uma vez que, há o risco de, justamente em face do seu caráter funcional delas – essa maior flexibilidade e dinamicidade na obtenção dos significados dos termos utilizados –, abrir ensanchas para o arbítrio e o subjetivismo dos julgadores. Trata-se de um concreto receio de que cada juiz possa, em decorrência da existência de textos normativos de tessitura aberta, chegar a conclusões diferentes relativamente a uma mesma situação fático-jurídica, o que contribui sobremaneira para a instabilidade das relações trabalhistas e exige uma orientação das decisões jurisdicionais trabalhistas. Exige-se, portanto, que sejam estabelecidos critérios que atenuem tal possibilidade.

Outra característica da linguagem jurídica consiste na utilização de termos ambíguos e porosos.

A ambiguidade, ou polissemia, consiste na propriedade que determinado termo possui em apresentar mais de um significado. Por exemplo, o termo “recurso” pode significar (a) condições materiais de efetuar o pagamento das despesas processuais, como utilizado no § 4º do art. 790 da CLT, ou (b) o remédio voluntário apresentado pela parte com vistas a reformar, invalidar ou integrar uma decisão judicial, daí se falar em recurso ordinário, de revista etc. Afirma Ralf Poscher (2016, p. 273) que a “ambiguidade é raramente um problema na interpretação jurídica (Solan, 2005, p. 79). Normalmente conceitos que contêm expressões ambíguas são tão distintos que o contexto proporciona a desambiguação necessária”. No mesmo sentido, afirma-se que “a ambiguidade ocorre se há dúvidas sobre o sentido do termo isoladamente, sem compará-lo a outros gêneros” (ADEODATO, 2017, p. 265). Nesse sentido, nos exemplos acima, embora a legislação utilize-se de um mesmo termo – recurso –, em razão dos contextos em que aparece, os significados são distintos e, especialmente, claros.

Uma outra característica da linguagem, inclusive a jurídica, consiste na sua porosidade, que vem a ser a variação do significado da palavra ao longo do tempo (ADEODATO, 2017, p. 265), e importa em “evolução semântica com todo um percurso onde o sentido do termo se deva encontrar”, diz Menezes Cordeiro (1997, p. 1176-1177)²¹³. Isso

213 *Apud* JORGE JUNIOR, Alberto Gosso. Cláusulas gerais no novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 4. Judith Martins-Costa (2018, p. 148), todavia, utiliza o adjetivo “poroso” para qualificar as cláusulas gerais: “As cláusulas gerais não são necessariamente nem gerais, nem genéricas, nem ambíguas. A sua linguagem é, contudo, particularmente vaga ou ‘porosa’”.

ocorre porque muitas palavras passam a contemplar um outro sentido, tendo em vista as mudanças sociais e tecnológicas existentes²¹⁴. Tem-se, desse modo, uma alteração da relação significante-significado apreensível pelo intérprete. Se quando da edição da CLT o termo “mecanografia” dizia respeito, especialmente, aos serviços realizados por meio de máquinas de escrever, de escrituração e de cálculo (hoje, praticamente peças de museu ou instrumento de trabalho de saudosistas), atualmente pode alcançar serviços realizados em computador, o que autoriza a extensão aos operadores de computador do intervalo de 10 (dez) minutos a cada período de 90 (noventa) minutos de trabalho (art. 72), como se vê no En. 346 da Súmula do TST.²¹⁵

De toda forma, esclarece João Maurício Adeodato que a

vagueza, ambiguidade e porosidade constituem características necessariamente presentes em qualquer forma de comunicação humana, não são defeitos em sua estrutura ou disfunções em seu processamento, ainda que condicionem a imprecisão da linguagem (2017, p. 266).

Note-se que a vagueza e a ambiguidade dos termos utilizados são dados que influenciam na densidade de um texto normativo²¹⁶.

214A essas hipóteses pode se acrescer o “esvaziamento”, o fato de que várias palavras perdem qualquer sentido útil, conforme Menezes Cordeiro (JORGE JUNIOR, op. cit., loc. Cit).

215Exemplo de porosidade é aquele trazido por Pietro Perlingieri sob a perspectiva jurídica italiana: “As cláusulas que no Código de 1942 eram inspiradas por uma ideologia produtivista e economicamente auto-suficiente (autarcia) assumem um significado diverso se forem lidas e aplicadas na lógica da solidariedade constitucional. O art. 2087 Cód. Civ., por exemplo, prevê que ‘O empresário deve adotar, no exercício da empresa, as medidas que, de acordo com a particularidade do trabalho, a experiência e a técnica, são necessárias para tutelar a integridade física e a personalidade dos empregados’. O art. 2.014 Cód. Civ. estabelece: ‘O empregado deve usar a diligência exigida pela natureza da prestação devida, pelo interesse da empresa e por aquele superior da produção nacional. Deve além disso observar na execução e na disciplina do trabalho as disposições dadas pelo empresário e pelos seus colaboradores dos quais depende hierarquicamente’. Se se interpretam estes dois artigos exclusivamente na lógica do Código de 1942, diligência do empregador e diligência do empregado têm um significado diverso daquele que se lhes deve atribuir não somente em presença de novas leis aprovadas sucessivamente (por exemplo, o chamado Estatuto dos trabalhadores) e da contratação coletiva, mas também, e, sobretudo, à luz dos princípios constitucionais, nos quais a idéia forte é o respeito à pessoa e à sua dignidade (arts. 2 e 41, § 2, Const.). Assim, nas relações de trabalho deve-se considerar diligente aquele trabalhador que, para evitar um possível perigo a um colega de trabalho ou a si mesmo, interrompe a cadeia de montagem. Numa lógica produtivista, este fato poderia ser considerado não diligente e, portanto, como justa causa de despedida. Se se avaliar o ato na lógica do respeito à pessoa, à segurança, à vida, à integridade – não somente física, mas também, moral e psíquica –, o seu gesto pode ser considerado diligente na medida em que é orientado a evitar um grave perigo à vida, à saúde de um colega de trabalho ou à sua, pessoal” (PERLINGIERI, Pietro. Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 27-28).

216“O texto das normas jurídicas deve ser visto como um filtro ou tecido, cuja textura é mais ou menos densa. O grau de porosidade (abertura, abstração) do texto normativo é indicado pelo número e pela diversidade das alternativas de interpretação que esse texto autoriza, isto é, das alternativas que podem passar pela ‘peneira’ do próprio texto. A regra da densidade normativa pode ser formulada da seguinte maneira: Quanto maior for o número de interpretações divergentes que podem ser sustentadas em relação a determinado texto normativo, menor será sua densidade normativa (e vice-versa)”. (DIMOULIS, Dimitri. Positivismo jurídico: Introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Método, 2006, p.

Por densidade normativa deve-se compreender a capacidade que determinado texto tem de limitar os significados normativos, hipótese de uma elevada densidade elevada, ou, ao contrário, de ampliar as possibilidades hermenêuticas, hipótese de baixa densidade normativa. Essa característica dos textos normativos está diretamente ligada ao conteúdo do texto, ao seu processo interpretativo e à sua aplicação ao caso concreto. Isso significa que o conteúdo de um texto normativo pode conter enunciados cujos significados sejam precisos e indúvidos, o que exige menor esforço argumentativo por parte do intérprete, hipótese em que se estará perante um texto de elevada densidade normativa; ou, ao revés, conter enunciados que trazem inúmeros significados, uma maior indeterminação com uma ampla possibilidade de interpretações divergentes, o que exige um maior ônus argumentativo²¹⁷, típica hipótese de texto com baixa densidade normativa, conforme lição trazida por Vinicius Abreu e Bruno Silva (2019, p. 4. Informação pessoal), que completam:

A utilização de conceitos jurídicos indeterminados, elementos textuais vagos ou imprecisos que transferem ao aplicador a determinação de seu sentido, causa incerteza da hipótese fática do texto normativo e, com isso, contribuem para a queda da densidade normativa de um texto. Entretanto, a baixa densidade de um texto normativo não traduz qualquer demérito a ele, já que o grau de densidade conferido a um texto é opção de técnica legislativa. É papel do legislador, ao regular as situações da vida através da edição de atos legislativos, escolher quais delas merecem ter sua interpretação transferida ao aplicador em maior medida²¹⁸, como forma de dinamizar aquele texto normativo.

Nesse sentido, o universo juslaboral não destoa dos demais ramos do Direito e contempla inúmeros textos cuja densidade normativa é elevada – por exemplo, ao afirmar que o empregado involuntariamente desempregado faz jus ao seguro-desemprego²¹⁹, o que afasta a ideia de atribuir tal direito assistencial em caso de extinção do contrato de trabalho por dispensa por justa causa, por demissão, por caducidade ou ao novel distrato, implementado pela Lei 13.467/2017 (art. 484-A, CLT). Por outro lado, o Direito do Trabalho contempla textos de baixa densidade normativa, por exemplo, a regra que estabelece que nenhum

246).

217Ataíde Jr. (2017, p. 209) sustenta que há uma relação de proporcionalidade entre a densificação das normas e o conteúdo da decisão, de forma que, quanto mais elevada seja a densidade, menor o esforço argumentativo, salvo se a finalidade for afastá-la, e quando menor a densidade, maior deve ser o ônus argumentativo por parte do julgador. (ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. A inércia argumentativa no processo civil brasileiro. 2017, 341 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2017).

218Nesse ponto, esses autores citam, em nota de rodapé: “É o que Scott Shapiro denomina de economia da confiança”. (ABREU, Vinicius Caldas da Gama; SILVA, Bruno Campos. Densidade e eficácia normativa do art. 926 do código de processo civil: estabilidade, coerência e integridade da jurisprudência dos tribunais. Mensagem recebida por radsonrangel36@hotmail.com em 23 mar. 2019).

219“Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...); II - seguro-desemprego, em caso de desemprego involuntário”.

empregado pode receber menos que um salário mínimo²²⁰, o que autoriza diversas interpretações: caso o empregado trabalhe menos que o módulo mensal, pode receber valor inferior, desde que proporcional? A impossibilidade de vinculação alcança as pensões ou também outros parâmetros fixados na legislação, como a base de cálculo do adicional de insalubridade, ou à definição do rito procedimental a ser adotado nos processos trabalhistas, multas processuais etc.? A previsão de que praças do serviço militar recebam valor inferior ao salário mínimo é, ou não, constitucional?²²¹

A existência desses aspectos técnicos na redação das regras jurídicas exige que a tarefa de concretização normativa obedeça determinados critérios e parâmetros semânticos e pragmáticos construídos no seio social, em um caráter histórico e segundo constrangimento epistemológico fundado nos valores eleitos no contexto do grupo social e, especialmente, alcandorados no texto constitucional como direitos fundamentais.

Por outro lado, essas características, da legislação ou do texto jurídico, oportunizam aos inúmeros juízes do trabalho uma diversidade de compreensão relativamente a um determinado conflito, o que tem o condão de ensejar uma pulverização de entendimentos sobre o conteúdo de determinado texto jurídico, cuja situação estabelece uma insegurança jurídica por parte dos destinatários do Direito.

Assim, em um ordenamento jurídico com tais características, torna-se necessário que haja um mínimo de racionalidade na atuação dos órgãos a quem, institucionalmente, atribui-se o dever de interpretar as normas trabalhistas, racionalidade que pode ser obtida a partir da existência de um certo grau de uniformidade nos entendimentos judiciais.

Não é excessivo registrar que o ordenamento caracteriza-se pela existência dos ambientes decisoriais, que consistem nas características do ramo jurídico que disciplinam o caso concreto e que determinam o sentido das respostas, na expressão de Tereza Arruda Alvim Wambier (2012, p. 17)²²². Isso significa que a decisão do juiz deve observar as características

220“Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...); IV - salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim”.

221Nesse sentido, o STF reconheceu a constitucionalidade por meio da Súmula Vinculante nº 8.

222Segundo essa autora (2012, p. 68), “A ideia de que o ramo do direito é um critério determinante do tipo de decisão a ser proferida (e do estilo de interpretação da lei) é especialmente sublinhada por Zenon Bankowski e Neil MacCormik: ‘a abordagem dos juízes em relação à interpretação da lei, varia marcadamente de um ramo para outro do direito. Isso ocorre por causa das diferenças dos contextos sistêmicos e teleológicos/valorativos, que existem entre esses ramos e de seus princípios basilares’” (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Precedentes e evolução do direito. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Direito Jurisprudencial. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 11–95).

do ramo jurídico que disciplina o caso posto sob sua apreciação. Segundo essa autora (2012, p. 68),

A ideia de que o ramo do direito é um critério determinante do tipo de decisão a ser proferida (e do estilo de interpretação da lei) é especialmente sublinhada por Zenon Bankowski e Neil MacCormik: “a abordagem dos juízes em relação à interpretação da lei, varia marcadamente de um ramo para outro do direito”. Isso ocorre por causa das diferenças dos contextos sistêmicos e teleológicos/valorativos, que existem entre esses ramos e de seus princípios basilares (2012, p. 68).

Nessa esteira, há ambientes decisoriais rígidos, nos quais o direito legislado prevalece: “A evolução do direito deve ter lugar por obra da lei” (WAMBIER, 2012, p. 17-18), o que significa que há um primado do princípio da legalidade, como ocorre no Direito Administrativo, Direito Penal, Direito Tributário²²³, nos quais a exigência de uma legalidade estrita prevalece, o que significa que a maior parte das respostas são apresentadas pelo texto legal.

Por outro lado, há ambientes decisoriais móveis ou flexíveis nos quais “a jurisprudência é o termômetro mais sensível das alterações da sociedade e não deve ser engessada” (WAMBIER, 2012, p. 18). Nesses ambientes decisoriais flexíveis, o uso de técnicas legislativas como as normas abertas, vagas e porosas “apagam os nítidos contornos dos conceitos-parâmetro de decisão, roubando-lhes a nitidez” (WAMBIER, 2012, p. 74), o que significa um espaço maior para a atuação judicial. São espaços marcados por menores amarras do direito legislado, caracterizado pelo uso de normas de tessitura aberta por permitirem uma maior fluidez e atuação criativa da jurisprudência. Como exemplos do segundo grupo, a autora (2012, p. 68) indica o Direito das Famílias e Contratual, e, em face de todas as características que acima mencionamos, podem ser acrescidos o Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho.

Note-se que todas essas características guardam correspondência entre si. Com efeito, textos legais mais precisos significam uma maior densidade normativa e um ambiente decisoriais mais rígido, ao passo que textos mais abertos importam em baixa densidade normativa e configuram um ambiente decisoriais flexível.

Desse modo, a existência de uma legislação que apresenta as características técnicas acima estudadas, em um ambiente decisoriais flexível e de baixa densidade normativa, configura um campo propício para que ocorram interpretações as mais díspares possíveis em um mesmo contexto litigioso (imbricação fático-jurídica), um verdadeiro terreno pantanoso, o

²²³Wambier (2012, p. 68) cita, em abono a esse enquadramento, a lição de Alexander Peczenik e Gunnar Bergholz.

que potencializa os riscos à organicidade do Direito e do Processo do Trabalho. Como disse Celso Ribeiro Bastos (2014, p. 190), a “interpretação será tanto mais complexa na medida em que for menos clara a ordem jurídica”. Assim, exige-se a fixação de determinadas balizas à interpretação sob pena de desaguar em arbitrariedades judiciais, o que é possível por meio do prestígio à jurisprudência.

Uma vez que a presente pesquisa busca realçar o papel da jurisprudência no âmbito do Direito do Trabalho e Processo do Trabalho, é importante consignar que, em atenção à segurança jurídica (especialmente sob o prisma da previsibilidade, confiabilidade e calculabilidade), exige-se que a atividade hermenêutica dos órgãos competentes para a aplicação da legislação trabalhista possua uma certa uniformidade quanto à interpretação/concretização dos textos jurídicos. Em um ambiente jurídico tão flexível, a uniformização jurisprudencial pode ensejar uma previsibilidade aos integrantes da relação jurídica trabalhista, possibilitando-lhes um certo grau de confiança de estarem agindo segundo as interpretações que prevalecem no âmbito dos tribunais trabalhistas. Isso significa concretizar a segurança jurídica.

Embora haja tal constatação, o fato de serem estabelecidos óbices nessa uniformização jurisprudencial importa em potencializar a insegurança jurídica, uma vez que frustrada a previsibilidade, confiabilidade e calculabilidade que se espera da atividade jurisdicional.

4.2 Requisitos estabelecidas pela Lei 13.467/17 para a edição de enunciado de súmula

Não obstante a afirmação realizada no último parágrafo do item anterior, uma das inúmeras alterações na CLT provocadas pela Lei 13.467/2017 consistiu na fixação de regras para a edição de enunciados de súmulas²²⁴ por parte do Tribunal Superior do Trabalho e dos Tribunais Regionais do Trabalho:

Art. 702 - Ao Tribunal Pleno compete:

f) estabelecer ou alterar súmulas e outros enunciados de jurisprudência uniforme, pelo voto de pelo menos dois terços de seus membros, caso a mesma matéria já tenha sido decidida de forma idêntica por unanimidade em, no mínimo, dois terços das turmas em pelo menos dez sessões diferentes em cada uma delas, podendo, ainda, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela

²²⁴A regra estabelecida na Lei 13.467/2017 aplica-se também às demais espécies de uniformização da jurisprudência, como as orientações jurisprudenciais. A despeito de sua literalidade referir-se apenas às súmulas, é certo que a sua finalidade é a de reger toda e qualquer uniformização jurisprudencial tanto do TST quanto dos TRT's.

declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de sua publicação no Diário Oficial;

Hodiernamente, afirma-se que não mais cabe indagar se deve prevalecer, no ato hermenêutico, uma concepção subjetivista, na qual se investiga a vontade do legislador refletida no texto, ou se o espírito da lei, conforme aduz a corrente objetivista²²⁵. Não obstante essa compreensão, é importante trazer à baila trecho do texto do relator na Câmara dos Deputados do projeto que culminou com a Lei 13.467/2017”:

As mudanças sugeridas em relação ao art. 702 baseiam-se no já mencionado ativismo judicial frequentemente praticado pelos tribunais trabalhistas.

São inúmeras as decisões contidas em enunciados de jurisprudência do TST que interpretam além do que prevê a lei, ou até mesmo contra a lei, em muitos casos, das quais podemos suscitar como exemplos o pagamento integral do intervalo intrajornada gozado apenas parcialmente (Súmula nº 437), a já citada ultratividade das normas coletivas (Súmula nº 277), a estabilidade provisória de empregada gestante em contrato de trabalho por tempo determinado (Súmula nº 244), pagamento em dobro das férias fracionadas irregularmente e cumulação dos adicionais de insalubridade e de periculosidade (Precedentes do TST), entre tantos outros.

Assim, com a redação dada ao art. 702 da CLT, pretendemos limitar as interpretações ampliativas, e em alguns casos criativas, por parte do TST. As sugestões pretendem implementar requisitos mínimos para a edição de súmulas e outros enunciados de jurisprudência, tomando por base procedimentos já previstos no Código de Processo Civil e para o STF.

Essa é mais uma medida que visa a garantir maior segurança jurídica nas relações de trabalho, pois reduzirão as incertezas dos empregadores quanto a possíveis interpretações indevidas das normas trabalhistas. (BRASIL. Câmara dos Deputados. 2017, p. 66)

Portanto, resta claro qual foi o objetivo da alteração legal: “limitar as interpretações ampliativas, e em alguns casos criativas”. Não se nega, é verdade, que alguns textos de enunciados sumulares parecem, em uma leitura rápida e superficial, não guardar fidelidade ao texto de lei, cuja percepção, todavia, ignora que o Direito não se restringe ao texto da lei, mas é formado também por princípios e valores que formam a estrutura básica de um sistema e atuam como elementos de coesão no ordenamento jurídico, e, especialmente, surge no ato concretizador. Por exemplo: o En. 437, ao determinar o pagamento integral do descanso semanal remunerado, ainda que haja gozo parcial, funda-se no fato de que essa concessão

²²⁵Lênio Streck (2002, p. 455) apresenta as seguintes indagações: Tem importância saber/descobrir o que é que o legislador quis dizer ao elaborar o texto normativo? Qual era sua intenção? É possível descobrir a vontade da lei? Pode uma norma querer alguma coisa? É possível descobrir o espírito de uma lei? Logo em seguida, ele próprio responde: “Portanto, no plano da Nova Crítica do Direito, fica extremamente dificultado o apelo tanto à intenção do legislador como à vontade objetivada na norma, que perdem terreno em face dos novos rumos que assume a interpretação do Direito, a partir da superação do paradigma objetificante-metafísico sustentado na matriz clássica da metafísica (aristotélico-tomista) e da matriz moderna (filosofia da consciência)” (STRECK, Lênio Luiz. Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 459, grifos do autor).

parcial frustrou a finalidade do intervalo, qual seja permitir a recomposição das energias do trabalhador; a ultratividade das normas coletivas, prevista no En. 277, pode ter uma leitura a partir do próprio art. 114, § 3º, CF, que estabelece a necessidade de respeitar as condições “convencionadas anteriormente”²²⁶; a estabilidade no emprego para a gestante, independentemente da existência de termo certo ao contrato de trabalho, como reconhecido pelo TST, tem fundamento na jurisprudência do STF, que reconhece tal direito inclusive à trabalhadora contratada a título precário²²⁷; outrossim, não se afigura absurda a conclusão pretoriana no sentido de ser possível a cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade, pois, a despeito da expressa vedação contida no art. 193, § 2º, da CLT²²⁸, a Convenção 155 da OIT, sobre “Segurança e Saúde dos Trabalhadores e o Meio Ambiente de Trabalho” determina que “deverão ser levados em consideração os riscos para a saúde decorrentes da exposição simultâneas a diversas substâncias ou agentes”²²⁹.

Assim, nos exemplos trazidos à baila pelo próprio relator do texto que se converteu na Lei 13.467/2017 inexistente interpretação “além do que prevê a lei, ou até mesmo contra a lei”. A atuação do Judiciário trabalhista não ocorre – nos exemplos trazidos pelo relatório – como uma espécie de ativismo judicial, mas sim voltada à concretização de princípios constitucionais e também do Direito do Trabalho e no Direito Processual do Trabalho, em um processo hermenêutico caracterizado pelo recurso a todo o arcabouço normativo que lhe é

226 Ainda que esse trecho diga respeito ao exercício do poder normativo, é possível uma interpretação que exija o respeito às condições convencionadas também em sede de normas autônomas.

227 “AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CARGO EM COMISSÃO. SERVIDORA GESTANTE. EXONERAÇÃO. DIREITO À INDENIZAÇÃO. 1. As servidoras públicas e empregadas gestantes, inclusive as contratadas a título precário, independentemente do regime jurídico de trabalho, têm direito à licença-maternidade de cento e vinte dias e à estabilidade provisória desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto. Precedentes: RE n. 579.989-AgR, Primeira Turma, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, Dje de 29.03.2011, RE n. 600.057-AgR, Segunda Turma, Relator o Ministro Eros Grau, Dje de 23.10.2009 e RMS n. 24.263, Segunda Turma, Relator o Ministro Carlos Velloso, DJ de 9.5.03. 2. Agravo regimental a que se nega provimento” (STF. 1ª Turma. AI-AgR 804574. Relator Ministro Luiz Fux. Julgado em 30/08/11).

228 “O empregado poderá optar pelo adicional de insalubridade que porventura lhe seja devido”.

229 As convenções da OIT são normas de direitos humanos (MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Integração das Convenções e Recomendações internacionais da OIT no Brasil e sua aplicação sob a perspectiva do princípio pro homine. Revista do TRT da 15ª Região, Campinas, n. 43, p. 71-93, 2013b)). Assim, a Convenção nº 155 da OIT, internalizada pelo Decreto 1.254/1994, está situada acima da CLT, pois o STF reconhece aos tratados internacionais que versem sobre direitos humanos, a condição de norma supra legal, desde que não tenha sido aprovada pelo procedimento de emenda constitucional (Recurso Extraordinário 466.343, rel. min. Gilmar Mendes. Dt. Julg.: 03/12/08). É certo que subsistem críticas a essa compreensão: a) criação de uma categoria normativa em decorrência de atuação de tribunal, não prevista na Constituição Federal (nesse sentido, cf. FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Curso de direito constitucional. 6ª ed. Salvador: Juspodivm, 2014. p. 436); b) duplicidade de status a normas de mesmo conteúdo (direitos humanos), a depender apenas do procedimento de internalização (nesse sentido, cf. MAZZUOLI, Valério. O controle jurisdicional de convencionalidade das leis. 3ª ed. São Paulo: RT, 2013a, p. 57). A despeito dessas críticas, esse é o panorama jurídico atual, de forma que há de se retirar as consequências respectivas. Em face das divergências quanto ao tema, o TST instaurou incidente de recurso repetitivo (IRR) com vistas a uma uniformização (TST-IRR-239-55. 2011.5.02. 0319, rel. Min. Viera de Mello Filho).

disponibilizado, e não apenas à literalidade do texto normativo – conquanto os aspectos semânticos de um texto sejam importantes, uma vez que toda interpretação inicia-se dos elementos gramaticais.

Essa inovação legislativa, ao dificultar a uniformização jurisprudencial viola, de forma flagrante, dentre diversos outros vícios nos quais incorre, o princípio da segurança jurídica²³⁰.

4.3 A uniformização jurisprudencial como um dos vetores da segurança jurídica

“O certo é que essas incertezas e esses contrastes da jurisprudência, contra os quais atiram os leigos sua *imbelle telum*, são como os poros através dos quais o direito respirasse a Justiça”, diz Francesco Carnellutti (apud MARANHÃO, 1993, p. 26; 1997, p. 70).

Abstraída a carga retórica dessa afirmação e o peso da autoridade intelectual de seu autor²³¹, é possível afirmar que as variações constantes dos pronunciamentos jurisdicionais atuam como um fator de instabilidade, imprevisibilidade, desconfiança e, conseqüentemente, de violação da segurança jurídica, o que nos parece ir de encontro ao anseio de justiça, contrariamente ao que afirmava o mestre italiano.

Hodiernamente, compreende-se a Jurisdição como uma das funções estatais que tem, em sua essência, o dever de prestar a tutela de direitos. O atendimento a esse dever por parte da Jurisdição ocorre por meio do processo, que consiste em um complexo normativo constitucionalizado, garantidor dos direitos fundamentais da ampla defesa, contraditório e isonomia das partes, e mecanismo de controle da atuação do próprio Estado-juiz (LEAL, 2016, p. 52-53). De tal arte, afigura-se incompatível com um pretendido Estado Democrático de Direito que haja uma atuação jurisdicional desvinculada dos parâmetros que o ordenamento jurídico apresenta, especialmente porque, em face das “novas conquistas do Direito, o problema da justiça no processo foi deslocado de *papel-missão* do juiz para a garantia das partes”, afirma Aroldo Plínio Gonçalves (2016, p. 171).

Assim, o processo é uma garantia dos jurisdicionados contra os abusos do poder estatal, um instrumento constitucional de resguardo das pessoas contra um descontrolado poder estatal, do que se conclui ser um elemento necessário à configuração da segurança

230 É possível identificar diversos vícios: i) inserção de novo texto legal em dispositivo já revogado; ii) violação à separação de poderes concretizada no fato de a Constituição Federal assegurar aos tribunais definir as regras relativas aos regimentos internos; iii) violação ao princípio da razoabilidade tendo em vista os critérios estabelecidos.

231 Francesco Carnellutti é, reconhecidamente, um dos maiores nomes do processo civil de matriz europeia, tendo atuação intensa na formação, autonomia e cientificidade desse ramo do direito.

jurídica. E uma das manifestações de arbitrariedades consiste justamente na inconstância das decisões jurisdicionais.

E, nesse particular, há um destacado papel da jurisprudência, enquanto resultado das manifestações dos tribunais por meio do processo. Afinal, uma das concepções de segurança jurídica corresponde ao correto funcionamento dos mecanismos existentes para a atuação das instituições.

A doutrina apresenta diversas “razões para seguir” a jurisprudência, como as catalogadas por Luiz Guilherme Marinoni (2013, p. 118-188): (a) concretização do princípio da segurança jurídica; (b) assegura a isonomia entre as partes, uma vez que situações fático-jurídicas idênticas terão a mesma solução; (c) estabelece uma coerência na ordem jurídica com o respeito à hierarquia e ao duplo grau de jurisdição; (d) importa em garantia de imparcialidade da atuação do juiz; (e) possibilita a definição de expectativas e a possibilidade de orientação jurídica; (f) controle da atividade do juiz; (g) desestímulo à litigância e favorecimento de acordos; (h) despersonalização das demandas com a aceitação mais fácil da decisão; (i) contribui para assegurar uma duração razoável do processo; (j) permite uma economia de despesas tanto do Estado quanto das partes; (k) importa em maior eficiência do Judiciário²³².

Dentre todos esses fundamentos positivos que a doutrina relaciona, impõe-se o destaque, porque intimamente ligado ao presente estudo, àquele que estabelece a jurisprudência como indutor de segurança jurídica. José Olympio de Castro Filho (1952, p. 16), há mais de meio século, com fundamento na doutrina e praxe lusitanas, assim expôs:

Em suma, trata-se de evitar a *incerteza da jurisprudência*, que, no dizer de José Alberto dos Reis, ‘gera a incerteza do Direito’. ‘Que importa que a lei seja certa — salienta o grande processualista português, — se a interpretação é arbitrária e incerta? Que importa que a lei seja igual para todos, se for aplicada de modo diferente a casos perfeitamente análogos. Antes jurisprudência errada, mas *uniforme*, do que jurisprudência incerta. Perante jurisprudência uniforme cada um sabe com o que pode contar; perante jurisprudência incerta ninguém está seguro do seu direito’.

Por isso mesmo, dizia bem um velho alvará português, de 23 de novembro de 1770, que ‘da certeza da jurisprudência depende o sossego público e a prosperidade das famílias’”.

²³² Isso não significa que não haja críticas à ideia de respeito à jurisprudência. O mesmo autor citado menciona como argumentos contrários à força obrigatória da jurisprudência (ele fala sob o contexto dos “precedentes”) o seguinte: (a) estagnação do direito com óbice ao surgimento de decisões adequadas às novas realidades sociais; (b) óbice à isonomia substancial, pois não se atentaria às efetivas condições das pessoas; (c) violação ao princípio da separação de poderes, uma vez que cabe ao Legislativo editar normas de caráter geral; (d) violação à independência dos juízes, de assento constitucional, que estariam vinculados ao decidido por outros juízes; (e) violação ao juízo natural, pois o conteúdo da decisão já estaria tomado por alguém que não participou da relação processual; (f) violação da garantia de acesso à justiça (MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 188-210).

Essa vinculação entre jurisprudência e segurança jurídica decorre do fato de que as pessoas carecem saber como as leis são aplicadas pelos órgãos competentes, uma vez que, a partir desse conhecimento, possam ter condições de prever ou calcular os resultados de suas próprias ações e decisões, o que influi sobremaneira no relacionamento com as demais pessoas. Ademais, esse conhecimento proporciona uma previsibilidade e confiabilidade das pessoas com o próprio Estado – enquanto instituição encarregada de garantir o império da segurança jurídica, seja nas relações jurídicas que entabula, como também quando expede orientações gerais a serem cumpridas pelos seus órgãos (como se vê, por exemplo, na hipótese prevista, dentre outras, na Lei 13.140, art. 35, I²³³), da mesma forma quando, no exercício de seu poder decisório.

Assim, a jurisprudência exterioriza a compreensão que o Judiciário, enquanto manifestação estatal, possui em relação ao Direito, oferecendo às pessoas a previsibilidade, cognoscibilidade e calculabilidade necessárias para que possam não apenas agir, mas também definir as suas expectativas de toda ordem (social, afetiva, econômica etc.). Observe-se, apenas a título de exemplo, que a Constituição Federal, ao prever o instituto da súmula vinculante em caso de “controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica” (art. 103-A, § 1º)²³⁴, faz uma nítida adesão à jurisprudência enquanto instrumento do alcance da segurança jurídica.

Assim, é inerente à noção de segurança jurídica que o cidadão saiba como os órgãos jurisdicionais²³⁵, por meio do processo, interpretam as normas ao apreciarem os conflitos que lhes serão apresentados. Trata-se da segurança de orientação e também segurança de realização. “O cidadão precisa ter segurança de que o Estado e os terceiros se comportarão de acordo com o direito e de que os órgãos incumbidos de aplicá-lo o farão valer quando desrespeitado”, afirma Luiz Guilherme Marinoni (2013, p. 120). Existe, assim, uma aversão à surpresa (ÁVILA, 2016, p. 610; GOMETZ, 2005, *passim*).

Como observou Ávila (2016, p. 161),

233“Art. 35. As controvérsias jurídicas que envolvam a administração pública federal direta, suas autarquias e fundações poderão ser objeto de transação por adesão, com fundamento em: I - autorização do Advogado-Geral da União, com base na jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal ou de tribunais superiores”.

234“A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica”.

235No Brasil, os órgãos jurisdicionais trabalhistas ocupam a primazia da interpretação das normas trabalhistas, conquanto não mais exclusiva, tendo em vista a possibilidade de recurso à arbitragem (art. 507-A da CLT).

é correto falar em segurança jurídica como capacidade de prever a reação dos órgãos aplicadores relativamente à prática de atos próprios. Por esse motivo, Torres realça que a segurança jurídica “torna-se valor fundamental do Estado de Direito, pois o capitalismo e o liberalismo necessitam de certeza, calculabilidade, legalidade e objetividade nas *relações jurídicas* e previsibilidade *na ação do Estado*”. Nessa acepção, a segurança jurídica serve de critério pra prever o que os outros poderão fazer e exigir. (grifos do autor)

No mesmo sentido, sustenta Frederick Schauer (2015, p. 78), ao afirmar que

Quando um julgador deve decidir o caso da mesma forma como a última, as partes poderão melhor antecipar o futuro. A habilidade de prever o que um juiz fará nos ajuda a melhor planejar nossas vidas, ter algum grau de descanso, e evitar a paralisia de prever apenas o desconhecido.

Se isso é verdadeiro no âmbito jurídico geral, quando as atenções se voltam para o Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho, há um incremento, uma vez que esses ramos jurídicos são caracterizados por uma legislação incompleta, contraditória, vaga, ambígua e porosa, como visto acima. A isso se soma o intenso tráfego de relações trabalhistas e a complexidade inerente ao momento cultural em que se vivencia. Isso significa que o universo juslaboral é propício à instabilidade, de forma que a jurisprudência assume um importante vetor para se alcançar a segurança jurídica nesse ambiente laboral.

O presente estudo compreende a jurisprudência como o entendimento uniforme, reiterado e pacífico por parte do Judiciário sobre uma mesma situação jurídica, como afirma Rubens Limongi França (1971, p. 204)²³⁶. Nessa compreensão, a jurisprudência corresponde ao conjunto convergente de manifestações do Judiciário sobre um determinado tema, em um caráter unidirecional apto a representar o entendimento dos tribunais quanto à interpretação, ao alcance e aos efeitos de uma norma em conjugação com um determinado contexto fático, de forma repetida e duradoura²³⁷. Note-se que essa noção de jurisprudência como uma

236Esse autor traz ainda pelo menos quatro outros significados pelos quais se toma o termo jurisprudência: a) ciência do Direito; b) conjunto de manifestações dos juriconsultos; c) manifestações da doutrina jurídica; d) massa geral das manifestações dos juizes e tribunais (FRANÇA, R. Limongi. (1971). Da jurisprudência como direito positivo. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, nº 66, 201-222). No mesmo sentido: MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e aplicação do direito. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, n. 199, p. 151; n. 204, p. 153; DINIZ, Maria Helena. Compêndio de introdução à ciência do direito. 18. ed. São Paulo: Saraiva, p. 295; NADER, Paulo. Introdução ao estudo do direito. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 166.

237Também entendemos ser correto o uso do termo “jurisprudência” como correspondência ao termo “precedente”, conceituado por César Zucatti Pristch (2018, p. 20) como a “a resposta a um questionamento jurídico dada em um processo anterior no contexto dos respectivos fatos tidos como necessários para amparar a decisão, e que pode servir de padrão decisório para a resolução de casos subsequentes com suficientes similaridades relevante” (Manual de prática dos precedentes no processo civil e do trabalho: atualizado conforme o CPC 2015 e reforma trabalhista. São Paulo: LTr). Assim, o precedente não é a decisão em si, mas sim a essência contida na decisão, a razão que levou aquele órgão julgador a ter aquela determinada decisão, a sua *ratio decidendi*. Bem se nota que o precedente não se encaixa no conceito de jurisprudência trazido no

uniformidade afasta, portanto, o vezo presenciado na prática judiciária de referir-se a “jurisprudência divergente”.

Uma forma bastante específica de manifestação da jurisprudência corresponde à súmula²³⁸.

Em sentido técnico e restrito, súmula corresponde ao total dos entendimentos consolidados de um determinado tribunal. Cada um desses entendimentos forma um enunciado ou verbete sumular, ao passo que todos os verbetes, reunidos, formam a Súmula do tribunal²³⁹. Nesse sentido, Fredie Didier Jr. *et al.* (2018, p. 586.) afirma que

A terminologia [súmula vinculante] não é adequada, visto que “súmula” é o nome que se dá ao repositório que consolida os enunciados que refletem o entendimento predominante num determinado tribunal. Assim, o correto é fazer-se referência ao “enunciado n. X da Súmula do entendimento predominante do tribunal Y” (Nota de rodapé n. 191)²⁴⁰.

O enunciado de súmula corresponde ao entendimento consolidado do tribunal apto a orientar os julgamentos futuros e traz, em si, características que lhe assemelham a um texto legal, com foros de generalidade e abstratividade. Ao contrário do que ocorre com o precedente, no qual o julgador atual reconhece a validade dos fundamentos jurídicos identificados em um julgamento anterior, o enunciado de súmula propõe-se a ser um entendimento para orientar os novos julgamentos²⁴¹. Por isso, a sua edição não está vinculada

texto por lhe faltar a ideia de conjunto, uma vez que precedente pode ser uma única decisão, como se vê no art. 927 do CPC (nesse sentido, cf. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Sistema Brasileiro de precedentes. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 154). Todavia, esse instituto integra o sistema brasileiro de direito jurisprudencial, como se verá no texto, razão pela qual no presente estudo optamos por atribuir-lhe também a característica de jurisprudência.

238Assim, a jurisprudência, no conceito restrito que utilizamos, pode-se apresentar em (a) enunciados de súmulas, (b) precedentes e (c) de forma esparsada.

239Não obstante essa distinção, tem-se utilizado o vocábulo “súmula” para expressar o mesmo que “enunciado”. Por isso, por exemplo, diz-se “Súmula 443” para referir-se ao entendimento predominante do TST que reputa como discriminatória a dispensa de empregado portador de HIV ou doença estigmatizante.

240Em igual sentido, afirma Lucca (2014, p. 310) que “A Súmula da Jurisprudência Predominante é um resumo da jurisprudência do Tribunal, onde são incluídos enunciados que apresentam o entendimento consolidado sobre determinada questão jurídica” (LUCCA, Rodrigo Ramina de. O dever de motivação das decisões judiciais. Salvador: Juspodivm, 2015).

241As súmulas, segundo Rodrigo Ramina de Lucca (2015, p. 311), consistem em um meio-termo entre os assentos da Casa de Suplicação lusitana e os prejulgados previstos no CPC de 1939. Sobre os assentos, cf.: PRESGRAVE, Ana Beatriz Ferreira Rebello. A natureza jurídica da súmula. In: NUNES. Dierle. MENDES, Aluíso; JAYME, Fernando Gonzaga (Coords.). A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC/2015 – Estudos em Homenagem à professora Teresa Arruda Alvim, São Paulo, Revista dos Tribunais: 2017, p. 153-184.

O processo do trabalho, igualmente, conheceu a figura dos prejulgados, conforme previsto no art. 902 da CLT: “É facultado ao Tribunal Superior do Trabalho estabelecer prejulgados, na forma que prescrever o seu Regimento Interno”. Por seu turno, estabelecia o § 1º desse dispositivo que “estabelecido o prejulgado, os Tribunais Regionais do Trabalho, as Juntas de Conciliação e Julgamento e os juízes de Direito investidos da jurisdição da Justiça do Trabalho ficarão obrigados a respeitá-lo”.

Note-se que os prejulgados tinham o caráter obrigatório aos julgadores. A despeito desse caráter impositivo, o certo é que não havia previsão de consequências em caso de descumprimento do prejulgado por parte do juiz.

a um específico caso, mas sim à orientação para novos casos que surgirem sobre um determinado tema. É certo que a edição de um enunciado pressupõe que haja uma uniformidade de decisões do tribunal em um certo sentido tomadas em casos concretos; todavia, quando editado um enunciado de súmula, ocorre uma espécie de desvinculação²⁴², por assumir um caráter abstrato, como se fosse um texto de lei.

A jurisprudência, como se vê, é uma forma de expressão do Direito²⁴³, como, aliás, propugnado pela doutrina mais recente:

Nessa perspectiva é que, atualmente, a lei e a jurisprudência não devem ser confrontadas como fontes jurídicas colocadas em grau diferente de hierarquia, uma vez que, atualmente, elas devem ser consideradas como fontes complementares, sendo insensata a análise de uma estanke em relação à outra (ABBOUD; CARNIO; OLIVEIRA, 2014, p. 302)

O artigo 8º da CLT oferece importante subsídio nessa questão ao afirmar que

Como disse Vilhena, “Se os Juizes do Trabalho não observam o conteúdo preceitual do Tribunal Superior, o mais que sofrem é verem suas decisões, em grau de recurso, por ele reformadas. E aqui em anda diferem os prejulgados das súmulas. A distinção é meramente formal, pois a vinculação dos órgãos de primeira instância, nas súmulas, está encoberta, enquanto, nos prejulgados trabalhistas, foi expressamente enunciada” (VILHENA, Paulo Emilio Ribeiro de. Os Prejulgados, as Súmulas e o TST. In: Revista de Informação Legislativa. Ano 14. n. 55, jul/set. 1977. p 83-100. p. 84).

Observe-se que o STF entendeu, na Representação por Inconstitucionalidade n. 946/DF (DJ 17/5/77), que o prejulgado conflitava com a Constituição de 1946 (art. 36, § 2º) e, portanto, por essa fora revogado, o que inviabilizava, por falta de objeto, o conhecimento da mencionada representação: “Prejulgado do TST – Não constituindo ato normativo – dado que o art. 902, § 1º, da CLT, que lhe atribuía tal caráter, foi revogado pela Constituição de 1946 –, não pode ser objeto de representação por inconstitucionalidade. Representação não conhecida”.

242Em sentido parecido ao texto, a afirmação de Ravi Peixoto (Superação do precedente e segurança jurídica. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 161). Essa desvinculação, muitas vezes, é total, como se observa quanto ao Enunciado 114, em razão do qual “É inaplicável na Justiça do Trabalho a prescrição intercorrente”. Uma pesquisa na página do TST na rede mundial mostra que dos seis precedentes disponíveis (são oito, mas dois não permitem consulta), nenhum deles se refere especificamente à prescrição intercorrente da ação de execução, mas sim à paralisação do processo na fase de conhecimento. Por isso, é importante atentar-se ao fato de que os enunciados de súmulas devem ser aplicados sempre a partir dos precedentes que os originaram, sob pena de se ter uma desvinculação total e, portanto, inadmissível em um ordenamento jurídico que se pretende democrático.

243Usamos o termo “formas de expressão do Direito” em contraposição ao tradicional “fontes do Direito” em atenção à doutrina, com a qual concordamos, entendê-la como mais adequada por representar como o Direito se manifesta externamente, isto é, à lei, aos costumes, aos contratos, à jurisprudência, os tratados etc. Para essa doutrina, fontes do Direito são apenas duas: o direito natural (que existe independentemente da atuação do homem) ou o arbítrio humano (atuação do homem na criação do direito, como o papel do legislador), como se vê em Rubens Limongi França. Citado por José Marcelo Menezes Vigliar (2003, p. 54) esse professor das Arcadas afirma que a “as fontes do direito, isto é, aquilo de onde provém o Direito são o direito natural e o arbítrio humano. As assim chamadas fontes formais não são fontes, mas, como preferimos dizer, por se tratar de solução mais correta, ‘formas de expressão do direito’” VIGLIAR, José Marcelo Menezes. Uniformização de jurisprudência: segurança jurídica e dever de uniformizar: a forma de composição de dissídios jurisprudenciais instituída pelo art. 555, § 1º, do CPC (de acordo com a Lei 10.352, de 26.12.2001). São Paulo: Atlas, 2003.

As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público" (grifo nosso).

Não obstante em algumas situações o ordenamento jurídico expressamente admita um papel primário à jurisprudência²⁴⁴, mais das vezes se nota o seu caráter subsidiário como uma forma de expressão do Direito do Trabalho e Processo do Trabalho. Esse caráter secundário ou derivado à jurisprudência decorre do fato de não ter um conteúdo inovador ou inaugurador da ordem jurídica, mas, ao contrário, partir dos elementos normativos existentes no ordenamento jurídico.

Mas, além do reconhecimento expresso contido no art. 8º da CLT, o ordenamento jurídico em sua totalidade oferece fortes elementos que destacam o papel da jurisprudência:

- a) o papel dos precedentes no novo CPC, contando com um capítulo próprio (arts. 926-928), estruturando-os como um microssistema especial no âmbito do processo moderno;
- b) o fato de o próprio relator apreciar os recursos, de forma monocrática²⁴⁵, em consonância com a jurisprudência, provendo ou negando provimento conforme seja o teor da decisão recorrida²⁴⁶;
- c) em algumas situações, a jurisprudência tem maior importância que a lei, por exemplo nos procedimentos sumaríssimos, em que a violação de enunciado de

²⁴⁴Como se dá com as sentenças normativas emanadas da Justiça do Trabalho (CF, art. 114, § 2º) ou com as resoluções emitidas pela Justiça Eleitoral (CF, ADCT, art. 5º, § 2º; Código Eleitoral, art. 1º, par. único; Lei 9.096/1995, art. 61; Lei 9.504/1996, art. 105).

²⁴⁵CPC: Art. 932:[omissis];

IV - negar provimento a recurso que for contrário a:

a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;
b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

V - depois de facultada a apresentação de contrarrazões, dar provimento ao recurso se a decisão recorrida for contrária a:

a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;
b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

²⁴⁶Essas regras, todavia, não foram positivadas no âmbito do processo do trabalho, razão pela qual sustenta-se que o "legislador andou mal" (SOUZA JR., Antonio Umberto; et. alli. Reforma trabalhista: análise comparativa e crítica da Lei nº 13.467/2017. São Paulo: Rideel, 2017. p. 480), face ao tratamento conferido ao processo trabalhista diferente daquele conferido ao processo do trabalho. Não obstante essa disparidade na regência normativa, a jurisprudência consolidada do TST é no sentido de aplicabilidade das regras de competência funcional ao relator também no processo do trabalho, como se vê no Enunciado 435 da Súmula do TST: "[...]. Aplica-se subsidiariamente ao processo do trabalho o art. 932 do CPC de 2015 (art. 557 do CPC de 1973).

súmula (em sentido estrito, o que exclui as “orientações jurisprudenciais”) é uma das hipóteses de admissibilidade do recurso de revista, ao passo que a violação de lei, não²⁴⁷;

- d) a hipótese de o juízo de primeiro grau conceder tutela de evidência se houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou súmula vinculante²⁴⁸;
- e) a improcedência liminar do pedido, independentemente de citação da parte reclamada, quando o pedido contrariar diversas espécies jurisprudenciais²⁴⁹;
- f) o novo CPC expressamente estabelece como atribuição do Ministério Público não a mera defesa da lei, mas sim a defesa da ordem jurídica, concepção mais ampla que aquela espécie normativa²⁵⁰;
- g) dispensabilidade da caução na execução provisória, quando a decisão recorrida estiver em consonância com a jurisprudência²⁵¹;
- h) inexistência de remessa obrigatória se a sentença, contrária à Fazenda Pública, estiver em consonância com enunciado de súmula de tribunal superior²⁵²;

247CLT: Art. 896. § 9º “Nas causas sujeitas ao procedimento sumaríssimo, somente será admitido recurso de revista por contrariedade a súmula de jurisprudência uniforme do Tribunal Superior do Trabalho ou a súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal e por violação direta da Constituição Federal”.

248CPC: Art. 311. “A tutela de evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil ao processo, quando: (omissis); II – as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documental e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante”.

249“Art. 332. Nas causas que dispensem a fase instrutória, o juiz, independentemente da citação do réu, julgará liminarmente improcedente o pedido que contrariar:

I - enunciado de súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça;

II - acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

III - entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

IV - enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local”.

250Lei 13.105: Art. 176. “O Ministério Público atuará na defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses e direitos sociais e individuais indisponíveis”.

251CPC: Art. 521. “A caução prevista no inciso IV do art. 520 poderá ser dispensada nos casos em que:

[omissis];

IV - a sentença a ser provisoriamente cumprida estiver em consonância com súmula da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça ou em conformidade com acórdão proferido no julgamento de casos repetitivos”.

252CPC: Art. 496. “Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença:

[(omissis)].

§ 4º Também não se aplica o disposto neste artigo quando a sentença estiver fundada em:

I - súmula de tribunal superior;

II - acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

III - entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

IV - entendimento coincidente com orientação vinculante firmada no âmbito administrativo do próprio ente público, consolidada em manifestação, parecer ou súmula administrativa”.

- i) a jurisprudência pode assumir um caráter rescisório²⁵³, uma vez que a eficácia de uma decisão transitada em julgado pode ser afastada se houver julgamento por parte do Supremo Tribunal Federal que repute inconstitucional o texto normativo no qual aquela decisão se fundamenta²⁵⁴;
- j) e, como pá de cal a corroborar a assertiva inicial, a expressa previsão constitucional quanto às súmulas vinculantes emanadas pelo STF, à medida que tais extratos pretorianos ostentam caráter não apenas direcionador, mas também impositivo, de seus conteúdos aos demais juízes, bem como à Administração Pública²⁵⁵.

Essas hipóteses positivadas demonstram que a jurisprudência possui gradientes ou níveis de eficácia²⁵⁶. Assim, a jurisprudência consolidada pode ostentar: (a) um caráter argumentativo, no qual se ressalta o seu conteúdo persuasivo, na busca do convencimento do julgador e da outra parte quanto a uma determinada tese jurídica, ou (b) impeditivo (b.1) da demanda ou (b.2) do recurso, que pode (b.2.1) não ser admitido ou (b.2.2) ter negado o provimento, bem como (c) autorizante da (c.1) tutela de evidência ou do (c.2) provimento do recurso, ou (d) vinculante (d.1) aos tribunais e (d.2) órgãos administrativos, além de (e) assumir um caráter rescisório ou ineficaz.

Ao analisarmos todo esse conjunto de textos, verifica-se que existe uma pretensão do legislador em atribuir racionalidade ao microsistema jurisprudencial²⁵⁷.

253 Não obstante a afirmação contida no texto, é possível enxergar nesse texto apenas uma retirada de eficácia da decisão, hipótese em que o corte rescisório ocorreria apenas em face do art. 966, V, CPC.

254 CPC: Art. 525: § 12. Para efeito do disposto no inciso III do § 1º deste artigo, considera-se também inexigível a obrigação reconhecida em título executivo judicial fundado em lei ou ato normativo considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou do ato normativo tido pelo Supremo Tribunal Federal como incompatível com a Constituição Federal, em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso”.

§ 15. “Se a decisão referida no § 12 for proferida após o trânsito em julgado da decisão exequenda, caberá ação rescisória, cujo prazo será contado do trânsito em julgado da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal”.

255 Constituição Federal: “Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei”.

256 Rodolfo de Camargo Mancuso afirma haver uma “pirâmide escalonada da jurisprudência” (2019, p. 146-176).

257 É bem possível que ocorram críticas quanto a uma ou outra das opções realizadas pelo legislador. Todavia, talvez essas críticas sejam direcionadas mais à prática judiciária a cargo dos diversos atores processuais. Esse registro diz respeito à pouca intimidade por parte dos operadores do direito com as técnicas relativas à jurisprudência, em geral, e aos precedentes, em especial. Por isso, nos foros presenciam-se ementas totalmente desconectadas do conteúdo decisório, falta de distinção, superação sem se atentar com o critério temporal, decisões sem fundamentação ou surpresas etc.

Uma das primeiras consequências dessa proposta consiste no fato de que a decisão judicial deve ser o resultado de uma construção na qual participaram todos os sujeitos processuais, partes e juiz. Essa afirmação decorre do fato de que o legislador estabeleceu, como critério de validade à decisão judicial, a proibição às decisões surpresas (CPC, arts. 9º e 10º). Além disso, há o dever de que a decisão judicial apresente uma fundamentação analítica de todas as questões²⁵⁸ apresentadas pelas partes, em expressa e impositiva decorrência do princípio constitucional do contraditório em sua vertente material, isto é, possibilitar que as partes efetivamente participem e influenciem a decisão.

Dessa concepção ideológica resulta ainda a imposição expressa por parte do legislador processual civil no sentido de que os “tribunais devem uniformizar a sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente (CPC, art. 926, caput)²⁵⁹. Percebe-se, claramente, a preocupação do legislador quanto ao princípio da segurança jurídica à medida que o primeiro dever dos tribunais consiste na uniformização da jurisprudência, de forma a evitar uma dispersão das decisões judiciais, o que, insofismavelmente, comprometeria aquele princípio. Os demais deveres estabelecidos pelo texto normativo – estabilidade, integridade e coerência – resultam do primário dever de uniformização.

Essa imposição decorre do fato de que em um cenário no qual as chances de sucesso ou fracasso na pretensão jurídica vertida em juízo sejam equivalentes – porque as manifestações dos tribunais, em um mesmo contexto litigioso, são díspares e contraditórias –, subsiste um incentivo a que o litigante perdue com a intenção de levar a lide até aos últimos extremos. Isso ocorre porque existe a possibilidade de que “o caso caia” com um julgador que seja pessoalmente simpático à alegação da parte, típica hipótese de “jurisprudência lotérica”²⁶⁰, de incerteza jurisprudencial, o que fulmina a ideia de qualquer segurança jurídica.

258Ronaldo Brêtas et al. (2016, p 166-171), em tom crítico a uma leitura superficial e literal do disposto no art. 489, § 1º, IV, do CPC, sustentam inexistir o dever judicial de analisar todos os “argumentos”, isto é, alegações das partes em sua totalidade, uma vez que eles estão direcionados e giram ao redor das questões. Essas, as questões, sim, devem ser analisadas pelo julgador. Por “questão” entende-se “todo ponto controvertido ou duvidoso – de fato, de direito processual ou de direito material – que desponta no processo, objeto da discussão das partes e da decisão que será proferida”. Daí, concluem: “nem sempre, no caso concreto, é o que nos parece, a decisão terá de se manifestar sobre todos os argumentos das partes, devendo concentrar-se, sim, no desate atento e amplamente justificado das questões de fato e de direito debatidas pelas partes” (CARVALHO DIAS, Ronaldo Brêtas de; et al. Estudo sistemático do NCPC (Com as alterações introduzidas pela Lei nº 13.256, de 4/2/2016). Belo Horizonte: Editora D’Plácio, 2016).

259A imposição de respeito à jurisprudência já ocupou ares de expressa constitucionalidade, tendo em vista o contido no art. 60, § 2º, da Constituição de 1891: “Nos casos em que houver de aplicar leis dos Estados, a justiça federal consultará a jurisprudência dos tribunais locais, e, vice-versa, as justiças dos Estados consultarão a jurisprudência dos tribunais federais, quando houverem de interpretar leis da União”.

260Sobre o fenômeno da “jurisprudência lotérica”, cf.: CAMBI, Eduardo. Jurisprudência lotérica. Revista dos tribunais, vol. 786, abr./2001b, p. 108-128; CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. A força dos precedentes no moderno processo civil brasileiro. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.) Direito Jurisprudencial.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 553-674.

Representativo de insegurança jurídica, em nítida manifestação da “chamada jurisprudência flutuante, cambaleante, também conhecida como jurisprudência ziguezague”, como ressaltado por Guilherme Sarri Carreira (2013, p. 10²⁶¹), pode se citar a indefinição relativa quanto à categoria profissional dos empregados de usina de cana-de-açúcar. Um breve histórico permite bem compreender essa situação:

- a) inicialmente, o STF, por meio do En. 196 de sua Súmula, editado no ano de 1963, em face da então atribuição constitucional para a interpretação das normas infraconstitucionais, entendeu ser industriário: “Ainda que exerça atividade rural, o empregado de empresa industrial ou comercial é classificado de acordo com a categoria do empregador”;
- b) secundando esse entendimento, o TST, no ano de 1974, editou o En. 57 de sua Súmula, entendendo-o como industriário: “TRABALHADOR RURAL. Os trabalhadores agrícolas das usinas de açúcar integram categoria profissional de industriários, beneficiando-se dos aumentos normativos obtidos pela referida categoria”;
- c) esse texto pretoriano foi cancelado em 2003;
- d) em agosto/2011 o Tribunal Regional do Trabalho da 18ª Região (Goiás) editou o

En. 21 de sua Súmula:

ENQUADRAMENTO SINDICAL DOS EMPREGADOS DAS USINAS DE AÇÚCAR E ÁLCOOL. CRITÉRIO. ATIVIDADE DESENVOLVIDA PELO OBREIRO. Para o correto enquadramento sindical dos empregados das usinas de açúcar e álcool é preciso apurar a natureza da atividade desenvolvida pelo empregado. Assim, se ele desenvolve atividade tipicamente rural, será considerado rurícola, não se aplicando a ele as normas coletivas celebradas com o sindicato dos industriários.

- e) em outubro/2012 houve o cancelamento desse texto em face da edição, em julho/12, da Orientação Jurisprudencial nº 419 da SbDI-1 do TST:

ENQUADRAMENTO. EMPREGADO QUE EXERCE ATIVIDADE EM EMPRESA AGROINDUSTRIAL. DEFINIÇÃO PELA ATIVIDADE PREPONDERANTE DA EMPRESA. Considera-se rurícola empregado que, a despeito da atividade exercida, presta serviços a empregador agroindustrial (art. 3º, § 1º, da Lei nº 5.889, de 08.06.1973), visto que, neste caso, é a atividade preponderante da empresa que determina o enquadramento.

- f) houve o cancelamento da OJ 419 em novembro/15 por ter o TST reconhecido que a tese acolhida por esta orientação, à época de sua aprovação, dizia respeito apenas

²⁶¹Humberto Ávila (2016, p. 70) também se refere ao termo.

e tão somente ao período de "prescrição" aplicável aos rurícolas, não se discutindo a questão do enquadramento sindical.

g) em face disso, o Tribunal Regional da 18ª Região editou o En. 51 de sua súmula, em junho/2016:

ENQUADRAMENTO. EMPREGADO DE EMPRESA AGROINDUSTRIAL. DEFINIÇÃO PELA ATIVIDADE PREPONDERANTE DA EMPRESA. MODULAÇÃO ANTE O CANCELAMENTO DA OJ 419 DA SDI-1 DO TST. I - Considerando ser industrial a atividade preponderante da agroindústria, o enquadramento de seus empregados dá-se na categoria dos industriários. II - Em nome da segurança jurídica, deve ser respeitada a eficácia das normas coletivas em curso na data da publicação do cancelamento da OJ 419 do TST que houverem sido pactuadas com sindicatos profissionais de rurícolas, observado o disposto na Súmula 277 do TST.

h) embora alienígena à organização processual trabalhista, não se pode olvidar o En. 578 da Súmula do STJ:

Os empregados que laboram no cultivo da cana-de-açúcar para empresa agroindustrial ligada ao setor sucroalcooleiro detêm a qualidade de rurícola, ensejando a isenção do FGTS desde a edição da Lei Complementar n. 11/1971 até a promulgação da Constituição Federal de 1988.

Essa situação demonstra a completa indefinição à qual se submetem os empregados e os empregadores desse setor.

Muitos outros exemplos poderiam apresentados. Todavia, o que se busca é demonstrar que a jurisprudência é um fator observado pelas pessoas em suas relações jurídicas, porque as decisões do Judiciário, mormente quando emanadas dos órgãos de cúpula, atuam como (a) orientadoras de comportamento, é dizer, os jurisdicionados conformam suas condutas de acordo com determinado entendimento jurisprudencial, e, por outro lado, (b) dissuasórias de comportamentos em sentido contrário ao reconhecido jurisprudencialmente. Nesse particular, afirma Cândido Rangel Dinamarco (2002a, p. 127-128):

Sempre no plano das relações sociais, o exercício continuado e correto da jurisdição constitui elemento de valia, no sentido de educar as pessoas para o respeito a direitos alheios e para o exercício dos seus. (...). Onde a Justiça funciona mal, transgressores não a temem e lesados pouco esperam dela.

Esses maus vezos, de fundo cultural ou psicossocial, comportam combate pela via da educação, que pode vir da instrução escolar básica, de campanhas publicitárias de variada ordem e, como dito, do exemplo ofertado pelos bons resultados do processo. Tal é o segundo importante escopo social do processo: educar para a defesa de direitos próprios e respeitos aos alheios.

Enfim, não se pode olvidar que as manifestações jurisdicionais, especialmente aquelas que consistem em um verbete sumular, buscam atender a uma necessidade humana e social e atuam como importante vetor de comportamentos dos indivíduos, o que destaca o caráter funcional da segurança jurídica, ao estabelecer a previsibilidade. Afinal, se “os destinatários das normas sabem, prévia e exatamente, qual a consequência de suas condutas, podem pautá-las, programando suas expectativas para a produção dos efeitos estabelecidos nas regras e nos princípios jurídicos” (CUNHA, 2016a, p. 6).

É certo que, ao contrário do que defenderam a Escola Exegética e a Jurisprudência dos Conceitos – algo que a Lei 13.467/17 pretendeu reviver com o § 2º do art. 8º da CLT²⁶² –, a conduta do julgador não é meramente repetidora dos comandos legais, ainda que expressos e claros²⁶³, uma vez que ele realiza uma atividade intelectual. O juiz desenvolve uma atividade reflexiva, na qual apreende os elementos existentes em um texto, a norma abstrata, coteja-os com os demais dados normativos existentes, e os filtra segundo os valores igualmente contemplados no ordenamento jurídico, de forma a apresentar uma resposta condizente com esse mesmo ordenamento jurídico. Assim, por meio desse processo intelectual, apreendem-se os elementos normativos existentes para, em seguida, apresentar um novo dado jurídico que possa servir para julgamentos futuros; ocorre, portanto, um reenvio funcional. Caminha-se, assim, para um espaço semântico-pragmático, sob o qual a norma surge no caso concreto em razão da recíproca implicação entre programa normativo e âmbito normativo²⁶⁴.

Não obstante essa concepção resultante do pós-positivismo, o caráter não inovador e secundário da jurisprudência refuta a ideia de discricionariedade judicial, pois os textos legais estabelecem amarras judiciais. Isso significa que a jurisprudência é limitada, visto que o juiz

262“Súmulas e outros enunciados de jurisprudência editados pelo Tribunal Superior do Trabalho e pelos Tribunais Regionais do Trabalho não poderão restringir direitos legalmente previstos nem criar obrigações que não estejam previstas em lei.” Segundo Neves (2012, p. 197), essas escolas buscaram a construção de um “modelo de interpretação do direito que se pode denominar, semioticamente, ‘sintático-semântico’. Com essa expressão, pretendo referir-me a uma concepção que enfatiza as conexões sintáticas entre os termos, expressões ou enunciados normativo-jurídicos, pressupondo a univocidade semântica deles”, de forma que “conforme ambas as correntes, ao intérprete do direito caberia descobrir o único sentido juridicamente possível dos signos legais” (NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil. O Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas*. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012).

263Mesmo os textos legais que apresentam tais características carecem de uma interpretação ante a superação da fórmula *in claris cessatio interpretatio*.

264Marcelo Neves (2012, p. 200) afirma que a “hermenêutica não considera suficientemente a relevância da dimensão pragmática no processo de interpretação do direito, desconhecendo ou, no mínimo, subestimando a função construtiva do intérprete em face dos textos normativos”. Em seguida, esse autor afirma que “A ‘teoria jurídica estruturante’, proposta por Friedrich Müller, embora se mantenha na perspectiva semântico-pragmática, ou seja, continue enfatizando a dimensão semântica da interpretação, vai dar maior relevância ao fator pragmático do processo interpretativo do que a tradição hermenêutica que remonta a Gadamer. A rigor, nessa orientação, não se trata de ‘interpretação’ do direito, mas sim do problema referente à ‘concretização’ da norma jurídica, que, nessa perspectiva, não se confunde com o seu texto”.

não está livre para basear suas decisões em seus critérios pessoais de licitude e de justiça, antes deve observar os limites semânticos estabelecidos pelos textos normativos: “na interpretação jurídica, não se trata de extrair arbitrariamente de uma infinidade de sentidos dos textos normativos a decisão concretizadora, nos termos de um contextualismo decisionista” (NEVES, 2012, p. 207). Não se pode, como assentou Juan Antonio García Amado (2003, p. 80, *apud* NOGUEIRA, 2009), admitir que o significado de uma norma seja um produto exclusivo do sujeito que realiza a interpretação e aplicação do direito. Como esclarece Lênio Streck (2002, p. 459),

é evidente que o intérprete não poderá construir um novo texto, espécie de nova lei, que não guarde, nem de longe, relação com aquilo que se possa entender como desvelamento do sentido decorrente da síntese hermenêutica exsurgente da copertença Constituição-texto infraconstitucional. O limite é a Constituição.

Assim, a atuação do julgador está sujeita a parâmetros que o próprio Direito apresenta, pois não há, no processo judicial, um espaço para o exercício de uma liberdade subjetiva do julgador, muito menos para uma mera exteriorização do suposto saber jurídico do julgador, como diz, em tom crítico, Rosemiro Pereira Leal (2013, p. 53). Inexiste, na atuação do julgador, uma atuação desvinculada do saber histórico, social e processualmente construído, razão pela qual viola a segurança jurídica admitir que o julgador tenha absoluta liberdade em desconhecer os julgamentos anteriores idênticos àquele que lhe é posto para prestar a tutela jurisdicional.

Deste modo, a jurisprudência, mesmo aquela que não tenha o caráter vinculante, tem o condão servir como um parâmetro não apenas para o jurisdicionado mas, também, para os órgãos julgadores sobre a compreensão a respeito dos temas que lhes são submetidos, o que realça o seu papel instrumental da segurança jurídica. Isso porque o Judiciário, enquanto instituição, exerce uma “dupla função social: a) função de decidir a controvérsia; b) a função de enriquecer a oferta de normas jurídicas” (ZANETI JR., 2016, p. 360).

Tal qual a cabeça de Jano, a jurisprudência tem a sua atenção voltada a dois momentos históricos: o primeiro consiste do fato de a jurisprudência resolver os litígios com os olhos voltados para o passado, atenta aos fatos narrados pelas partes ocorridos antes da decisão; ao mesmo tempo, a jurisprudência irradia seus efeitos para o futuro, uma vez que as manifestações do Judiciário “repercutem também sobre o presente e sobre o futuro, sendo inerente a toda decisão uma eficácia pluridimensional, pela mescla que produz relativamente

ao passado e ao futuro”, afirma Ávila (2016, p. 178). Por isso, a jurisprudência é, concomitantemente, retrospectiva e prospectiva.

Em relação ao passado, as relações jurídicas construídas sob o pálio de determinada compreensão jurisprudencial não podem ter, arbitrariamente, excluídas sua validade e eficácia. Ao agir conforme a jurisprudência existente, a pessoa cria em si a expectativa de ter atuado conforme o ordenamento jurídico lhe preceitua, de forma que no julgamento atual não se pode increpar um comportamento pessoal que, à data em que praticado, estava em consonância com o entendimento dos tribunais àquela época. A mudança da jurisprudência, portanto, não pode atuar em desfavor da pessoa que agiu conforme aquela jurisprudência anterior. Neste particular, não se afigura possível que o julgador enxergue o passado, quando os fatos ocorreram, com os olhos do presente, em típica alteração da jurisprudência²⁶⁵, sob pena de comprometimento da segurança jurídica sob o enfoque da confiabilidade. Como afirma Carreira,

a jurisprudência cria uma pauta de conduta na qual o cidadão confia e organiza seus negócios, planejando-se de acordo com o que a lei prevê e em conformidade com as decisões proferidas pelos tribunais. Eventual mudança de entendimento acaba comprometendo todo o planejamento e a confiança depositada. (2013, p. 117)

Portanto, ao tomar a decisão judicial, o julgador deverá ter em mente qual a jurisprudência existente à época em que os atos foram praticados, para que, assim, a decisão possa respeitar a confiança depositada pelos jurisdicionados nesse entendimento: “A inviolabilidade do passado é princípio que encontra fundamento na própria natureza humana”, como citado por Vicente Ráo (1991, p. 323) em lição já transcrita (item 2.1.2, capítulo 2). Aqui se tem a jurisprudência como fator de confiabilidade.

Quanto ao futuro, igualmente, a jurisprudência assume especial relevo, pois o indivíduo planeja a sua conduta de acordo com entendimento definido pelo Estado. É natural que as soluções apresentadas pelo Poder Judiciário nos casos que lhe são colocados à análise sejam utilizadas pelos jurisdicionados para orientarem sobre como proceder de acordo com o entendimento jurisprudencial. Assim, a jurisprudência mira ao futuro ao garantir certa previsibilidade aos jurisdicionados quanto à compreensão do Estado-juiz acerca de um

²⁶⁵A doutrina tem chamado a atenção quanto à eficácia temporal dos precedentes. Neste sentido, cf.: CARREIRA, Guilherme Sarri. O princípio da segurança jurídica e a superação do precedente judicial. Dissertação. 161p. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2013; MALLET, Estevão. A jurisprudência deve sempre ser aplicada retroativamente? Revista do TST, Brasília, vol. 71, n. 03, set/dez. 2005, p. 134-145; PEIXOTO, Ravi. Superação do Precedente e Segurança Jurídica. Salvador: Editora JusPodivm, 2015. PRESGRAVE, Ana Beatriz Rebello. O precedente judicial e sua alteração: segurança jurídica e adequação do direito. In: DIDIER JR. Fredie *et al* (Coord.). Precedentes: Grandes temas do novo CPC, vol. 3. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 591-605.

determinado contexto jurídico (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2018, p. 543). Nessa perspectiva, ocorre a concretização da segurança jurídica do jurisdicionado sob o prisma da previsibilidade e calculabilidade.

Desse modo, para as partes, a jurisprudência assume um papel orientador de seus comportamentos e definição de suas expectativas, assegurando-lhes a confiança de que suas ações guardam sintonia com a compreensão do ordenamento jurídico representada pelas decisões jurisdicionais em um determinado sentido. Por outro lado, a atenção dos juízes à jurisprudência corresponde a um dos elementos de legitimação de sua razão de ser, especialmente porque, pelo fato de suas investidas não decorrerem do escrutínio das eleições, o caráter democrático da atuação do julgador está umbilicalmente vinculado pelo seu respeito a todo o edifício jurídico construído. “A utilização de decisões pretéritas como paradigma para embasar decisões presentes e futuras é um comportamento comum do ser humano”, afirmam Vinicius Abreu e Bruno Silva, que em seguida transcrevem Neil MacCormick e Robert Comirck Summers:

Experiências passadas são uma forma racional de guiar as decisões presentes e futuras porque tendemos a evoluir com os erros cometidos e repetir comportamentos acertados: “aplicar lições do passado para resolver problemas atuais e futuros são uma parte básica da razão prática humana” (2019, p. 2. Informação pessoal²⁶⁶).

Assim, como já destacado, os mecanismos de uniformização das decisões judiciais resultam em uma forma de concretização do princípio da segurança jurídica, pois a

uniformidade na interpretação e na aplicação do direito constitui-se há muito tempo um valor fundamental (poder-se-ia dizer, na verdade: um objeto de desejo) presente em quase todos os ordenamentos, que tentam vários modos – como se verá – de realizá-lo na mais ampla forma possível (TARUFFO, Michele, 2015, p. 251).²⁶⁷

Um dos componentes da segurança jurídica (além da “segurança de realização”) é a “segurança de orientação”: especialmente em comunidades mais complexas como as atuais, exige-se a presença de estruturas e instituições confiáveis e que permitam aos integrantes dessas mesmas comunidades um prévio conhecimento de quais são as consequências de

²⁶⁶ABREU, Vinicius Caldas da Gama; SILVA, Bruno Campos. Densidade e eficácia normativa do art. 926 do código de processo civil: estabilidade, coerência e integridade da jurisprudência dos tribunais. Mensagem recebida por radsonrangel36@hotmail.com em 23 mar. 2019.

²⁶⁷Tradução nossa do seguinte trecho: “L’uniformità nella interpretazione e nell’applicazione del diritto costituisce de molto tempo un valore fondamentale (se potrebbe dire addirittura: un oggetto del desiderio) presente in pressochè tutti gli ordenamenti, che tentano in vario modo – come si vedrà – di realizzarlo nella più ampia misura possibile”. Le funzioni delle Corti Supreme tra uniformità e giustizia. TARUFFO, Michelle. Le funzioni delle Corti Supreme tra uniformità e giustizia. In: Fredie Didier Jr.; et al. (Coords.). Precedentes: Grandes temas do novo CPC, vol. 3. . Salvador: Juspodivm, 2015, p. 251-262.

determinados comportamentos e opções. Não por outra razão, Roberto Rosas (2011, p. 216) afirma que a “consolidação da jurisprudência é fator de estabilidade jurídica, afinal, a afirmação de uma orientação dá normas de conduta para orientação da sociedade”.

E uma das formas de obter essa segurança de orientação consiste justamente em se viabilizar uma jurisprudência com a sua característica definidora, a predominância e uniformidade de entendimento sobre determinado tema, de forma a afastar ou reduzir o grau de instabilidade e incerteza que colocam em xeque a convivência social.

4.4 A violação da segurança jurídica pela fixação de óbices na uniformização da jurisprudência

Ainda que possa parecer um truísmo, em face das características inerentes ao Direito do Trabalho e ao Processo do Trabalho elencadas especialmente no item 4.1, para que haja o império da segurança jurídica sob a perspectiva da observância jurisprudencial, é necessário conhecer qual a jurisprudência da época dos fatos, em especial aquela consolidada por meio dos enunciados sumulares, uma vez que, por meio deles, é possível aferir, objetivamente, a partir de sua edição e de seu cancelamento, qual o entendimento jurisprudencial predominou em determinado momento.

Essa afirmação assume especial relevo quando se observa a estrutura da Justiça do Trabalho, disposta em três níveis: (a) as varas do trabalho, os órgãos jurisdicionais de base, pelos quais ingressa a majoritária massa de ações judiciais nesse ramo do Judiciário. Totalizam 1.572 (mil e quinhentas e setenta e duas) unidades em todo o Brasil, no ano de 2017, conforme dados do relatório Justiça em Números, do Conselho Nacional de Justiça (2018, p. 18)²⁶⁸; (b) 24 (vinte e quatro) tribunais regionais do trabalho, órgãos jurisdicionais intermediários; (c) o Tribunal Superior do Trabalho, órgão de cúpula, dividido, com competência jurisdicional, em: (c.1) 8 (oito) turmas, (c.2) Seção de Dissídios Individuais (SDI), dividida em (c.2.1) Subseção I de Dissídios Individuais do Trabalho (SbDI-I) e (c.2.2) Subseção II de Dissídios Individuais do Trabalho II, (c.3) Seção de Dissídios Coletivos e (c.4) Tribunal Pleno.

Assim, em face desse elevado número de centros decisórios, a uniformização jurisprudencial por meio dos enunciados sumulares, além de promover uma racionalidade do sistema processual, assegura uma relação de confiabilidade, previsibilidade e calculabilidade

²⁶⁸Conforme dados do Justiça em Números - 2018, relatório do CNJ. Disponível em: www.cnj.jus.br/files/conteudo/.../2018/08/44b7368ec6f888b383f6c3de40c32167.pdf. Acesso em: 26 mar. 2018.

por parte dos jurisdicionados quanto ao posicionamento dos tribunais, de forma que jurisdicionados e os próprios órgãos julgadores orientem-se conforme aquele direcionamento contido nos textos sumulares. Isso significa que tais verbetes sumulares promovem a observância do princípio da segurança jurídica.

Mas, apesar da compreensão da necessidade de uniformização jurisprudencial como forma de concretização da segurança jurídica, a reforma trabalhista cria óbices irrazoáveis, senão intransponíveis, por parte dos tribunais na edição de enunciados sumulares. Segundo a alteração promovida pela Lei 13.467/2017, a letra “f” do artigo 702 da CLT passou a ter a seguinte redação:

Art. 702 - Ao Tribunal Pleno compete:

(...);

f) estabelecer ou alterar súmulas e outros enunciados de jurisprudência uniforme, pelo voto de pelo menos dois terços de seus membros, caso a mesma matéria já tenha sido decidida de forma idêntica por unanimidade em, no mínimo, dois terços das turmas em pelo menos dez sessões diferentes em cada uma delas, podendo, ainda, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de sua publicação no Diário Oficial;

Note-se que são fixados diversos requisitos quantitativos para a edição: a) o primeiro, quanto ao número de órgãos jurisdicionais. Embora o texto legal afirme que sejam necessários 2/3 (dois terços) das turmas, isso significaria 5,3 turmas, o que exige o arredondamento para o número interior superior, 6 (e aqui se verifica um sofisma do texto legal: porque deve arredondar para o número inteiro seguinte, serão necessários 3/4 do número de turmas do TST); b) o segundo requisito consiste na necessidade de que cada uma dessas turmas tenha o mesmo entendimento quanto ao tema em pelo menos 10 (dez) sessões diferentes; c) o terceiro requisito exige que os julgamentos sejam tomados à unanimidade, ou seja, pelos 3 (três) ministros que compõem cada uma das turmas.

Esses requisitos geram dificuldade na edição ou alteração de enunciado de súmulas, uma vez que, a partir deles, serão exigidos, ao menos, 60 (sessenta) recursos de revista com o mesmo objeto nos quais os mesmos julgadores tenham a mesma compreensão quanto ao tema.

Essa dificuldade na uniformização jurisprudencial é potencializada ainda por duas outras mudanças provocadas pela Lei 13.467/2017.

A primeira delas foi a criação de mais um filtro na admissibilidade dos recursos de revista. Com efeito, uma vez regulamentada, a transcendência passou a ser mais pressuposto de admissibilidade dessa espécie recursal, ao lado dos tradicionalmente previstos.

Antes da Lei 13.467/2017, cabia o processamento do recurso de revista se a decisão tomada pelo tribunal regional (a) violasse a Constituição e enunciado de súmula e, eventualmente, também a lei e orientação jurisprudencial (em caso de processo do rito sumaríssimo), (b) divergisse do entendimento adotado por outro tribunal regional do trabalho ou pela SDI quanto a texto constitucional ou legal, (c) divergisse do entendimento adotado por outro tribunal regional do trabalho ou da SDI do TST quanto a texto de convenção, acordo coletivo e regulamento empresarial de abrangência superior a um tribunal regional do trabalho (art. 896, *caput*, CLT).

Com a alteração promovida pela Lei 13.467/2017, além desses requisitos intrínsecos, dever-se-á atender ao requisito da transcendência, que pode ser (a) econômica, em razão do elevado valor da causa, (b) política, em caso de desrespeito à jurisprudência sumulada do Tribunal Superior do Trabalho ou do Supremo Tribunal Federal, (c) social, em caso de postulação pelo reclamante de um direito social previsto constitucionalmente e (d) jurídica, questão nova em torno de interpretação da legislação trabalhista (art. 896-A, § 1º, CLT).

Isso significa um estreitamento no acesso ao TST, o que implica redução²⁶⁹ na possibilidade de interposição de recurso de revistas e, conseqüentemente, uma menor possibilidade de atender àqueles requisitos estabelecidos na letra “f” do art. 702 da CLT.

Além desse fator, há uma absoluta desproporcionalidade na alteração legislativa. Não pode ser olvidado, ainda, que a Lei 13.467/2017 fixa, para a edição de enunciado de súmula, um quórum sequer exigido para que possa ser declarada a inconstitucionalidade de uma norma, como se vê no art. 97 da Constituição Federal: “Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público”. Ou seja, um ato de maior importância, como o reconhecimento da mácula de uma lei, cuja constitucionalidade é presumida (MORAES, 2018, p. 58), exige apenas a maioria absoluta dos membros do tribunal ou, quiçá, um número inferior, se a competência funcional para tal objeto for do órgão especial. Em contrapartida, a edição de um texto pretoriano sem qualquer conteúdo acerca da constitucionalidade, ao revés, exige um quórum qualificado.

Ademais, algumas matérias jamais poderão ser objeto de uniformização jurisprudencial, pois não ensejam recurso de revista, por exemplo, aqueles processos que

²⁶⁹Não se está a discutir quanto ao acerto, ou não, da redução artificial do número de recursos de revista.

tramitam pela SbDI-II²⁷⁰. Nessa direção, a partir da edição da Lei 13.467/2017, alguns temas, como mandados de segurança, ação rescisória e tutelas provisórias, apreciados em competência originária ou recursal por esse órgão julgador, não estão sujeitos à uniformização jurisprudencial, pois não ensejam a admissibilidade de revista.

Assim, ao impossibilitar a uniformização da jurisprudência, resta autorizada uma pulverização de entendimentos, o que, por si só, já viola de forma flagrante a segurança jurídica.

Como assentado acima, o objetivo claro do legislador foi o de estabelecer restrições ao exercício de uma das funções inerentes ao Poder Judiciário, qual seja uniformizar a interpretação jurisprudencial, restringindo-lhe a possibilidade da edição de textos sumulares. Como afirmam Azevedo Neto *et al.* (2017, p. 324), “De qualquer forma, é certo que as novas regras criam dificuldades para o estabelecimento de súmulas e enunciados de jurisprudência pelos tribunais trabalhistas, e a nosso ver demasiadas”. No mesmo sentido, destaca-se a afirmação de Antônio Umberto Souza Júnior *et al.* (2017, p. 351) que “A intenção nítida do legislador foi dificultar o funcionamento do TST, e tribunais trabalhistas em geral, no que diz respeito à edição de súmulas e orientações jurisprudenciais” (2017, p. 351).

Essa constatação não passou despercebida a outros doutrinadores.

Maurício Godinho Delgado e Gabriela Neves Delgado (2018, p. 349), por exemplo, afirmam que

270“Art. 78. À Seção Especializada em Dissídios Individuais, em composição plena ou dividida em duas Subseções, compete:

a) originariamente:

I - julgar as ações rescisórias propostas contra suas decisões, as da Subseção I e as das Turmas do Tribunal;

II - julgar os mandados de segurança contra os atos praticados pelo Presidente do Tribunal, ou por qualquer dos Ministros integrantes da Seção Especializada em Dissídios Individuais, nos processos de sua competência;

III - julgar os pedidos de concessão de tutelas provisórias e demais medidas de urgência;

IV - julgar os habeas corpus;

V - processar e julgar os Incidentes de Resolução de Demandas Repetitivas suscitados nos processos de sua competência originária;

VI - processar e julgar as reclamações destinadas à preservação de sua competência, à garantia da autoridade de suas decisões e à observância obrigatória de tese jurídica firmada em decisão com eficácia de precedente judicial de cumprimento obrigatório, por ela proferida.

b) em única instância:

I - julgar os agravos internos interpostos contra decisão monocrática exarada em processos de sua competência;

II - julgar os conflitos de competência entre Tribunais Regionais e os que envolvam Desembargadores dos Tribunais de Justiça, quando investidos da jurisdição trabalhista, e Juízes do Trabalho em processos de dissídios individuais.

c) em última instância:

I - julgar os recursos ordinários interpostos contra decisões dos Tribunais Regionais em processos de dissídio individual de sua competência originária;

II - julgar os agravos de instrumento interpostos contra decisão denegatória de recurso ordinário em processos de sua competência” (grifos do autor). Disponível em: <https://hdl.handle.net/20.500.12178/116169>. Acesso em: 11 jul. 2018.

Passando-se ao exame dos referidos preceitos legais, por seu conteúdo se pode perceber que a Lei da Reforma Trabalhista visou a restringir, de maneira bastante acentuada, o papel uniformizador da jurisprudência trabalhista na República e na Federação cumprido pelo Tribunal Superior do Trabalho. Trata-se de uma diretriz manifesta e inequívoca da Lei, ainda que de difícil harmonização à Constituição da República e à própria lógica estrutural do sistema jurídico e judiciário federal brasileiro.

Manoel Carlos Toledo Filho (2017, p. 67), por seu turno, afirma que

Ocorre que não é necessário maior exame ou reflexão para se inferir que, com o quórum exigido, quase nada se conseguirá sumular ou uniformizar tanto no Tribunal Superior do Trabalho quanto nos Tribunais Regionais. O grau de concordância ou consenso que se pede é tamanho que, uma vez que seja ele eventualmente atingido, a edição de uma Súmula seria até já desnecessária. Isso significa, ao fim da linha, que não haverá uniformização da jurisprudência trabalhista. Os Tribunais e as instâncias de base decidirão sem referências seguras ou precedentes consistentes. Logo, a tendência é que haja paradigmas judiciais contraditórios em profusão, aumentando, ao invés de diminuir, o grau de insegurança jurídica que o legislador amadoristicamente diz combater.

Outra não é a exposição José Roberto Freire Pimenta (2018, p. 27), ao afirmar que a alteração legal “que teve a mesma finalidade de restringir a atividade de uniformização de jurisprudência dos Tribunais Regionais do Trabalho e do Tribunal Superior do Trabalho”, situação que compromete a segurança jurídica pois, ainda segundo esse escólio,

Se hoje a vinculação estrita dos juízes à letra da Lei já não é aceitável nem desejável, a abertura desse amplo espaço de atuação e de interpretação aos juízes traz, inevitavelmente, um perigo muito grande: a possibilidade de que as mesmas normas jurídicas sejam interpretadas e aplicadas de modo diferente por juízes diversos, trazendo um grau enorme de insegurança jurídica e impedindo que os atores sociais pautem sua conduta e façam suas escolhas de vida com base naquilo que eles razoavelmente considerem ser determinado pela ordem jurídica em vigor. Com isso, o Direito como um todo deixa de ser capaz de desempenhar sua função precípua: a de ordenar e regular as relações sociais. (2018, p. 25)

Ora, a necessidade de uniformização jurisprudencial torna-se mais premente quando se está perante um ordenamento que é caracterizado pela existência de lacunas e contradições, pelo uso de termos abertos que favorecem a vagueza, ambiguidade e porosidade; em um estágio do pensamento jurídico em razão do qual o texto normativo não oferece as respostas, posto sejam importantes pontos de partida para que o julgador possa chegar à norma; mais ainda pela necessidade de se dar um posicionamento orientador aos cerca 3.658 juízes (três mil, seiscentos e cinquenta e oito) do trabalho existentes no Brasil, além dos 272 (duzentos e

setenta e dois) cargos vagos²⁷¹. Todos esses fatores exigem que haja um órgão de uniformização jurisprudencial, sob pena de imperar indefinição e instabilidade comprometedoras da segurança jurídica, pois, de acordo com Evaristo Aragão Santos (2012, p. 134), mais do que decidir uma relação jurídica, o Judiciário também fixa pautas de conduta para a sociedade.

Todavia, a criação de óbices irrazoáveis como os estabelecidos pela Reforma Trabalhista cria uma barreira praticamente intransponível ao exercício de uma atribuição essencial dos tribunais trabalhistas, qual seja a uniformização jurisprudencial por meio dos enunciados sumulares, violando, de forma flagrante, a segurança jurídica, pois

o Direito não pode ser refém da instabilidade e incerteza, sob pena de não cumprir seu papel de mecanismo de controle social. Ou seja, o processo de concretização jurídica não pode ser completamente aleatório, como o jogo de dados, ou como o “andar do bêbado”. Em verdade, a fundamentação das decisões e opções jurídicas (e judiciais) continua sendo um indispensável fator de validade, de legitimidade e de segurança no âmbito do Direito (NASCIMENTO, 2017, p. 25).

Portanto, no nosso entender, os óbices estabelecidos pela Lei 13.467/2017 à edição de enunciados sumulares, ao dificultarem sobremaneira a uniformização jurisprudencial, violam a Constituição Federal ao frustrar a segurança jurídica, especialmente sob o conteúdo da previsibilidade, da cognoscibilidade e da confiabilidade²⁷².

271Conforme dados do Justiça em Números/2018, do CNJ. Disponível em: www.cnj.jus.br/files/conteudo/.../2018/08/44b7368ec6f888b383f6c3de40c32167.pdf. Acesso: em 26 mar. 2018.

272No momento em que finalizamos a presente pesquisa, estão pendentes, em relação ao art. 702, “F”, da CLT, uma ação declaratória de constitucionalidade (ADC 62) e uma ação declaratória de inconstitucionalidade (ADI 6188).

5. A (IN)SEGURANÇA JURÍDICA EM OUTRAS ALTERAÇÕES PROVOCADAS PELA LEI 13.467/2017

O presente capítulo busca apresentar como a segurança (assim como a insegurança) manifesta-se em diversas outras alterações provocadas pela Lei 13.467/2017. Nesse mister, registra-se, contrariamente ao que ocorreu nos capítulos III e IV, que não se pretende fazer uma análise verticalizada dos aspectos relativos a cada um dos temas, mas sim focar como se comporta a segurança jurídica, limitação essa que decorre de uma necessidade metodológica, sob pena de a pesquisa ser extensa e, quiçá, não responder de forma satisfatória às indagações que a motivaram. Ademais, acreditamos que o enfoque ora realizado seja suficiente para identificar como o princípio da segurança jurídica se fez presente, e como foi olvidado, em outros temas trazidos pela Lei 13.467/2017.

5.1 Sucessão de diplomas normativos como fator de insegurança jurídica

Se outrora era possível sustentar a “máxima da ‘sábua lentidão’ (*la sage lenteur*) do Poder Legislativo, que jamais deliberava sem prévio estudo e reflexão” (ÁVILA, 2016, p. 65)²⁷³, e que permitia a edição de textos legais com menores dificuldades de compreensão por parte dos leigos e com menores problemas técnicos, nem sempre se vê tal atenção, do que resulta uma legislação “tão falha que precisa ser imediatamente revista pelo próprio Poder que a editou” (ÁVILA, 2016, p. 65-66). Há uma profusão legislativa marcada com um emergencialismo na apresentação de soluções aos problemas por meio da edição de diplomas legais, algo incompatível com a seriedade exigida no âmbito das relações intersubjetivas, além de um conteúdo atécnico da lei, quando não propagandístico ou ideológico, o que, muitas vezes, apenas demonstra uma tentativa demagógica de solução dos problemas que se apresentam.

Ainda que não fosse esse caráter metajurídico, a indefinição legislativa é capaz de comprometer a segurança jurídica que requer uma estabilidade de suas fontes normativas: as constantes mudanças na regência legal importam em uma instabilidade angustiante no meio social por não permitirem às pessoas um conhecimento das regras vigentes e a calculabilidade

²⁷³Como anota Luís Roberto Barroso (2004, p. 141), atualmente ninguém parece impressionar-se com a advertência de Eduardo Couture, inscrita no sétimo mandamento do advogado: “O tempo vingará-se das coisas que se fazem sem a sua colaboração” (BARROSO, Luís Roberto. Em algum lugar do passado: segurança jurídica, direito intertemporal e o novo Código Civil. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Coord.). Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada: estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 137-164).

de suas ações. Essas constantes mudanças caracterizam o que a doutrina chama de “direito gasoso”²⁷⁴, fenômeno em razão do qual o direito desaparece antes mesmo de ser assimilado pelos seus destinatários; além disso, essa instabilidade do próprio diploma normativo que rege determinada relação jurídica impede que os protagonistas desse vínculo tenham a definição sobre qual regra deve ser aplicada e quais os efeitos que devem ser extraídos dessa regência.

Nesse sentido, a Reforma Trabalhista dá-nos elementos contundentes: a Lei 13.467/2017, que entrou em vigor no dia 11/11/17, foi, no dia 14/11/2017, alterada em 17 (dezessete) artigos pela Medida Provisória 808. Prorrogada pelo presidente do Senado Federal, essa Medida Provisória perdeu sua vigência em 22/04/2018, uma vez que não houve sua votação, retornando-se à regência original promovida pela Lei 13.467/2018. Se fosse o contrato de trabalho uma relação estática ou instantânea, não haveria dificuldade alguma, pois os direitos e obrigações surgiriam e se extinguiriam em uma mesma oportunidade. Todavia, o contrato de trabalho ostenta natureza sucessiva, prolongando-se no tempo e, como tal, pode sujeitar-se à regência de mais de um diploma normativo, o que atrai a indagação sobre qual regra deve ser aplicada em face da sucessão de leis.

Deste modo, havia a regência das normas anteriores à vigência da Lei 13.467/2017, isto é, até o dia 10/11/2017 aplicava-se a CLT, ao passo que entre os dias 11 e 13 do mês de novembro teve a aplicação desse novo diploma legal. No entanto, no lapso entre os dias 14/11/2017 e 22/04/2018, as relações jurídicas trabalhistas foram regidas pela regulamentação implementada pela Medida Provisória nº 808; a partir do dia 23/04/2018, retornou-se à regência sob o enfoque da Lei 13.467/2018.

Se no plano descritivo já há dificuldades acerca da norma regente em determinado momento, no plano concreto a discussão se avoluma. Imaginando-se, como exemplo, um acidente do trabalho que tenha ocorrido no dia 15/11/17 que resulte em incapacitação total do empregado, portanto, uma lesão extrapatrimonial gravíssima, é possível a indagação sobre qual o valor máximo a título de reparação de dano extrapatrimonial²⁷⁵: se 50 (cinquenta)

²⁷⁴Trata-se expressão utilizada por José Luis Palma Fernández (1997, p. 41), conforme citado por Ávila (p. 70).

ÁVILA, Humberto. Teoria da segurança jurídica. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

²⁷⁵Aqui não está a se discutir sobre a constitucionalidade desse tarifamento, conquanto entendamos que a Constituição Federal não admite a fixação prévia de valores à reparação. Nesse sentido, já decidiu o STF: “CONSTITUCIONAL. CIVIL. DANO MORAL: OFENSA PRATICADA PELA IMPRENSA. INDENIZAÇÃO: TARIFAÇÃO. Lei 5.250/67 - Lei de Imprensa, art. 52: NÃO-RECEPÇÃO PELA CF/88, artigo 5º, incisos V e X. RE INTERPOSTO COM FUNDAMENTO NAS ALÍNEAS a e b. I. - (omissis). II. - A Constituição de 1988 emprestou à reparação decorrente do dano moral tratamento especial - C.F., art. 5º, V e X - desejando que a indenização decorrente desse dano fosse a mais ampla. Posta a questão nesses termos, não seria possível sujeitá-la aos limites estreitos da lei de imprensa. Se o fizéssemos, estaríamos interpretando a Constituição no rumo da lei ordinária, quando é de sabença comum que as leis devem ser interpretadas no rumo da Constituição. III. - Não-recepção, pela CF/88, do art. 52 da Lei 5.250/67 - Lei de Imprensa. IV. - Precedentes do STF relativamente ao art. 56 da Lei 5.250/67: RE 348.827/RJ e 420.784/SP, Velloso, 2ª Turma, 1º.6.2004. V. - RE conhecido - alínea a -, mas improvido. RE - alínea b - não conhecido”

salários da vítima, conforme estabelecido pela Lei 13.467/2017, ou se 50 (cinquenta) vezes o valor máximo pago pela previdência social, como alterado pela Medida Provisória 808. Imagine-se a situação da empresa que tem, como empregada, grávida que trabalha em condições insalubres: pela Lei 13.346/2017, caberia à empregada apresentar laudo para que pudesse afastar-se de tais condições e, se não houvesse ambiente salubre, afastar-se do trabalho, sem prejuízo salarial; pela Medida Provisória esse afastamento deve ser obrigatoriamente realizado, com prejuízo em relação ao adicional de insalubridade, salvo se a empregada apresentar um laudo que autorize a permanência no trabalho²⁷⁶.

A rejeição (manifestação expressa) de uma medida provisória ou sua caducidade (rejeição tácita, na qual ela sequer é objeto de deliberação por parte do Congresso Nacional), gera efeitos *ex tunc*, isto é, como se nunca tivesse sido editada. Nesse sentido, o § 3º do art. 62 da Constituição Federal (1988) traz que:

As medidas provisórias, ressalvado o disposto nos §§ 11 e 12 perderão eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de sessenta dias, prorrogável, nos termos do § 7º, uma vez por igual período, devendo o Congresso Nacional disciplinar, por decreto legislativo, as relações jurídicas delas decorrentes.

Se é certo que o diploma normativo deixa de existir desde a sua edição, há de se indagar quanto às relações jurídicas que se concretizaram durante o curto período de vigência das medidas provisórias.

A própria Constituição oferece uma resposta: no mesmo prazo de 60 (sessenta) dias, deverá o Congresso Nacional regular esses efeitos mediante a edição de um decreto legislativo. Busca, a Constituição Federal, estabelecer uma certa segurança jurídica.

Todavia, surge a indagação: quais as consequências se o Congresso Nacional não editar esse decreto legislativo, omissão que ocorreu com a Medida Provisória 808?

Para uma primeira corrente, ocorre uma modificação nos efeitos da medida provisória, de forma que a não edição desse decreto legislativo importaria em reconhecer que a perda de eficácia da medida provisória é *ex nunc*, o que significa que esse diploma normativo deve ser aplicado a todas as relações jurídicas havidas no período de sua vigência. Assim, apenas se houver edição de decreto legislativo que a perda da eficácia será *ex tunc*. Ao revés, se não houver essa edição, a medida provisória “valeria em toda a sua extensão dentro

(RE 396.386. Rel. Min.: Carlos Velloso. Dt. Julg.: 29/06/2004. 2ª T).

276 Na ADI 5938, o STF reconheceu a inconstitucionalidade da regra que permitia à empregada grávida trabalhar em condições insalubres.

do prazo em que ela existiu juridicamente. Estaríamos diante do chamado retorno envergonhado do efeito *ex nunc*” (FERNANDES, 2014, p. 878).

Outra corrente, ainda atenta à previsão constitucional, afirma que apenas quando concretizados atos durante a vigência da medida provisória subsistir-se-á a regência por ela estabelecida, ao passo que, se não houver exercício por parte do beneficiário durante a sua vigência, não mais poderá fazê-lo, ainda que, durante o período em que ela esteve vigor, atendesse os pressupostos que ela estabelecia. Esse pensamento é assim expresso por Bernardo Gonçalves Fernandes (2014, p. 879):

Como exemplo, temos: se foi instituído por MP um benefício Y, e X o requereu e usou do mesmo, mas W não, após a rejeição da MP, W não pode requerê-lo (embora se encontre em situação equivalente a situação de X). Deverá vir um Decreto regulamentando a situação de X (pois ele teve um benefício via MP que perdeu a eficácia desde a edição). Porém, se o CN não editou o Decreto legislativo no prazo de 60 dias, os atos constituídos com base na MP conservar-se-ão por ela regidos. Ou seja, X, que requereu e usufruiu do benefício, continuará se beneficiando do mesmo (embora a MP tenha perdido a eficácia desde a edição). Porém, W não terá o mesmo direito de X, visto que ele não o requereu (e usufruiu do mesmo) e a MP não voltou a vigorar (seu efeito de rejeição não se tornou *ex nunc*, continuando *ex tunc*). Certo é que o que prevalece e continua válido são os atos praticados com base na MP rejeitada. Estes, vão continuar regidos pela MP (que já foi rejeitada), até que o legislador se digne a produzir o decreto legislativo. Essa segunda corrente, sem dúvida, é a que mais se adequa e coaduna com as normas contidas no art. 62 § 3º e art. 62 § 11 da CR/88.

Assim, quanto aos exemplos acima, se tiver ocorrido algum acidente do trabalho no período de vigência da Medida Provisória nº 808/17, os valores da reparação de danos extrapatrimoniais devem seguir os critérios nela estabelecidos, não aqueles fixados na Lei 13.467/2017, a despeito de a Medida Provisória não ter sido aprovada e tampouco ter sido editado decreto legislativo regulamentador.

Essa instabilidade da própria legislação trabalhista – resultante de alterações decorrentes da edição de medidas legislativas provisórias, uma insólita opção do Estado em viver perigosamente, como esclarece José Roberto Vieira (2005, *passim*) – é um fator que importa em insegurança aos protagonistas da relação de emprego por desconhecer qual a norma aplicável em determinado momento no desenvolvimento desse vínculo jurídico. A sociedade não pode ser objeto de experiências por parte do legislador, uma vez que o “ideal é que a ordem jurídica se desenvolva em bases científicas e não a título de experiências ou sob impulsos emocionais” (NADER, 2004, p. 123). Mudanças constantes no plano do direito positivado criam dificuldades para que as pessoas possam conhecer a norma e obedecê-la. A segurança jurídica objetiva exige um mínimo de continuidade do Direito (SARLET, 2004, p.

95). Nesse sentido, colhe-se de Ávila (2016, p. 361) a lição de que “Para que o Direito possa guiar a conduta humana não apenas em curto, mas em médio e longo prazos, o ordenamento jurídico deve ser minimamente estável, duradouro, contínuo, permanente”, uma vez que a

modificação contínua impede, assim, o planejamento. Por isso, Raz afirma que a estabilidade do ordenamento (como permanência, durabilidade) é condição para que o Direito possa funcionar como guia de conduta em longo prazo. Sendo assim, é preciso que o Direito nasça com vocação para a vigência duradoura, e não como solução contingente para questões momentâneas (2016, p. 361-362).

5.2 Falta de previsibilidade quanto às relações jurídicas continuadas

No tocante à vigência, a Lei 13.467/2017 não oferece maiores dificuldades, uma vez que, a despeito de contrariado o texto do art. 8º, § 1º, da LC 95/1998, ao determinar que as novas leis indiquem o último dia do prazo de vacância²⁷⁷, é certo que não há maiores controvérsias quanto ao início de sua vigência. Com efeito, publicada em 13/07/2017, foi prevista uma *vacatio legis* de 120 (cento e vinte dias), de forma que a vigência da Lei 13.467/2017 iniciou-se no dia seguinte ao final do prazo, portanto, no dia 11/11/2017.

Outros aspectos temporais relativos à Lei 13.467/2017, todavia, sujeitam-se a uma insegurança pois ela destina-se a reger relações jurídicas que se desenvolvem no tempo, sejam materiais, sejam processuais.

Como já ressaltado, o contrato de trabalho é de trato continuado, desenvolvendo-se no curso de um tempo, mais, ou menos, extenso. Essa característica atrai a dificuldade de responder se as leis que alteram o Direito do Trabalho alcançam, ou não, os contratos existentes ou se, contrariamente, aplicar-se-á apenas aos vínculos de emprego que se formarem sob a nova regência, ou seja, suscita-se o questionamento se a nova lei alcança os contratos anteriores ou apenas aqueles estabelecidos sob suas regras.

Relativamente aos fatos que já ocorreram, inexoravelmente a nova lei não poderá atuar, tampouco poderá alterar a sua configuração jurídica. Assim, sob a vigência da Lei 13.467/2017, (a) o tempo de viagem realizado pelo empregado, até 10/11/2017, em (b) veículo disponibilizado pelo empregador, (c) se inexistir transporte público e o local de trabalho for de difícil acesso, enseja o pagamento das horas de percurso na falta de transporte público. Da mesma forma, caso o empregado já tenha 10 (dez) anos ou mais de exercício de

²⁷⁷“A contagem do prazo para entrada em vigor das leis que estabeleçam período de vacância far-se-á com a inclusão da data da publicação e do último dia do prazo, entrando em vigor no dia subsequente à sua consumação integral”.

cargo de confiança e a percepção de gratificação de função, ela não poderá ser retirada salvo em caso de justo motivo. Admitir o não pagamento das horas de percurso ou a exclusão da gratificação de função somente porque autorizado pela Lei 13.467/2017 importaria em atribuir-lhe efeitos retroativos, violando a Constituição Federal (art. 5º, XXXVI).

No entanto, cabe o questionamento em relação a de contratos de trabalho firmados anteriormente à vigência da Lei 13.467/2017: os fatos ocorridos após a entrada em vigência dessa lei sujeitam-se à nova regência ou se, contrariamente, prevalece o regramento anterior.

A doutrina clássica, cujo exemplo recorre-se à lição de Délio Maranhão (1997, p. 180), afirma que “As leis de proteção ao trabalho são de aplicação imediata e atingem os contratos em curso”, complementando ainda que:

Uma lei é relativa a um instituto jurídico, quando visa a situações jurídicas que se encontram em sua base material e concreta nas pessoas ou coisas, que nos cercam, criando, diretamente, sobre esta base, uma rede poderes e de deveres suscetíveis de interessar a coletividade. (...). Ao contrário, uma lei é contratual, quando visa a um conjunto de direitos e obrigações entre as partes do contrato, que elas são livres, em princípio, de determinar por si mesmas, e que, em muitos casos, somente a elas interessarão. Compreende-se, portanto – escreve *Roubier* – por que o estabelecimento de um novo estatuto legal pode afetar os contratos em curso: isto se deve a que o estatuto constitui a situação jurídica primária, enquanto o contrato é a situação jurídica secundária, construída sobre a base da primeira. (...). Ora, as leis do trabalho dizem respeito a um estatuto legal, ao estatuto da profissão. Em outros termos, o legislador, indiferente às condições do contrato, regula, diretamente, a situação dos trabalhadores. As leis do trabalho visam aos trabalhadores como tais, e não como contratantes (1997, p. 180)²⁷⁸.

Tal posicionamento é combatido por outros autores sob o fundamento de que mencionadas lições seriam válidas apenas em caso de criação de novos direitos trabalhistas, e não em caso de supressão de direitos, sob pena de incorrer em nítido retrocesso social. Assim, os autores contrários ao pensamento acima transcrito entendem que as normas favoráveis aos empregados devem ser aplicadas imediatamente ao passo que as normas desfavoráveis aos empregados somente serão aplicadas aos contratos firmados sob a égide da Lei 13.467/2017:

Assim, o silêncio legislativo eloquente em matéria de direito intertemporal autoriza a ilação de que, como regra, os dispositivos de direito material que criem novas figuras, eliminem direitos ou criem restrições desfavoráveis aos trabalhadores somente valham para as relações de emprego inauguradas no novo ambiente normativo da Lei nº 13.467/2017 (SOUZA JÚNIOR. *et al.*, 2017, p. 520-521).

²⁷⁸ No mesmo sentido: SILVA, Homero Batista Mateus da. Comentários à reforma trabalhista: análise da Lei 13.467/2017 – artigo por artigo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 198; RODRIGUES, Deusmar José. Lei da reforma trabalhista: comentada artigo por artigo. 3. tiragem. Leme: JH Mizuno, 2018, p. 380.

Note-se que esses últimos autores admitem que seria necessário à novel legislação realizar uma expressa opção quanto ao tema. Talvez em razão dessa admoestação, a Medida Provisória 808 tenha determinado que o “disposto na Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017, se aplica, na integralidade, aos contratos de trabalho vigentes”. Não obstante, como visto no tópico anterior, essa Medida Provisória perdeu sua vigência, existindo, portanto, uma situação de anomia quanto ao tema.

Apesar de o último posicionamento apresentar um argumento de peso, qual seja a vedação ao retrocesso social, que possui sede constitucional, entende-se que a aplicação colide com outro princípio de mesmo *status*, no caso, o princípio da igualdade. Com efeito, a se prevalecer mencionado entendimento, ter-se-ia a hipótese de colegas de trabalho na mesma situação fática, mas gozando de distintos direitos, a depender unicamente da data em que contratados: aqueles contratados até o dia 10/11/2017 teriam mais direitos que aqueles contratados a partir do dia 11/11/2017.

Assim, por entendermos que o princípio da igualdade contempla em sua essência a ideia de justiça, reputa-se que, na colisão com o princípio da vedação no retrocesso social, este deve ceder à prevalência daquele. Assim, a Lei 13.467/2017 rege os contratos de trabalho firmados antes de sua vigência, não alcançando, todavia, as situações consolidadas.

Não obstante, essa conclusão possui, ao menos, uma exceção.

Com efeito, o § 2º do art. 457 da CLT, com a nova redação legal, estabelece que algumas parcelas não possuem natureza salarial, por exemplo, as diárias, prêmios etc²⁷⁹. No entanto, se o empregado recebesse tais parcelas sob natureza salarial, essa inovação legal, ao atribuir-lhes natureza indenizatória, a Lei 13.467/2017 ensejaria uma redução salarial indireta, o que viola frontalmente a Constituição Federal, que autoriza diminuição salarial apenas por meio de negociação coletiva (art. 7º, VI²⁸⁰).

Também no âmbito do Direito Processual do Trabalho os questionamentos são inúmeros, especialmente porque o legislador fez ouvidos moucos à advertência de Rocco feita há mais de 50 (cinquenta anos):

Há, no entanto, algumas áreas nubladas, nas quais há dúvidas sobre o critério para a aplicação do antigo ou do novo direito processual, mas, como dissemos, tais pontos não podem escapar ao exame cuidadoso de um legislador que merece esse nome.

279“As importâncias, ainda que habituais, pagas a título de ajuda de custo, auxílio-alimentação, vedado seu pagamento em dinheiro, diárias para viagem, prêmios e abonos não integram a remuneração do empregado, não se incorporam ao contrato de trabalho e não constituem base de incidência de qualquer encargo trabalhista e previdenciário”.

280“São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...); VI - irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo”.

Assim, normalmente, os casos duvidosos são resolvidos precisamente pela disposição transitória²⁸¹.

Como afirma Cândido Rangel Dinamarco (2002a, p 99) em relação à aplicação da nova lei no âmbito do direito processual,

“as maiores dificuldades, ..., são as que dizem respeito aos *processos pendentes no momento de vigência da lei nova*”, uma vez que o processo, igualmente, desenvolve-se no tempo, de forma que “o procedimento em que se exterioriza é composto de inúmeros atos e variadas fases que se sucedem no tempo” (grifos do autor).

Dentre as diversas teorias que procuram apresentar critérios quanto ao presente tema, tem gozado de maior prestígio aquela que se orienta pelo isolamento dos atos processuais, em razão da qual ocorre a imediata incidência da nova lei aos processos em curso, sem alcançar os atos processuais já praticados (sob pena de incorrer em retroatividade vedada constitucionalmente). Assim, a nova lei alcança apenas os atos processuais a serem futuramente praticados. Essa teoria foi expressamente adotada no CPC (arts. 14²⁸² e 1046²⁸³), conquanto se enxergue, no seu art. 1047, relativamente ao tema probatório, da adoção da teoria da fase processual²⁸⁴.

Essa definição importante para permitir a identificação de qual a norma que deve prevalecer no âmbito processual trabalhista, por exemplo, no que diz respeito à fixação de despesas processuais, especialmente, os honorários advocatícios sucumbenciais.

No processo do trabalho, até a vigência da Lei 13.467/2017, os honorários advocatícios sucumbenciais eram devidos, quase sempre²⁸⁵, em caso de assistência prestada pelo sindicato (daí a nomenclatura de “honorários assistenciais”) em favor do empregado. Ocorre que a nova Lei alterou substancialmente tal configuração para o fim de prever que, em qualquer hipótese, será devida tal despesa processual.

281 Tradução nossa do seguinte trecho: “Vi sono, tuttavia, alcune zone grigie, in cui dubbio potrebbe essere il criterio di applicazione dell’ antica o della nuova legge processuale, ma, come abbiamo detto, tali punti non possono sfuggire all’ atento vaglio di un legislatore che meriti questo nome, onde normalmente i casi dubbi sono risolti appunto dalle disposizione transitorie”. (ROCCO, Ugo, 1951, p. 176, *apud* BARBI, 2017, p. 167-168 (BARBI, Marcelo. Vedação à despesa-surpresa e honorários advocatícios no Novo Código de Processo Civil. In: CARVALHO Filho, Antônio; SAMPAIO JR., Herval. (Orgs). Os Juizes e o novo CPC. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 167-175).

282 “A norma processual não retroagirá e será aplicável imediatamente aos processos em curso, respeitados os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada”.

283 “Ao entrar em vigor este Código, suas disposições se aplicarão desde logo aos processos pendentes”.

284 “As disposições de direito probatório adotadas neste Código aplicam-se apenas às provas requeridas ou determinadas de ofício a partir da data de início de sua vigência”.

285 Isto porque a Emenda Constitucional nº 45/2004, ao ampliar a competência material da Justiça do Trabalho, tornou possível aplicar às relações estranhas ao vínculo de emprego a regência do processo comum relativa aos honorários advocatícios sucumbenciais.

A adoção da teoria que postula a incidência da norma vigente no momento da prática do ato processual ensejaria a condenação da parte sucumbente ao pagamento de honorários advocatícios naquelas ações que, ajuizadas anteriormente, tivessem o julgamento prolatado após a vigência da Lei 13.467/2017, uma vez que essa despesa é fixada no momento do julgamento.

Trata-se de uma conclusão apressada e, no nosso entendimento, incorreto.

Embora reconheçamos que se trata da teoria amplamente admitida, um verdadeiro dogma do direito processual, tal entendimento contraria outros fundamentos normativos e constitucionais.

Em primeiro lugar, há se registrar que nem o *locus* da previsão (diploma processual) nem o *locus* do surgimento (o processo) são suficientes para definir a natureza da despesa. Com efeito, a doutrina, há muito, reconhece a existência de normas de direito material no âmbito do direito processual, pois, como sustenta Arruda Alvim (1996, p. 105), o direito processual retrata um interesse secundário pois, em sua essência, atua como instrumento de tutela das relações jurídicas de direito material (BARBI, 2017, p. 169). Não se trata, o processo, do próprio direito substancial.

Ora, mesmo que previstas no âmbito do direito processual, as normas que tratam dos honorários advocatícios não buscam simplesmente regular como o processo deve atuar. Antes, têm o condão de atribuir um determinado “bem da vida” (os honorários advocatícios) às pessoas, o que significa que ostentam nítida natureza de direito substancial, uma vez que “outorgam ao sujeito certas situações exteriores ao processo e que nele repercutirão de algum modo se vier a ser instaurado” (DINAMARCO, 2002a, p. 45). Portanto, trata-se de normas substanciais situadas no âmbito do direito processual, ou seja, normas heterotópicas ou bifrontes, isto é, “faixas de estrangulamento existentes entre os dois planos do ordenamento jurídico e que compõem o direito processual material” (DINAMARCO, 2002a, p. 101).

Registra-se que a invocação do En. 509 da Súmula do STF²⁸⁶, com a devida vênia, não parece ser decisivo. Com efeito, esse texto pretoriano funda-se no fato de ter introduzido, no ordenamento brasileiro de forma generalizada, a figura dos honorários advocatícios em decorrência da sucumbência, pois antes eram conhecidos apenas em caráter sancionatório. Assim, ao realizar a inovação, o então texto legal fixou um determinado momento para o surgimento da despesa²⁸⁷, qual seja, a sentença, o que não ocorreu no presente caso.

286“ A Lei 4.632, de 18-05-1965, que alterou o art. 64 do Código de Processo Civil, aplica-se aos processos em andamento, nas instâncias ordinárias”.

287“ O art. 64 do Código de Processo Civil (Decreto-lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939 passa a ter a seguinte redação:

Ademais, o entendimento de que devem ser fixados honorários advocatícios sucumbenciais nas ações anteriores à vigência da Lei 13.467/2017 viola diretamente o princípio constitucional do acesso ao judiciário, pois, ao privar a parte de meios – a inexistência de uma restrição financeira inexistente no início do processo – “antes postos à sua disposição para a obtenção da tutela jurisdicional (provas, bens), teria o efeito de suprimir *direitos adquiridos*. Nesses casos, a lei velha continua eficaz”, afirma Cândido Rangel Dinamarco (2002a, p. 101), ao esclarecer que

A aplicação de lei nova que elimine ou restrinja insuportavelmente a efetividade de situações criadas por essas normas *bifrontes* transgrediria as garantias de preservação contidas na Constituição e na lei, porque seria capaz de comprometer fatalmente o direito de acesso à justiça em caos concretos – e, conseqüentemente, de cancelar direitos propriamente substanciais dos litigantes. Seria ilegítimo transgredir situações *pré-processuais* ou mesmo *extraprocessuais* como essas aqui consideradas, as quais configuram verdadeiros *direitos adquiridos* e, como tais, estão imunizadas à eficácia da lei nova por força da garantia constitucional da *irretroatividade* das leis (grifos do autor).

Por fim, a existência de custos processuais é um fator de influência e definição para o exercício das demandas. Com efeito, previamente ao ajuizamento de ações, a pessoa realiza uma análise financeira quanto aos custos do processo, de forma que possa aquilatar as vantagens e as desvantagens desse exercício. Ao fazê-lo, toma em conta os custos contemporâneos a essa análise, isto é, quais os valores que deve ou poderá dispendir em razão da demanda, pois “a necessidade de provisionamento de recursos ante uma controvérsia deve ser pautada pelas normas em vigor por ocasião do ato que possui o potencial de afetar a esfera jurídica da parte”, como discute Marcelo Barbi (2017, p. 174), que completa:

O custo *ex ante* de se utilizar um método de resolução de conflitos é um primado ínsito a um sistema jurisdicional dotado de previsibilidade, de forma que, apenas em sociedades de subterrâneo capital institucional, os cidadãos socorrem-se do Estado para compor litígios sem poder antever as possíveis conseqüências de seu comportamento.

Nesse contexto, o prêmio de risco de um litígio deve – notadamente em um ordenamento processual que agasalha textualmente o princípio da segurança jurídica em nada menos do que sete oportunidades (arts. 525, § 13; 525, § 6; 927, § 3; 927, § 4; 976, II; 982, § 3; 1.029, § 4) –, ser um dado prévio à propositura da ação, de modo que o jurisdicionado não seja surpreendido com uma *despesa-surpresa* que não podia antever quando calculou o custo econômico subjacente ao litígio.

“Art. 64. A sentença final na causa condenará a parte vencida ao pagamento dos honorários do advogado da parte vencedora, observado, no que fôr aplicável, o disposto no art. 55.

§ 1º Os honorários serão fixados na própria sentença, que os arbitrará com moderação e motivadamente.

§ 2º Se a sentença se basear em fato ou direito superveniente, o juiz levará em conta essa circunstância para o efeito da condenação nas custas e nos honorários”.

Assim, a única álea que deve existir no processo refere-se ao seu resultado, jamais quanto ao incremento de despesas processuais, de forma que a fixação de honorários advocatícios sucumbenciais nas ações ajuizadas anteriormente à vigência da Lei 13.467/2017, ou seja, em um ambiente jurídico no qual não havia tal previsão (salvo os honorários assistenciais), importaria em uma decisão surpresa, violando o princípio da segurança jurídica sob o prisma da previsibilidade.

5.3 Critérios para a responsabilização dos sócios

A distinção entre pessoa jurídica e os seus sócios consiste em instrumento eficaz que viabiliza o incremento das atividades econômicas e o tráfego comercial. Corolário dessa finalidade, foi concebida a limitação da responsabilidade patrimonial do devedor em razão da qual o seu patrimônio pessoal está, a princípio, resguardado quanto a débitos da pessoa jurídica. Esses dois aspectos são dogmas do Direito Comercial, em posição similar ao princípio da proteção no Direito do Trabalho. Ocorre que o desrespeito à lei, os desvios funcionais da pessoa jurídica, as fraudes cometidas e a frustração de credores levaram, desde o final do século XIX, a serem colocado em xeque aqueles dogmas, o que levou ao desenvolvimento do instituto da desconsideração da personalidade jurídica. Pensada no âmbito das relações comerciais, logo houve a sua aplicação no Processo do Trabalho, no qual, todavia, por bastante tempo, imperou-se uma indefinição sobre a possibilidade de se responsabilizar os sócios por dívidas das empresas e, em caso positivo, quais seriam os critérios para que houvesse tal persecução patrimonial. Visando a afastar a insegurança jurídica dessa situação absolutamente indefinida, a Lei 13.467/2017, em dois momentos, fixou regras para que haja o redirecionamento da execução em face também dos sócios: ao estabelecer alguns critérios para a responsabilização dos sócios²⁸⁸ e a determinação quanto à adoção do incidente da desconsideração da personalidade jurídica²⁸⁹.

288“Art. 10-A. O sócio retirante responde subsidiariamente pelas obrigações trabalhistas da sociedade relativas ao período em que figurou como sócio, somente em ações ajuizadas até dois anos depois de averbada a modificação do contrato, observada a seguinte ordem de preferência:

- I - a empresa devedora;
- II - os sócios atuais; e
- III - os sócios retirantes.

Parágrafo único. O sócio retirante responderá solidariamente com os demais quando ficar comprovada fraude na alteração societária decorrente da modificação do contrato”.

289“Art. 855-A. Aplica-se ao processo do trabalho o incidente de desconsideração da personalidade jurídica previsto nos arts. 133 a 137 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 – Código de Processo Civil.

§ 1º Da decisão interlocutória que acolher ou rejeitar o incidente:

- I - na fase de cognição, não cabe recurso de imediato, na forma do § 1º do art. 893 desta Consolidação;
- II - na fase de execução, cabe agravo de petição, independentemente de garantia do juízo;

Uma das primeiras definições legislativas consistiu na fixação de um marco temporal da responsabilização residual dos sócios. Se antes havia algum questionamento, segundo a nova dicção legal os sócios respondem unicamente pelo período que integram a sociedade: “O sócio retirante responde subsidiariamente pelas obrigações trabalhistas da sociedade relativas ao período em que figurou como sócio”, estabelece o *caput* do art. 10-A da CLT. Assim, os sócios poderão ter o seu patrimônio pessoal executado para satisfação das dívidas da sociedade apenas em relação ao período no qual fizeram parte da sociedade o que significa que a sua retirada da sociedade estabelece o termo final pelo qual poderá ser a responder. Isso significa que as novas dívidas sociais, surgidas a partir desse momento, não podem ser imputadas ao sócio retirante, salvo a hipótese de fraude (CLT, art. 10-A, par. único).

Note-se que essa retirada não é apenas fática, mas sim formal, pois expressamente a Lei 13.467/2017 condiciona sua validade à “averbação”, o que significa dizer que apenas após o depósito da alteração no órgão de registro essa retirada surtirá efeitos perante o credor trabalhista. Aqui, em nome do princípio constitucional da segurança jurídica, sob o prisma da cognoscibilidade²⁹⁰, ocorre o afastamento do princípio setorial da primazia da realidade (e esse afastamento ocorre para proteger o empregado): a formalização da retirada do sócio é da essência para definir o termo inicial de exclusão de sua responsabilidade. Por isso,

mesmo que o sócio retirante já não atue ou participe das deliberações societárias há muito tempo, enquanto estiver pendente de averbação a respectiva alteração no ato constitutivo da empresa ele continuará responsável, subsidiariamente, pelas obrigações trabalhistas acumuladas em todo o período (SOUZA JÚNIOR, *et al.* 2017, p. 24).

Quanto às dívidas anteriores ao ingresso do sócio, entende-se que elas passam a integrar o patrimônio do novo sócio pois a expressão “obrigações trabalhistas da sociedade relativas ao período em que figurou como sócio” (SOUZA JÚNIOR; *et al.*, 2017, p. 25) alcança também as dívidas anteriores ao ingresso, além do que (b) o Código Civil oferece uma clara resposta, uma vez que o art. 1025 afirma que o “sócio, admitido em sociedade já constituída, não se exime das dívidas sociais anteriores à admissão”.

III - cabe agravo interno se proferida pelo relator em incidente instaurado originariamente no tribunal.

§ 2o A instauração do incidente suspenderá o processo, sem prejuízo de concessão da tutela de urgência de natureza cautelar de que trata o art. 301 Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 – Código de Processo Civil.

290“As regras do Código Civil não apontavam com clareza o evento processual a ser considerado para aferir a contensão ou ultrapassagem do biênio legal de responsabilidade residual do sócio retirante: a data do ajuizamento da reclamação, a vigência do contrato de trabalho, o dia do vencimento das obrigações trabalhistas cobradas, a data do trânsito em julgado da sentença ou a data da desconsideração da personalidade jurídica que atingisse o sócio ou a citação deste na execução, dentre outras possibilidades” (SOUZA JÚNIOR, 2017, p. 23). SOUZA JR., Antonio Umberto; *et. al.* Reforma trabalhista: análise comparativa e crítica da Lei nº 13.467/2017. São Paulo: Rideel, 2017.

Isso significa que o sócio deixará de responder apenas pelas dívidas que surgirem após ele ter se retirado, formalmente, da sociedade. As dívidas da sociedade, anteriores e concomitantes à sua condição de sócio da empresa, como quer a legislação trabalhista, o sócio poderá ser chamado a responder.

Outro fator indutivo da segurança jurídica sobre o tema foi a definição quanto à ordem de responsabilização dos sócios. Primeiro, executa-se o patrimônio da empresa devedora e, na falta, busca-se o patrimônio dos sócios atuais; apenas caso não se logre êxito nessa procura, redireciona-se aos sócios que já tenham se retirado da sociedade. Verifica-se, portanto, a existência de uma ordem sucessiva de responsabilização, um “duplo benefício de ordem” em favor do sócio retirante (SOUZA JÚNIOR, 2017, p. 25).

Como resulta do texto legal, trata-se de uma responsabilização subsidiária, o que não exclui a responsabilização solidária entre pessoa jurídica e sócios, atuais e retirantes, caso haja situação de fraude, conforme estabelece o parágrafo único do art. 10-A, com redação implementada pela Lei 13.467/2017²⁹¹.

Na busca da segurança jurídica na imbricação das relações trabalhistas e societárias, o legislador reformista seguiu o critério estabelecido no âmbito do Código Civil²⁹² para determinar que a responsabilidade do sócio subsiste pelo prazo de 2 (dois) anos, a contar, da averbação de sua retirada.

Não andou bem, todavia, o legislador ao fixar tal prazo.

Como se sabe, a pretensão de responsabilizar o sócio busca, na realidade, imputar-lhe uma condenação, isto é, atribuir-lhe a condição de obrigado a adimplir a obrigação, do que resulta a natureza condenatória da pretensão de responsabilizá-lo. Essa natureza condenatória da pretensão significa que o prazo de que se trata está sujeito, igualmente, à natureza prescricional.

Esse enquadramento significa, portanto, que deve ser observado o mesmo prazo que a Constituição Federal estabelece para a prescrição das pretensões surgidas em razão de um contrato de trabalho, qual seja, de 2 (dois) anos após a extinção do contrato de trabalho e 5 (cinco) durante o vínculo empregatício.

Assim, o que a Lei 13.467/2017 fez foi estabelecer um critério diferente, destoando assim da previsão constitucional, ressaltando-se, portanto, o seu caráter inconstitucional.

291“O sócio retirante responderá solidariamente com os demais quando ficar comprovada fraude na alteração societária decorrente da modificação do contrato”.

292“Art. 1.003. Parágrafo único. Até dois anos depois de averbada a modificação do contrato, responde o cedente solidariamente com o cessionário, perante a sociedade e terceiros, pelas obrigações que tinha como sócio”.

Como afirma Paulo Nader, o “sujeito passivo da relação obrigacional, além de ostentar o débito em face do sujeito ativo, possui responsabilidade, ou, conforme a terminologia alemã, o devedor apresenta o *Schuld* e o *Haftung*” (2006b, p. 45). Isso significa que, por via de regra, as obrigações reúnem em uma só pessoa a condição de devedor e de responsável. Todavia, o Direito conhece diversas situações em que existe um desacoplamento entre a obrigação (*Schuld*) e a responsabilidade (*Haftung*): como exemplo de devedor sem responsabilidade, tem-se a hipótese de dívida prescrita; já como exemplo de alguém que é responsável sem ser o devedor, os casos de fiador, avalista, tomador dos serviços em caso de terceirização (tanto que pode ajuizar ação de regresso) e, igualmente, o sócio²⁹³.

Se o empregado tem o prazo de até 5 (cinco) anos, mantido o vínculo de emprego, para ajuizar ação trabalhista em face de sua empregadora pessoa jurídica, a possibilidade de atribuição ao sócio da responsabilidade (ou seja, a sua condenação) deve, sob a regência constitucional, perdurar por igual período, ainda que tenha se retirado há mais de 2 (dois) anos do ajuizamento da ação. Assim, como exemplo dessa tese pode se citar o seguinte: “José” retira-se em 30/06/12 da empresa X na qual era sócio desde 1/01/2011; “Antônio”, empregado desde 2005, é dispensado em 30/12/2015 e ajuíza, em 31/01/2016, ação reclamatória postulando os seus direitos dos últimos 5 (cinco) anos, isto é, desde 31/01/2011. E, a despeito da redação do art. 10-A, *caput*, da CLT, embora na data do ajuizamento já tenha sido ultrapassado o prazo de 2 (dois) anos desde sua saída, José poderá ser responsabilizado pelas parcelas eventualmente existentes e relativas ao período entre 31/01/2011 e 30/06/12 tendo em vista que a Constituição Federal estabelece um prazo prescricional de 5 (cinco) anos.

Note-se que a redação do art. 10-A, em sua literalidade, importaria em cercear do credor parte de seu direito subjetivo de ação, no caso, a face da responsabilização, ou seja, tornaria a obrigação trabalhista manca, com o déficit responsabilizatório causado pela incidência de uma prescrição em prazo inferior àquele previsto na Constituição Federal. Assim, esse dispositivo carece de ter uma leitura conforme a Constituição²⁹⁴ no sentido de que o prazo de responsabilidade dos sócios estende-se pelo prazo estabelecido para a prescrição dos créditos trabalhistas.

293Porque existe a imputação de responsabilidade, mas esta ocorre em um momento seguinte ao débito, a doutrina fala em responsabilidade sem débito originalmente próprio (NADER, 2006b, p. 45).

294Nesse sentido, a lição de Antônio Umberto de Souza Júnior *et al*: “Deste modo, a questão exige leitura conforme a Constituição para que se compreenda que o prazo para que o sócio retirante possa ter o seu patrimônio atingido será de cinco anos em relação aos contratos de trabalho em vigor quando de sua retirada, limitado a dois anos após a ruptura do pacto laboral, ou, em relação a empregados já dispensados à época do afastamento do sócio, até dois anos após a rescisão dos respectivos contratos de trabalho para que se respeitem os prazos constitucionais para o exercício do direito de ação” (2017, p. 27).

Um outro aspecto também a ser considerado consiste no procedimento de integração do sócio à relação processual, que pode ser feita já na ação principal ou através de uma intervenção de terceiros, o incidente da desconsideração da personalidade jurídica, inicialmente previsto no Código de Processo Civil, que estabeleceu, de forma inovadora, o procedimento a ser adotado. Todavia, sob tal regência, parte da doutrina trabalhista recusava a admissibilidade do incidente de desconsideração da personalidade jurídica e, assim, fazia-o sob diversos fundamentos: (a) incompatibilidade com o rito trabalhista, (b) ofensa à celeridade inerente ao processo trabalhista, (c) adoção da chamada “teoria menor”²⁹⁵, o que tornaria desnecessário tal incidente.

Ocorre que o incidente de desconsideração da personalidade jurídica nada mais visa do que possibilitar, às pessoas reputadas como responsáveis em caráter secundário pelo adimplemento do débito, a oportunidade de poderem se defender antes de haver eventual invasão patrimonial. Daí ser incompreensível o entendimento refratário a um modelo constitucional de processo e à garantia de uma ampla defesa e de garantia do contraditório, o qual não seria concretizado se fosse oportunizada defesa apenas após a integração no processo em momento posterior à invasão patrimonial. Ademais, não se vislumbra comprometimento à celeridade e à economia processual, a rigor, valores que não prevalecem em face das garantias processuais asseguradas às pessoas. É preciso entender que o Processo do Trabalho – não obstante guardar algumas especificidades, como um conteúdo protecionista em razão da natureza alimentar de seu objeto material, bem como uma simplicidade que permite formas mais expeditas e a necessidade de uma eficiência etc. – deve observar o modelo constitucional de processo, o qual assegura às pessoas a observância de garantias fundamentais alcandoradas na Constituição Federal.

A Lei 13.467/2017 afastou aqueles questionamentos e expressamente estabeleceu a necessidade de desconsideração da personalidade jurídica no Processo do Trabalho, determinando que nessa seara também seja aplicado o procedimento estabelecido nos arts.

295 A desconsideração da personalidade jurídica, no processo do trabalho, funda suas bases na chamada teoria “menor”, em razão da qual é suficiente o inadimplemento do débito para autorizar a execução dos sócios pelas dívidas da pessoa jurídica ou da pessoa jurídica por dívidas dos sócios. Essa teoria tem como fundamento legal imediato o art. 28, § 5º do CDC, em razão do qual a personalidade não pode ser obstáculo na satisfação do consumidor e, portanto, trabalhista, em razão da semelhança de hipossuficiência na qual ambos credores se colocam, atendendo à finalidade protetora do Direito do Trabalho. Contrapõe-se à chamada “teoria maior”, assentada na exigência de que a desconsideração da personalidade jurídica seja possível apenas se houver outras hipóteses previstas no ordenamento jurídico diversas do simples inadimplemento. Assim, viabilizariam a desconsideração da personalidade jurídica caso as hipóteses de abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social (art. 28, caput, CDC), abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial (art. 50, CC).

133 a 137 do CPC. Isso significa que a “reforma trabalhista”, neste ponto, concretizou a segurança jurídica ao prever a obrigatoriedade de que a responsabilização dos sócios (na desconsideração direta) ou da pessoa jurídica (na desconsideração inversa) observe o procedimento legal, pois, sob a indefinição e omissão do regime anterior, a inclusão do sócio ou da pessoa jurídica era sempre surpresa a esse, até então, terceiro estranho ao processo.

Não obstante, a parca regulamentação legal deixou no ar diversas indagações que comprometem esse ideal, a exigir um trabalho intenso da doutrina e, especialmente, da jurisprudência.

Uma das indagações consiste em saber qual o prazo para a apresentação de resposta ao requerimento de desconsideração da personalidade jurídica.

Se o requerimento tiver sido realizado na petição inicial, na fase de conhecimento, a oportunidade é aquela mencionada no art. 844 da CLT, qual seja, em audiência a ser realizada 5 (cinco) dias após a notificação. Por outro lado, se houver requerimento em momento subsequente, especialmente na fase de execução, entende-se ser o caso de aplicar o prazo previsto no CPC, de 15 (quinze) dias a partir da intimação (art. 135). É certo que há um comprometimento à ideia de celeridade em utilizar-se do prazo do CPC para que o sócio ou a pessoa jurídica possam se defender, mas esse aspecto não deve ser um fator a influenciar sensivelmente na interpretação. Ademais, a adoção de prazo previsto no CPC não se trata de novidade, pois também nos embargos de terceiro no processo do trabalho adota-se o prazo fixado no processo comum.

Outra indagação refere-se aos limites da cognição no âmbito da desconsideração da personalidade jurídica. Caso a desconsideração da personalidade jurídica seja requerida na fase de conhecimento, entendemos não haver limitação alguma ao conteúdo da defesa dos sócios ou da pessoa jurídica, que podem impugnar desde a alegada responsabilização como o próprio direito material pretendido pela parte autora. Por outro, caso trate-se de um processo incidental, na fase de execução, a cognição será limitada aos pressupostos específicos legais da desconsideração da personalidade jurídica, isto é, unicamente quanto aos critérios estabelecidos pelo direito material que autorizam a responsabilidade da pessoa que se pretende integrar ao processo, bem como a extensão temporal e a proporção dessa responsabilidade. Já na rara hipótese de adoção da teoria maior no processo do trabalho, também nesse momento, haverá uma ampliação desse espaço cognitivo para discutir a prática de fraude, exercício contrário à lei ou atos estatutários etc. De qualquer forma, na fase de execução não será renovada a discussão sobre o direito material, acerto ou injustiça da decisão

exequenda, sob pena de violar a coisa julgada e atribuir um caráter rescisório ao incidente de desconsideração da personalidade jurídica.

5.4 Possibilidade de inversão do ônus da prova no processo do trabalho

A prova é uma extensão do direito de ação (CAMBI, 2001) e do contraditório substancial, pois não basta que se possibilite à pessoa o simples ingresso em juízo, como reclamante ou reclamado, exigindo-se ainda que lhe assegure a efetiva utilização dos instrumentos necessários ao suporte de suas alegações e à influência quanto ao conteúdo da decisão. Em razão disso, as partes devem trazer elementos probatórios aos autos ante a regra que veda o *non liquet*, fornecendo subsídios para que o julgador possa decidir. O ônus atua, assim, em caso de deficit probatório: na falta de provas, a lei atribui a uma das partes a consequência pela omissão.

Trata-se, a distribuição do ônus da prova, de uma regra que concretiza a segurança jurídica, sob o prisma da cognoscibilidade, por permitir aos litigantes o prévio conhecimento de qual deles deve provar quais tipos de fatos, o que lhes permite prever as possibilidades de sucesso e insucesso em uma demanda judicial.

Assim, os códigos trazem em seu bojo a distribuição do ônus da prova de uma forma geral, naquilo que se chama de distribuição estática do ônus da prova: em todos os processos os critérios são os mesmos. Essa distribuição tem um caráter funcional importante uma vez que, ao atribuir ao autor o ônus da prova na maior parte das vezes, desestimula o ajuizamento das ações por aqueles que não possuem o direito material com vistas ao reconhecimento de algo inexistente, pois se o autor sabe que a prova dos fatos articulados como constitutivos de sua pretensão lhe incumbe, procederá mais cautelosamente; se assim não fosse, haveria um incentivo às demandas frívolas pois o processo seria o palco de indivíduos menos comprometidos com a justiça pois os “mais temerários e audazes se aventurarão a tentar fortuna nos arbítrios e erros dos tribunais”, como advertira Pescatore (1937, p. 111, *apud* PACÍFICO, 2001, p. 37).

Tradicionalmente, no Brasil tem-se atribuído ao autor da demanda o encargo de demonstrar os fatos que constituem a sua pretensão, ao passo que ao réu subsiste o encargo de demonstrar fatos que impedem, modificam ou extinguem a pretensão do autor (art. 373, CPC; art. 818, CLT). Todavia, atendendo a reclamos doutrinários, legislações mais recentes – como o Código de Defesa do Consumidor (art. 6º, VIII) bem como o CPC de 2015 – regulamentam

a distribuição dinâmica do ônus da prova (ou dinamização do ônus da prova), critério que tem como essência propiciar o acesso afetivo à justiça²⁹⁶, “evitando que a parte tenha sua demanda apenas formalmente recebida pelo Judiciário. É que de pouco adiantaria viabilizar o ingresso da demanda se não há técnica processual adequada para a tutela de situações jurídicas específicas” (MACÊDO; BURIL, 2016, p. 142).

Assim, se a distribuição estática do ônus da prova é expressão da segurança jurídica, a fixação de regras para que haja a distribuição dinâmica permite que essa seja iluminado por um conteúdo de justiça.

A Lei 13.467/2017 incorporou, de forma expressa, regras adotadas no âmbito do processo civil ao autorizar que o julgador possa atribuir o encargo probatório à parte que, segundo a distribuição estática, não o possuía. Segundo a nova redação legal, o juiz do trabalho poderá atribuir à pessoa em melhores condições a apresentação de elementos probatórios relativos às alegações controvertidas em juízo. Trata-se da chamada “dinamização do ônus da prova”.

Como forma de concretizar a segurança jurídica, além de contar com expressa previsão legal (ou seja, não mais se resume a uma construção doutrinária ou jurisprudencial), a dinamização do ônus da prova deve observar alguns condicionamentos para que possa ser realizada: a) caráter subsidiário da dinamização: a distribuição estática do ônus da prova logra êxito em atender satisfatoriamente à maioria das situações levadas a juízo com a vantagem de permitir que as partes, de antemão, conheçam os seus encargos. Assim, a dinamização do ônus da prova aplica-se apenas nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa, de forma que a alteração do critério justifica-se apenas em caso de disfuncionalidade do critério estático; b) especificidade: a dinamização do ônus da prova não abrange todo o tema da prova (os fatos relevantes e controvertidos) mas apenas aqueles que sejam impossíveis ou difíceis de demonstração pela parte que, segundo o critério estático, teria o encargo de demonstrar; c) verossimilhança: é certo que a verossimilhança da alegação não foi

²⁹⁶Parte da doutrina discute qual o fundamento utilizado para a distribuição do ônus da prova. Segundo Dinamarco, consiste no interesse no resultado da atividade probatória: “o ônus da prova incumbe à parte que tiver interesse no reconhecimento do fato a ser provado (Chiovenda), ou seja, àquele que se beneficie desse reconhecimento” (DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil. III. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores: São Paulo, 2002b, p. 72-73). Por seu turno, Alfredo Buzaid afirma que essas regras atendem, também, a uma razão de equidade: “O seu fundamento está, como demonstra WACH, em uma regra de equidade, que nasce da consideração que, litigando as partes e devendo conceder-se-lhe a palavra igualmente para o ataque e a defesa, é justo não impor só a uma o ônus da prova” (BUZOID, Alfredo. (1962). Do ônus da prova. Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo p. 128). Ainda, sobre os fundamentos da distribuição do ônus da prova, cf. PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. O ônus da prova no direito processual civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 78-130. MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi. Ônus da prova e sua dinamização. 2ª ed., rev. e atual. Salvador: Juspodivm, 2015

inserida como requisito para a dinamização do encargo probatório, todavia, entende-se ser necessária, pois a prova destina-se à formação do convencimento da ocorrência, ou não, de determinada alegação, de forma que alegações que fogem da razoabilidade, por si só, não permitem influir no estado de espírito das pessoas, antes, carecem de robusta demonstração. E, para tanto, o critério estático é o mais seguro²⁹⁷.

Além disso, a Lei 13.467/2017 fixou diversos requisitos processuais para que a dinamização do ônus da prova possa ser levada a efeito. Todavia, não está condicionada a requerimento da parte a quem a dinamização poderia beneficiar. Isso decorre da opção legislativa no sentido de que a prova, ainda que atenda a um interesse da parte, não se destina exclusivamente a ela, mas também ao julgador. Deste modo, a dinamização pode ser realizada de ofício pelo julgador, a quem se atribui a direção material do processo, conforme estabelece o art. 765 da CLT.

Expressamente o texto legal exige que a decisão que dinamiza o ônus da prova seja fundamentada. Ainda que não seja extensa, a decisão deverá apresentar o fundamento que orientou o julgador para adotar essa alteração do critério legal, informando a dificuldade ou impossibilidade de a parte, originalmente incumbida, em desonerar-se de seu encargo, devendo a decisão, ainda, informar qual o tema probatório será objeto da dinamização (especificidade). Assim, decisão genérica jamais será hábil para tal fim. Essa exigência legal de fundamentação da decisão de dinamização tem o condão de, a um só tempo, afastar tendências de subjetivismo e arbitrariedade judicial, viabilizar o controle da atividade judicial (quanto aos elementos fáticos, jurídicos e que assegurem a imparcialidade), representar uma das manifestações do contraditório substancial bem como tratar-se de íntima manifestação de legitimidade do procedimento²⁹⁸. Trata-se, na verdade, de um dever judicial que caminha rumo à segurança jurídica.

²⁹⁷Como consta expressamente da CLT (art. 818, § 1º), a dinamização do ônus da prova possui sede natural no caso da chamada “prova diabólica”, expressão que designa os casos em que há uma dificuldade ou impossibilidade de o litigante demonstrar as alegações fáticas que lhe incumbe. São elementos verificáveis no caso concreto de forma empírica. Trata-se de uma realidade vinculada à hipossuficiência probatória de alguma das partes, que não tem condições de demonstrar suas alegações ou haja uma excessiva dificuldade de fazê-lo, ao passo que a outra parte ocupa uma posição de hipersuficiência probatória por deter melhores condições de desincumbir-se do seu ônus, como ocorre na capacidade técnica (p. ex., ao empregador, em demonstrar as condições do acidente do trabalho sofrido durante operação de máquina), no domínio informacional, como se dá na hipótese de conhecimento específico, ou ainda simplesmente na maior facilidade de desoneração (acesso exclusivo a documentos, como o empregado que tem possibilidade de acessar o extrato analítico do FGTS). A hipossuficiência econômica, a nosso ver, não autoriza por si só a dinamização do ônus da prova.

Observe-se que a “reforma trabalhista” expressamente não permite a dinamização do ônus da prova se isso importar em transferir para a outra parte um encargo que seja impossível ou excessivamente difícil de seu atendimento (CLT, art. 818, § 3º). Trata-se da chamada prova diabólica reversa. Ora, contrariaria a própria noção de justiça e de igualdade material, valores que justificam a dinamização do ônus da prova, permitir que houvesse uma simples mudança da titularidade do ônus da prova diabólica.

Uma das mais importantes definições realizadas pela Lei 13.467/2017 quanto ao tema da dinamização do ônus da prova corresponde ao momento em que o julgador pode realizar essa alteração do critério estático. Durante algum tempo grassou divergência doutrinária sobre qual o momento deveria haver a inversão do encargo probatório previsto no CPC, prevalecendo, inicialmente, a ideia de que deveria ocorrer no instante do julgamento pois, afinal, as regras de ônus da prova são regras de julgamento. Todavia, admitir-se a dinamização por ocasião do julgamento importaria em uma surpresa para os litigantes, contrariando o devido processo legal e configuraria uma verdadeira insegurança jurídica aos litigantes, que não teriam condições de saber se haveria, ou não, a mencionada dinamização. Assim, essa decisão deve ocorrer antes da colheita dos elementos probatórios orais, como estabelece o § 2º do art. 818 da CLT, de forma a permitir que a outra parte, que antes não tinha o encargo probatório e passa a tê-lo em razão da decisão judicial, possa ter condições de desincumbir-se dessa nova situação jurídica. Disso decorre ser vedado ao julgador alterar o encargo da prova por ocasião da sentença, pois a parte onerada ficará impedida de atender ao novo critério, que violaria qualquer noção de processo judicial de cunho democrático.

Estabelecido que a dinamização deve ocorrer antes da produção da prova, indaga-se: seria possível na citação ser determinada a dinamização do ônus da prova? Salvo se houver uma prévia decisão judicial, a resposta, é negativa, uma vez que a decisão que dinamiza o ônus da prova deve ser fundamentada. Eventual advertência constante na correspondência postal ou no mandado, no sentido de que poderá haver alteração do ônus da prova, não atende a essa exigência, uma vez que, para que seja possível a dinamização do ônus da prova, será necessária uma decisão que expressamente apresente os fundamentos dessa alteração, especificando o respectivo objeto da dinamização.

No processo do trabalho, diferentemente do processo comum, inexistente um momento específico para a decisão de saneamento processual. Assim, caso a dinamização do ônus da prova ocorra durante a audiência una ou de instrução, a parte que passa a ser onerada poderá solicitar o adiamento da audiência para então desincumbir-se de seu ônus, requerimento esse que deverá ser atendido sob pena de cerceamento de defesa. Logicamente, há um atraso na marcha processual. Talvez por isso, é possível que a parte que se beneficiaria da dinamização, se entender que possui elementos probatórios suficientes, possa requerer ao julgador que não realize a inversão do ônus da prova.

298 Sobre a exigência de fundamentação das decisões judiciais, cf.: LUCCA, Rodrigo Ramina de. O dever de motivação das decisões judiciais. Salvador: Juspodivm, 2015; FILARDI, Hugo. Motivação das decisões judiciais e o Estado constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012; DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho; et alli. Estudo sistemático do NCPC (Com as alterações introduzidas pela Lei nº 13.256, de 4/2/2016. Belo Horizonte: Editora D'Plácido Editora, 2016.

Não obstante a regulamentação sobre a dinamização do ônus da prova objetiva concretizar a segurança jurídica, o legislador deixou sem resposta uma indagação de grande reflexo processual, qual seja, saber a decisão do Tribunal que, contrariamente ao juiz de primeiro grau, entende não ser o caso de dinamização do ônus da prova realizada pelo juiz trabalhista.

A indagação acima refere-se à hipótese em que o juiz reputa presentes os elementos fáticos e jurídicos e decida pela dinamização do ônus da prova. Em razão disso, a parte “A”, porque não mais onerada, ficou em estado de inércia, ao passo que a parte “B”, que passa a ter o encargo, dele não se desincumbiu, resultando no acolhimento da alegação de “A”. Interposto recurso por “B”, o Tribunal entende que não seria o caso de dinamização do ônus da prova porque inexistem os requisitos circunstanciais que a autorizam, mas sim a manutenção do ônus estático, hipótese em que “A” deveria ter demonstrado suas alegações.

Nesse caso, como deveria o Tribunal decidir caso o capítulo da dinamização integre o objeto do recurso (uma vez que não nos parece ser possível a análise de ofício em sede de recurso quanto à dinamização do ônus da prova tendo em vista o princípio da devolutibilidade): (a) vincular-se à decisão do primeiro grau? ou (b) anular a decisão e devolver o processo para o primeiro grau julgar novamente, sem a dinamização? ou (c) devolver os autos para nova dilação probatória agora sob a perspectiva da distribuição estática e, finda, encaminhamento ao Tribunal para apreciar o recurso, agora com os novos elementos probatórios? ou (d) julgar em desfavor da parte “A”, que nenhuma prova produziu? ou (e) reformar a decisão e, se houver recurso da parte “A”, oportunizar-lhe nova produção de prova com o respectivo julgamento por parte do juízo recorrido?

A Lei 13.467/2017 não oferece nenhum elemento para uma conclusão, o que pode levar, contrariamente ao seu objetivo, a uma situação de insegurança jurídica. Observe-se que no processo civil não há espaço para tal questionamento à medida que expressamente admite-se a interposição de agravo de instrumento contra a decisão que decide sobre a dinamização o ônus da prova (CPC, art. 1.015, XI) para que não ocorra preclusão, o que não ocorre no processo do trabalho, no qual não se admite recurso imediato dessa decisão mas tão somente por ocasião do recurso contra a decisão final (CLT, art. 893, § 1º)²⁹⁹.

Face a essas indagações, com vistas a obter uma segurança jurídica, é necessário chegar a uma resposta.

²⁹⁹Em nosso entender, não há espaço para mandado de segurança pois a decisão que decide sobre a dinamização, deferindo-a ou não, não viola direito líquido e certo de qualquer dos litigantes.

É inerente à independência do magistrado, e decorre até mesmo da estruturação hierárquica, o fato de o Tribunal não se vincular às decisões dos órgãos inferiores, hipótese em que a indagação à letra “a” é negativa. Ademais, não nos parece ser possível haver um corte anulatório da decisão (letra “b”) uma vez que o juiz de primeiro grau, ao dinamizar o ônus da prova, não impediu que as partes pudessem produzir a prova, inexistindo qualquer *error in procedendo*. A hipótese de letra “c” não parece ser possível uma vez que se o Tribunal determinar a produção da prova sob o ônus estático e passar ao julgamento importaria na supressão de grau de jurisdição na análise dos elementos probatórios. A letra “d”, igualmente, não parece correta pois ofenderia a confiança da parte quanto ao comando judicial; admitir tal hipótese seria possibilitar que o Judiciário violasse a boa-fé que deve presidir as relações jurídicas, inclusive processuais, incorrendo em típico *venire contra factum proprium*, pois ocorreria o exercício de uma posição jurídica em contradição com a decisão anteriormente tomada. Observe-se, nessa última hipótese, que a existência de diversos centros decisórios (1º e 2º graus) não infirma a conclusão de que a atuação, nesse caso, é do Judiciário enquanto instituição.

Assim, sustenta-se ser correto o entendimento expresso na letra “e”: reforma da decisão e, se houver recurso pela parte inicialmente beneficiária da dinamização quanto a esse tema, oportunizar-lhe uma nova produção de prova (observe-se que essa hipótese é distinta daquela contida na letra “b”, pois anulação pressupõe o cerceamento de defesa). Todavia, para que se atinja essa finalidade – reforma da decisão e nova produção da prova –, impõe-se à parte “A” o uso do meio processual adequado.

O instrumento processual não é o recurso ordinário originalmente interposto uma vez que falecerá interesse processual pois, até então, não houve sucumbência de “A”. Igualmente, as contrarrazões não parecem ser o meio adequado uma vez que, tecnicamente, não ampliam a matéria objeto de devolução recursal, servindo unicamente para concretizar o contraditório³⁰⁰.

Em situações tais, há se recorrer à figura do “recurso adesivo condicionado” ou “cruzado”, isto é, aquele recurso adesivo cujo interesse processual nasce em razão do provimento do recurso principal. Assim, o recurso adesivo será “interposto *ad cautelam*, para ser julgado *unicamente* no caso de convencer-se o órgão *ad quem* da procedência do recurso principal”, como acentua José Carlos Barbosa Moreira (2004, p. 329), ou, como esclarece Araken de Assis, “Ficaria preservada a ordem natural dos julgamentos, mas o julgamento do recurso subordinado ocorreria tão-só na hipótese de o órgão judiciário se convencer de que

³⁰⁰Observe-se que não é o caso de aplicação do § 1º do art. 1009 do CPC, que se refere ao fato de ser vencido na decisão interlocutória mas vencedor na sentença, uma vez que, no exemplo dado, a parte reclamante não foi sucumbente na decisão interlocutória – a dinamização do ônus da prova, ao contrário.

proveria o recurso independente” (2008, p. 68). Em tais hipóteses o recurso adesivamente interposto está condicionado não apenas ao conhecimento do recurso principal, como prevê a lei (art. 997, § 2º, III, CPC), mas também ao seu provimento: vislumbrando acolhimento da alegação contida no recurso ordinário principal apresentado por “B” porque seria o caso de manutenção do critério estático, o Tribunal passaria à análise do recurso adesivamente interposto por “A” para, então, reformar aquela decisão que dinamizou o ônus da prova e determinar o envio dos autos ao primeiro grau para a produção da prova e sua análise agora sob o critério fixado pelo Tribunal.

Bem se vê que aqueles condicionamentos fixados pela Lei 13.467/2017 objetivaram concretizar a segurança jurídica sob o plano da previsibilidade, excluindo-se um espaço para discricionariedade do juiz. Esse objetivo atende à concepção de um processo como instrumento de garantia contra o exercício arbitrário do poder do Estado e de concretização dos valores fundamentais insertos na Constituição, inclusive do ideal de justiça, de forma que a dinamização do ônus da prova é uma das formas de realização dessa promessa constitucional.

Não obstante esse objetivo, a Lei 13.467/2017 peca em diversos aspectos ao não apresentar respostas para situações cotidianas e que deverão ocorrer com frequência, como a reforma da decisão dinamizadora, o que compromete esse ideal de segurança jurídica.

5.5 Acordo extrajudicial

Tradicionalmente, entendeu-se pela invalidade de acordos extrajudiciais no âmbito do processo do trabalho sob o argumento de proteção aos trabalhadores uma vez que, se não fosse tal interdição, poderiam, no ato da extinção contratual, submeter-se à vontade dos empregadores. Ainda que se trate de um receio ponderável, é certo que muitas vezes ambos os contratantes poderiam efetivamente ter o interesse jurídico em realizar alguma tratativa³⁰¹; mas, face àquele clássico posicionamento, inexistiria segurança jurídica para a entabulação desse negócio. Visando a superar esse panorama, a Lei 13.467/2017 trouxe para o processo do trabalho o instituto da jurisdição voluntária concretizado por meio dos acordos extrajudiciais.

301“Em última razão, o próprio pedido de demissão é uma renúncia ao empregado, bem maior que o trabalhador pode ter em sua vida profissional. Admite-se renúncia ao empregado, mas não se admite renúncia de alguns direitos de menor estatura, conforme as circunstâncias concretas, em clara contradição entre as duas condutas admitidas pela jurisprudência trabalhista” (MOLINA, 2013, p. 174). Esse autor (p. 171-185) tece intensa crítica ao “dogma” da irrenunciabilidade: MOLINA, André Araújo. Teoria dos princípios trabalhistas: ampliação do modelo metodológico pós-positivista ao direito do trabalho. São Paulo: Atlas, 2013.

Clássica hipótese de jurisdição voluntária corresponde àquela em que o empregado detentor de estabilidade ou de garantia no emprego pretende demitir-se (extinção do contrato por iniciativa do empregado) e o sindicato recusa-se a assistir o empregado, como exige o art. 500 da CLT³⁰². Nada impede que haja a extinção do contrato sob tal figura, mas, em face do princípio da proteção, porque inexistente a assistência sindical, caso ocorra o ajuizamento de ação com esse objeto, o entendimento da jurisprudência dominante é no sentido de invalidade da demissão, convertendo-se em despedida sem justa causa. Justamente por isso, o acordo extrajudicial proporciona segurança jurídica a essa entabulação, igualmente aplicável a outras estabilidades³⁰³.

Também é caso de jurisdição voluntária a hipótese, embora de remota verificação prática ante ao lapso temporal desde a previsão legal, de transação do período anterior à opção pelo regime fundiário (Lei 5.106/1966, art. 17; En. 54). Outro exemplo de transação extrajudicial pode ocorrer naquelas situações nas quais o empregador pretenda o parcelamento de verbas rescisórias, ou o elastecimento para o seu pagamento, hipótese em que eventual negociação coletiva pode estar sujeita a questionamento, razão pela qual busca-se a atuação jurisdicional. Ademais, é possível imaginar o recurso a esse procedimento quando as partes pretenderem realizar mudanças em determinadas condições de trabalho³⁰⁴. Em todas essas hipóteses, o acordo extrajudicial assume uma feição concretizadora da segurança jurídica.

Não obstante a segurança jurídica seja uma das razões da admissão do acordo extrajudicial, tendo em vista a intervenção do Estado-Juiz no negócio jurídico travado pelas

302 “O pedido de demissão do empregado estável só será válido quando feito com a assistência do respectivo Sindicato e, se não o houver, perante autoridade local competente do Ministério do Trabalho e Previdência Social ou da Justiça do Trabalho”.

303 “AGRAVO INTERNO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. LEI Nº 13.015/14. MEMBRO DA CIPA. REINTEGRAÇÃO/READMISSÃO OU INDENIZAÇÃO SUBSTITUTIVA. A Reclamada alega que não há falar em estabilidade provisória e indenização em decorrência da dispensa, porquanto se deve reconhecer eficaz a renúncia do Reclamante a cargo da CIPA, bem assim sua demissão, ante a comprovação de violação dos artigos 818 da CLT e 333, I, do CPC/73. Entretanto, o Tribunal Regional, valorando fatos e provas, firmou convicção de que a suposta renúncia a cargo da CIPA não foi comprovada nos autos e de que a recusa do Sindicato em homologar a rescisão contratual (quitação) é motivo que enseja o reconhecimento da nulidade do documento relativamente à referida renúncia, por isso se reconheceu a estabilidade provisória e consectários. Nessas condições, as alegações da Reclamada somente poderiam ser levadas a efeito mediante o exame do conjunto fático-probatório, o que é inviável nesta fase recursal, ante o óbice da Súmula nº 126 do TST, tal como consignado na decisão agravada. Agravo interno de que se conhece e a que se nega provimento. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. INTUITO PROTELATÓRIO. IMPOSIÇÃO DE MULTA PROCESSUAL. (omissis).” (Ag-AIRR – 1002367-08.2014.5.02.0422. Rel. Des. Convocado: Ubirajara Carlos Mendes, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 09/11/2018).

304 Não se vislumbra, porém, a possibilidade de utilização do acordo extrajudicial para fins meramente homologatório de pagamento de verbas rescisórias. E, para tanto, dois são os fundamentos: a) a Lei 3.467/2017, de forma expressa (CLT, art. 855-C), determina que o empregador deve cumprir o prazo previsto no art. 477 da CLT, o que permite concluir que subsiste essa obrigação paralelamente ao acordo extrajudicial; b) uma vez que o legislador extinguiu a exigência de homologação do acerto rescisório por parte dos sindicatos, soa contraditório que essa atribuição possa ser realizado pelo Judiciário.

partes, paradoxalmente, vislumbra-se uma insegurança jurídica por não haver a indicação legal, ao menos em caráter genérico, de quais são os fundamentos que podem autorizar a recusa, por parte do juiz, em homologá-lo.

Outro questionamento que pode surgir quanto ao acordo extrajudicial consiste em saber qual o meio para sua desconstituição: se por meio de ação rescisória, conforme En. 259 da Súmula do TST, ou se por meio de ação anulatória. Tradicionalmente, entende-se que, nos processos de jurisdição voluntária, não há mérito e, conseqüentemente, inexistiria espaço para a ação rescisória³⁰⁵. Assim, como inexistente divergência entre as partes, na transação extrajudicial inexistente mérito e, conseqüentemente, não comporta ação rescisória, mas sim ação anulatória³⁰⁶, como estabelece o § 4º do art. 966 do CPC. As transações extrajudiciais são atos de disposição de direito inseridos processualmente para fins de proporcionar segurança às partes, nas quais inexistente o surgimento de litígio endoprocessual, o que significa que devem ser desconstituídas por meio de ação anulatória, recorrendo-se aos fundamentos previstos na legislação material, como os casos de existência (falta de pressupostos fáticos ou de seus elementos indispensáveis, como o consentimento, objeto e causa), nulidade (praticados com violação da lei, da ordem pública e dos bons costumes, simulação) e anulabilidade (consentimento viciado, como dolo, erro, coação, ou porque a vontade foi desviada da boa-fé, como o caso de reserva mental ou lesão).

5.6 Antecipação da definição do valor do crédito

No processo do trabalho, contrariamente ao que ocorreu com processo civil desde a Lei 8.898/1994³⁰⁷, subsiste a liquidação por meros cálculos como procedimento prévio à execução trabalhista, o que significa que além das hipóteses de arbitramento e de artigos ocorrerá a apuração dos valores devidos por simples operação aritmética.

305 Esse entendimento, todavia, é colocado em xeque. José Maria Tesheiner admite a possibilidade de mérito no âmbito de processos de jurisdição voluntária, o que, portanto, admite a rescisão (TESHEINER, José Maria. Ação rescisória no novo Código de Processo Civil. In: Revista de Processo: RePro, São Paulo, v. 40, n. 244, p. 209-243, jun. 2015). Em igual sentido: DIDIER JR., Fredie.; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Ação rescisória e a ação de invalidação de atos processuais previstas no art. 966, § 4.º, do CPC/2015. In: Revista de Processo: RePro, São Paulo, vol. 252, jan. 2016. Por seu turno, Humberto Theodoro Jr. vislumbra o mérito apenas se houver alguma resistência a exigir um conteúdo decisório rescindível (THEODORO JÚNIOR, Humberto. A ação rescisória no Novo Código de Processo Civil. In: Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro, Belo Horizonte, ano 23, n. 90, p. 279-306, abr./jun. 2015).

306 Como estabelece o art. 966, § 4º, do CPC: “Os atos de disposição de direitos, praticados pelas partes ou por outros participantes do processo e homologados pelo juízo, bem como os atos homologatórios praticados no curso da execução, estão sujeitos à anulação, nos termos da lei”.

307 TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. Execução no processo do trabalho. 8ª ed. São Paulo: LTr, 2004, p. 359-360.

Antes da edição da Lei 8.432/1992 as partes tinham a oportunidade de se manifestar sobre os cálculos para que, apenas então, o julgador pudesse decidir. Após a edição desse texto legal, houve a instituição de outro procedimento para a definição do valor e o início do processo de execução, pelo qual primeiro ocorre a homologação dos cálculos para após abrir espaço para a discussão pelas partes, por meio de embargos à execução, se pelo executado, impugnação aos cálculos, pelo exequente. Observe-se que, face a essa duplicidade, cabia ao julgador realizar a opção sobre qual desses procedimentos seria adotado.

A Lei 13.467/17 revogou a sistemática da CLT desde a Lei 8.432/92, qual seja a faculdade atribuída ao julgador de iniciar a discussão sobre a conta antes ou após a garantia do juízo. Essa opção do legislador reformista importa em autorizar que haja questionamento sem a garantia do juízo (fundamento da regra do art. 884, § 3º, da CLT), por outro lado, faz com que situações de dificuldade financeira ou de inexistência patrimonial sejam impedimentos ao exercício do contraditório. Assim, a mudança procedimental importa em abrir a discussão sobre o montante da dívida para momento anterior aos atos de restrição.

Com a nova sistemática, caso entendam que a conta desborda os limites do título executivo, as partes possuem o ônus de impugná-la no prazo de 8 (oito) dias da intimação, nítido prazo de natureza peremptória. Outro ônus que as partes possuem, caso pretendam exercer tal faculdade, consiste na indicação precisa dos fundamentos da discordância, apresentando os itens e valores objeto da impugnação à conta.

Embora a finalidade dessa alteração tenha sido expurgar indefinições sobre o valor do crédito objeto de cobrança, subsistem situações de insegurança jurídica.

Uma primeira hipótese consiste no fato de alguma parte, especialmente a reclamada, apresentar impugnação genérica, sem indicar os fundamentos pelos quais sustenta haver equívoco nos cálculos. Embora a própria lei determine a inadmissibilidade dessa forma de alegação, o que significa o seu não conhecimento, tem-se uma típica conduta temerária que pode atrair a increpação legal, suscitando, por outro lado, a indagação se se trata de uma litigância de má-fé (regulada no art. 793-B, IV e VI, da CLT), ou, de outra banda, em ato atentatório à dignidade da justiça (conforme art. 774, II, do CPC)

Observe-se que esse questionamento, todavia, não é meramente acadêmico. Com efeito, a depender da resposta que se dê a ele, as consequências são diversas: se se tratar de ato atentatório à dignidade da justiça, é possível a aplicação de multa de até 20% (vinte por cento) do valor da execução; por outro lado, caso entenda tratar-se de litigância de má-fé, a cominação consiste em uma multa superior a 1% e inferior a 10%, calculada sobre o valor da causa, bem como honorários advocatícios sancionatórios.

A resposta depende da compreensão da natureza jurídica do procedimento de liquidação. Conforme entende Wolney de Macedo Cordeiro (2015, p. 223-224), a liquidação trata-se de processo de conhecimento pois visa ao accertamento do título executivo, ato que deve preceder a execução, além do que inexiste a prática de atos de invasão patrimonial. Isso significa que não é o caso de ato atentatório à dignidade da justiça, instituto configurado para a fase de execução, mas sim hipótese de litigância de má-fé.

Outra indefinição – e aqui a insegurança jurídica é intensa – consiste na indagação sobre a subsistência, ou não, da oportunidade de embargar a execução para discutir a conta, como consta no § 3º do art. 884 da CLT, em redação anterior à reforma: “Somente nos embargos à penhora poderá o executado impugnar a sentença de liquidação, cabendo ao exequente igual direito e no mesmo prazo”.

Não obstante entendimento doutrinário³⁰⁸ no sentido de ser possível a oposição de embargos à execução tendo como objeto a conta, entendemos não ser cabível essa forma de defesa, compreensão que decorre de vários fundamentos: a) revogação tácita ou antinomia³⁰⁹. O § 2º do art. 879 da CLT tratou da mesma matéria, importando em revogação tácita do § 3º do art. 884 da CLT, nos termos do art. 2º, § 1º, da LINDB: “A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior”. Essa revogação, todavia, é parcial, pois refere-se, tão somente, aos aspectos que dizem respeito aos cálculos, subsistindo a hipótese de embargos à execução, por exemplo, para discutir questões de ordem pública ou mesmo de mérito que carecem de dilação probatória oral ou pericial (inadmissíveis face aos limites restritos da objeção de pré-executividade, ou seja, matéria estranha à “conta”); b) princípio informativo lógico. Não se pode esquecer que todo e qualquer processo deve observar princípios “informativos”, que são “regras predominantemente técnicas e, pois, desligados de maior conotação ideológica, sendo, por esta razão, quase universais”, e se apresentam como verdadeiros axiomas (ALVIM, 1996, p. 19-20). Dentre esses princípios informativos, destaca-se o princípio lógico, ao determinar que a estrutura do processo “tem de ser lógica, pois atende a uma finalidade, a qual, racionalmente, se devem dirigir todos os atos” (p. 20). Todavia, a subsistência dos embargos à execução para discutir a conta viola toda uma sistematicidade construída para o processo do trabalho, pois importaria em permitir uma dupla decisão sobre o mesmo tema, o que se afigura ilógico, porque o ordenamento não se coaduna,

308 Nesse sentido é a lição de Souza Jr. et al. (2017, p. 461).

309 Tecnicamente, não se poderia falar em “revogação”, pois esta, nos termos do art. 9º da Lei Complementar 95/1998, deve ser expressa. Assim, tem-se uma antinomia, solucionada pelo critério temporal, em razão do qual a norma posterior que trata do mesmo assunto revoga norma anterior.

em uma mesma relação processual, pela existência de dois instrumentos com o mesmo objeto, uma vez que “admitiria cognição sobre matéria já apreciada, afinal ninguém deve ser perturbado duas vezes pelo mesmo assunto (*nemo debet bis vexari pro*)” (VIEIRA, 2017, p. 181); c) tratamento distinto. O entendimento de que subsistem os embargos à execução importaria em um tratamento distinto, pois aquele que não discutiu os cálculos fica impedido de fazê-lo (tendo em vista a preclusão estabelecida no § 2º do art. 879 da CLT) ao passo que aquele que exercera tal faculdade pode vir, inclusive, a repeti-la; d) falta de interesse processual. A repetição de uma discussão, perante o mesmo órgão julgador, importa em falta de interesse processual, porque anteriormente já houve decisão do mesmo órgão julgador sobre o mesmo tema – não se pode argumentar no sentido de que o objeto dos embargos à execução não seriam mais os cálculos, mas sim o conteúdo da decisão tomada na impugnação à conta; e) violação a texto da CLT. A subsistência dos embargos à execução permitiria que o mesmo órgão jurisdicional pudesse decidir novamente sobre um tema que ele já havia apreciado, o que viola flagrantemente a regra contida no art. 836³¹⁰ da CLT. Note-se que tal possibilidade ensejaria duas consequências: e.1) se nos embargos à execução houver um conteúdo contrário à decisão tomada na impugnação aos cálculos, haveria um efeito reformador ou rescisório, algo que, como visto, o ordenamento jurídico repugna (art. 836)³¹¹; e.2) por outro lado, se nos embargos à execução a decisão for similar àquela tomada na impugnação aos cálculos, de forma que essa nova decisão seria absolutamente prescindível e inútil, porque já havia a decisão.

Assim, a decisão que analisou a impugnação aos cálculos, na forma do art. 879, § 2º, da CLT, não enseja embargos à execução, mas sim agravo de petição, desde que satisfeitos, além dos pressupostos gerais, os seus específicos, dentre eles a garantia do juízo, cuja realização consiste no termo inicial do octídio.

Verifica-se claramente que a inovação legal e manutenção do art. 884, § 3º, da CLT abriu ensejo o para uma insegurança jurídica.

5.7 Transcendência como requisito do recurso de revista

310“É vedado aos órgãos da Justiça do Trabalho conhecer de questões já decididas, excetuados os casos expressamente previstos neste Título e a ação rescisória”.

311Todo o ordenamento pátrio está construído para que as reformas das decisões rescisórias de decisão sejam tomadas pelo órgão superior. As hipóteses de reforma de decisão ao mesmo órgão julgador são exceções e, como tais, estão expressamente previstas no ordenamento jurídico.

Data do ano de 2.001, por meio da Medida Provisória 2.226, a previsão de que o recurso de revista somente será admitido se houver transcendência de seu objeto³¹². Segundo o instituto da transcendência, o recurso deve, além de atender os seus pressupostos gerais e específicos, ter “uma repercussão que transcende o litígio havido entre as partes” (SOUZA JÚNIOR; *et al.*, 2017, p. 484), ou seja, o tema deve despertar um interesse que seja superior ao das partes envolvidas no processo. Segundo a Lei 13.467/2017, a transcendência pode ser econômica, jurídica, política e social³¹³, “entre outros” indicadores (o que está a dizer, é possível ampliar o rol para além dessas hipóteses³¹⁴).

Manoel Antônio Teixeira Filho (2009, p. 1638-1643) apresenta inúmeras críticas ao instituto: a) consistir-se-ia em um critério absolutamente vago; b) haveria uma equiparação imprópria do TST ao STF; c) existe uma preocupação unicamente com o TST, não com os jurisdicionados; d) atribuiria ao TST um autoritarismo sobre os demais órgãos jurisdicionais trabalhista, possibilitando-lhe um poder para dizer o que é importante ou não para as pessoas, autorizando-lhe discriminar entre iguais; e) impede a evolução da jurisprudência; f) dificulta a uniformização da jurisprudência nacional.

Não parece serem suficientes, todavia, tais críticas, ainda que ácidas e contundentes. No entanto, há se concordar com o professor paranaense quanto à crítica que realiza ao instituto da transcendência no ponto que dificulta a uniformização jurisprudencial.

Com efeito, uma das finalidades precípua do recurso de revista, consiste em evitar decisões contraditórias no âmbito dos Regionais. Assim, se houver divergências entre esses tribunais, estava aberto o caminho para a interposição do recurso de revista. Ocorre que, com a regulamentação desse instituto levada a efeito pela Lei 13.467/2017, somente configura transcendência jurídica se houver divergência entre tribunais relativamente a uma questão

312“Art.896-A - O Tribunal Superior do Trabalho, no recurso de revista, examinará previamente se a causa oferece transcendência com relação aos reflexos gerais de natureza econômica, política, social ou jurídica”.

313“§ 1º São indicadores de transcendência, entre outros:

I - econômica, o elevado valor da causa;

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

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

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

314Segundo Vantuil Abdala (2018, p. 83), “De outra parte, se o ‘entre outros’ for objeto de regulamentação interna, seria bom que se considerasse entre os indicadores de transcendência o aspecto moral, a exemplo do que continha o § 1º do art. 327 do Regimento Interno do STF, à época em que havia a Relevância, como pressuposto do Recurso Extraordinário, verbis: ‘entende-se relevante a questão federal que, pelos reflexos de ordem jurídica, considerados os aspectos morais, econômicos, políticos, ou sociais da causa, exigir a apreciação do Recurso Extraordinário pelo Tribunal.’ (destacamos) Não é preciso acentuar que, em muitas ações, o princípio da boa-fé passa longe do direito pleiteado ou do resistido” (Rev. TST, São Paulo, vol. 84, no 3, jul/set 2018, p. 81-88).

nova, ou seja, nova legislação (trabalhista, na literalidade do texto legal) ou um novo enfoque, ainda não enfrentado pelo TST, em relação à legislação antiga.

Ora, essa vedação possibilita que haja rompimento à uniformidade hermenêutica da Justiça do Trabalho, violando o princípio da segurança jurídica.

A confirmar a assertiva de que a exigência de transcendência, especialmente a jurídica, pode causar instabilidade e, portanto, ser fonte de insegurança jurídica, cite-se o caso do enquadramento sindical dos empregados rurais (já tratamos, sob outra perspectiva, da instabilidade jurisprudencial sobre o enquadramento), pois, uma vez que inexistente enunciado sumular no âmbito do TST, aos tribunais regionais do trabalho caberá a definição sobre qual a natureza da atividade desses empregados. E, nesse particular, há dois posicionamentos distintos.

O primeiro a ser citado pode ser representado pelo posicionamento do Tribunal Regional do Trabalho da 18ª Região. Segundo o En. 51 de sua súmula, trata-se de empregado industriário:

ENQUADRAMENTO. EMPREGADO DE EMPRESA AGROINDUSTRIAL. DEFINIÇÃO PELA ATIVIDADE PREPONDERANTE DA EMPRESA. MODULAÇÃO ANTE O CANCELAMENTO DA OJ 419 DA SDI-1 DO TST. I – Considerando ser industrial a atividade preponderante da agroindústria, o enquadramento de seus empregados dá-se na categoria dos industriários. II – Em nome da segurança jurídica, deve ser respeitada a eficácia das normas coletivas em curso na data da publicação do cancelamento da OJ 419 do TST que houverem sido pactuadas com sindicatos profissionais de rurícolas, observado o disposto na Súmula 277 do TST.

Por outro lado, o Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região entende que deve ser analisada o conteúdo das atividades exercidas pelo empregado, como se vê no seguinte julgado:

1 - DO ENQUADRAMENTO SINDICAL. DAS DIFERENÇAS SALARIAIS

O reclamante insiste em seu enquadramento na categoria dos industriários, o que lhe conferiria o direito a diferenças salariais.

[...]

Por outro lado, após o cancelamento da Orientação Jurisprudencial 419 de sua SDI1, o C. TST tem se posicionado no sentido de que se deve apreciar caso a caso o enquadramento sindical dos empregados de agroindústrias, considerando, inclusive, as atividades efetivamente cumpridas pelo trabalhador. Afinal, há atividades ligadas exclusivamente à lavoura e outras relacionadas aos processos industriais de transformação de matéria-prima.

Vale transcrever recentes ementas a este respeito:

[...].

In casu, por ser incontroverso que o autor apenas trabalhou na lavoura de cana-de-açúcar, não há que se falar em enquadramento sindical na categoria dos industriários.

(...). Acórdão - Processo 0010388-68.2016.5.15.0127. Data de publicação: 20/04/2018 Órgão julgador: 3ª Câmara. Rel. Des.: MARINA DE SIQUEIRA FERREIRA ZERBINATTI

Nota-se, portanto, a existência de divergências entre dois tribunais regionais do trabalho quanto ao enquadramento dos trabalhadores nas usinas de cana-de-açúcar, o que instaura um ambiente de nítida instabilidade.

Ocorre que essa divergência, segundo as regras estabelecidas pela Lei 13.467/2017 quanto à admissibilidade de recurso de revista, não poderia ser sanada, uma vez que não se trata de uma novidade legislativa ou de uma inédita perspectiva hermenêutica, hipótese que não oferece transcendência jurídica, como, aliás, já reconhecido pelo Tribunal Superior do Trabalho:

RECURSO DE REVISTA. LEI 13.467/2017. QUESTÃO PRELIMINAR. JULGAMENTO EXTRA PETITA. TURNOS ININTERRUPTOS DE REVEZAMENTO. INTERVALO INTERJORNADA. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. PRÊMIOS. DESPACHO DE ADMISSIBILIDADE PUBLICADO NA VIGÊNCIA DA IN 40 DO TST. Não se aprecia temas recursais em relação aos quais foi denegado seguimento ao recurso de revista, na vigência da Instrução Normativa nº 40 do TST, quando a parte deixa de impugnar a decisão, mediante interposição de agravo de instrumento, diante da preclusão ocorrida. ENQUADRAMENTO SINDICAL. EMPREGADO RURÍCULA. ATIVIDADE AGROINDUSTRIAL DA EMPREGADORA. TRANSCENDÊNCIA. O processamento do recurso de revista na vigência da Lei 13.467/2017 exige que a causa ofereça transcendência com relação aos reflexos gerais de natureza econômica, política, social ou jurídica, a qual deve ser analisada de ofício e previamente pelo Relator (artigos 896-A, da CLT, 246 e 247 do RITST). A causa diz respeito ao enquadramento do reclamante como rurícola, razão pela qual restaram inaplicáveis os instrumentos normativos juntados pela reclamada em relação ao Sindicato dos Trabalhadores na Indústria de Alimentação de Uberaba. Diante da atividade agroindustrial da reclamada, atrelada ao cultivo e industrialização da cana de açúcar, restou declarada sua condição de empregadora rural, bem como de rurícola do empregado. A matéria debatida não possui transcendência econômica, política, jurídica ou social. Transcendência não reconhecida (RR-11870-82.2015.5.03.0042, 6ª Turma, Relatora Desembargadora Convocada Cilene Ferreira Amaro Santos, DEJT 09/05/2019. Grifo nosso).

Portanto, a criação de dificuldades à admissão de recurso de revista por meio do instituto da transcendência tem como objetivo, indireto, dificultar a uniformização da jurisprudência, o que, como já visto (cap. 4), compromete a segurança jurídica.

5.8 Insegurança quanto ao conteúdo da decisão tomada em sede de arbitragem

A doutrina procura agrupar as diversas formas de solução dos conflitos intersubjetivos. E, ao assim fazer, reúne-as, com pequenas variações, em três grandes modelos: a) autotutela, no qual as próprias partes solucionam o conflito, todavia, mediante a

imposição da força, como se dá na legítima defesa e, no âmbito trabalhista, no exercício da greve; b) autocomposição, no qual as próprias partes solucionam o conflito de forma pacífica, como nos acordos extrajudiciais, acordos e convenções coletivas e, também, na mediação, pois nessa, apesar da presença de um terceiro, insere-se na esteira da liberdade das partes aceitarem, ou não, a proposta apresentada pelo mediador; c) heterocomposição, no qual um terceiro desinteressado estabelece a decisão às partes. A jurisdição é a figura mais conhecida e, agora, a arbitragem, que ostenta o papel de equivalente jurisdicional.

A Lei 13.467/2017 rompeu com entendimento tradicional no Direito e no Processo do Trabalho ao admitir a possibilidade de, observados os requisitos estabelecidos em lei, as partes integrantes da relação de emprego poderem recorrer à arbitragem para a solução dos litígios que eventualmente surjam (CLT, art. 507-A³¹⁵).

A alteração legislativa implementada no art. 507-A segue a proposta ideológica de toda a reforma trabalhista, qual seja, não concentrar no âmbito estatal a integral tutela das manifestações das relações de emprego, oportunizando-se às partes uma esfera de liberdade, inclusive, liberdade decisória. Bastante criticado pela doutrina, esse dispositivo insere-se no momento atual, no qual são buscados mecanismos de construção pelas partes da solução de um litígio, afastando-se a concepção de ser o Judiciário o único ou principal agente viabilizador do alcance desse desiderato. Trata-se de uma proposta que segue o modelo processual de “multiportas”, propugnado por Sander (1976 *apud* CUNHA; LESSA NETO, 2016b, p. 265). Como afirmam Karine Eslar e Jean-Marie Lambert (2014, p. 24), “A arbitragem, portanto, devolve ao indivíduo parcela de seu direito natural de eleição”. Observa-se, ademais, um caminhar no sentido de redimensionar o papel do Judiciário, de local, para um dos locais, de solução dos conflitos, não apenas por meio decisório, porém de forma construída pelas partes, cabendo ao julgador importante papel no diálogo, mas não única e exclusivamente (princípio da cooperação).

Há de serem valorizados mecanismos de solução extrajurisdicional dos litígios. Acesso à Justiça não significa, necessária e obrigatoriamente, acesso ao Judiciário. Há de se afastar, inclusive, o fetiche construído de ser o juiz do trabalho o único sujeito capaz de proporcionar uma solução adequada aos conflitos trabalhistas; em realidade, os próprios envolvidos possuem maiores elementos para que a solução do conflito aproxime-se do ideal, o

315“Nos contratos individuais de trabalho cuja remuneração seja superior a duas vezes o limite máximo estabelecido para os benefícios do Regime Geral de Previdência Social, poderá ser pactuada cláusula compromissória de arbitragem, desde que por iniciativa do empregado ou mediante a sua concordância expressa, nos termos previstos na Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996”.

que ocorre com a fixação, por eles, de condições que mais atendam às suas expectativas jurídicas e fáticas.

Observe-se que o critério legalmente fixado como requisito de validade, remuneração superior a 2 (duas) vezes o teto da Previdência Social, expressamente reconhece a existência de gradações de tutela juslaboral, necessidade essa que deve ser ampliada. Talvez, após maior discussão social, o Direito do Trabalho brasileiro possa adotar “níveis de proteção” segundo características específicas do vínculo de emprego, de forma que a existência de um maior destaque na estrutura hierárquica do empregador possa autorizar um espectro de proteção mais restrito, ao passo que os empregados situados em uma posição na base dessa estrutura gozem de uma proteção integral. Se é certo que isso se dá no plano *de lege ferenda*, a previsão inserida pela Lei 13.467/2017 é um exemplo dessa perspectiva. Em verdade, a arbitragem se insere no amplo espectro da democracia e, especialmente, do reconhecimento de que os envolvidos possam, em diversas situações, serem os donos da solução.

Tradicionalmente, entendia-se pela impossibilidade da arbitragem como método de solução dos dissídios individuais trabalhistas³¹⁶. Tal entendimento fundava-se especialmente em alguns fatores: (a) a arbitragem poderia ser utilizada para fins de fraudar os direitos trabalhistas, viabilizada pela (b) hipossuficiência do empregado, que não ofereceria maior resistência nessa implementação; ademais, a (c) incontabilidade da decisão do árbitro, que pode decidir contrariamente ao texto normativo, de forma a operacionalizar a fraude; a isso se soma a (d) indisponibilidade dos direitos trabalhistas. Enfim, segundo esse tradicional entendimento, a vulnerabilidade do empregado afigurar-se-ia incompatível com a arbitragem.

Todavia, tais objeções são válidas apenas parcialmente: a) a indisponibilidade dos direitos trabalhistas não se afigura um obstáculo suficiente, pois, cotidianamente, presenciavam-se manifestações de disposição dos direitos reconhecidos legalmente ou fixados convencionalmente, muitas vezes sob o próprio olhar judicial, como se dá na demissão em caso de estabilidade, acordos na fase de execução definitiva de título judicial etc.³¹⁷; b) efetivamente, a decisão do árbitro goza de liberdade quase absoluta, a qual é inerente à arbitragem, mas que não a infirma como espécie de solução dos litígios, além do que esse amplo espectro decisório pode ocorrer também em benefício dos empregados; c) buscou-se a

316 No plano dos dissídios coletivos, a utilização de arbitragem é amplamente admitida. Nesse sentido, o § 2º do art. 114 da Constituição Federal expressamente a admite; a Lei Complementar nº 75 atribui ao integrante do Ministério Público do Trabalho a função de árbitro (art. 83, XI); a Lei 10.101/2000 faculta a sua utilização na negociação de participação nos lucros e resultados (art. 4º); a Lei 12.815/2013 faculta a sua utilização em caso de litígios surgidos em algumas situações no âmbito do trabalho avulso portuário (art. 37, § 1º).

317 Poder-se-ia apresentar uma miríade de hipóteses nas quais os empregados expressamente abrem mão da proteção que lhes é garantida pela legislação trabalhista e, nem por isso, acoima-se de inválida tal manifestação. Sobre esse aspecto, vide nota de rodapé nº 301.

superação do abstrato critério da hipossuficiência do empregado pela fixação de um critério objetivo, qual seja, a remuneração do empregado.

Portanto, esses aspectos são insuficientes para se recusar a arbitragem. A objeção que nos parece mais robusta consiste na possibilidade da existência de fraudes aos direitos trabalhistas em sede de arbitragem. Esse receio decorre, por mais paradoxal que seja, de um fundamento metajurídico, mas, porque o Direito é vinculado à realidade social, não se pode ignorá-la: não se pode perder de vista a recente experiência no ordenamento pátrio com a utilização das Comissões de Conciliação Prévia (CCP's), previstas na Lei 9.958/2000, o que ensejou o surgimento de diversas comissões cujas finalidades eram, tão somente, a de proporcionar ao empregador validade ao ato de quitação de direitos trabalhistas, sonhando o pagamento dos mínimos créditos que a legislação trabalhista assegura aos empregados.

Esse receio, no entanto, pode ser superado mediante a fixação de critérios que afastem uma contaminação subjetiva do árbitro e cujo conteúdo decisório siga as orientações dos tribunais trabalhistas.

Ainda que a arbitragem seja um espaço para o exercício de liberdade pelos integrantes da relação jurídica, devem existir parâmetros mínimos para que essa liberdade não descambe para mero instrumento de precarização dos direitos dos trabalhadores reconhecidos normativamente.

Uma das formas de controle seria fixar critérios para a escolha de árbitros, com a redução dos riscos de contaminação subjetiva do árbitro em favor do integrante mais forte da relação jurídica, no caso, o empregador.

Outra forma de controle, ainda mais efetiva, seria a definição do conteúdo da solução apresentada pelo árbitro.

Sempre que as partes definirem parâmetros para a atuação do árbitro, ou o conteúdo decisório, ou o procedimento a ser adotado, ou mesmo escolherem quem será o árbitro, ter-se-á uma cláusula compromissória “cheia”, o que a diferencia da arbitragem com cláusula “vazia”, na qual, por não haver indicação do conteúdo da decisão, a liberdade do árbitro é integral e, portanto, não está sujeita ao corte anulatório previsto no art. 32, IV, da Lei 9.306/96³¹⁸. Até mesmo para preservar a higidez da manifestação do empregado, reputa-se como concretizador de segurança jurídica a fixação da cláusula compromissória “cheia” no âmbito da arbitragem nas relações individuais, ainda que não se repute como inválida a cláusula compromissória vazia.

A arbitragem poderá ser de “direito” ou de “equidade”.

318 “Art. 32. É nula a sentença arbitral se: [...] IV - for proferida fora dos limites da convenção de arbitragem”.

A arbitragem por “equidade” possibilita uma liberdade maior ao árbitro, que, por isso, pode decidir fora dos limites legais, seja atenuando o rigor da lei, em uma “função retificadora das injustiças da lei (*epiqueia*)” (NASCIMENTO, 1992, p. 211-213), de nítida feição interpretativa, seja criando a norma do caso concreto (*aequitas*), de patente caráter integrativo, ainda que apenas entre as partes.

A arbitragem por “direito”, por outro lado, exige que a decisão arbitral seja adequada ao direito positivo. Nada exclui, nesse particular, que possa ser convencionado seguir-se o entendimento de um tribunal regional, ou mesmo o teor das sentenças de determinado juiz em casos idênticos, podendo ainda admitir a utilização de regras internacionais de Direito do Trabalho, ou ainda o recurso aos usos, costumes e aos princípios gerais de direito. Caso seja escolhida arbitragem por direito, caberá ao árbitro seguir o entendimento predominante sobre aquele objeto, sob pena de nulidade (art. 32, IV, Lei 9.307/1996).

Embora haja lacuna na inovação legislativa, caberá às partes definirem qual o critério a ser adotado pelo árbitro quanto ao conteúdo decisório. Em caso de omissão, concluir-se-á que foi fixada arbitragem de “direito”: a arbitragem, como equivalente jurisdicional, destina-se a solucionar os conflitos jurídicos existentes e, portanto, deve pautar-se – caso não haja expressa exclusão pelas partes – pelas normas que tratem do objeto conflituoso, pois seriam esses os critérios utilizados em uma solução judicial do litígio, assumindo, a equidade (e, portanto, um espaço de liberdade ao árbitro que poderia comprometer direitos trabalhistas), um caráter excepcional e apenas subsidiário (CPC, art. 140, par. único; CLT, art. 852-I, § 1º). Isso significa que o árbitro deverá observar a legislação e a jurisprudência, especialmente do TST.

Outra forma de vincular o árbitro seria recorrer-se à figura da arbitragem de “ofertas finais”, adotada, com alguma repetição³¹⁹, no Direito do Trabalho, traz a figura da arbitragem de “ofertas finais”, na qual cada uma das partes apresenta a sua proposta no prazo fixado,

319 Art. 23, Lei 8.630/93, revogada pela Lei 12.815/13, art. 37, § 1º; art. 4º, Lei 10.101/00. Observe-se que, nesse caso, após toda a discussão durante o procedimento, às partes será concedido um prazo para que possam apresentar as suas ofertas finais, de forma que, caso não o façam, o árbitro não poderá decidir, tendo-se típica hipótese de *nom liquet*; todavia, se apenas uma das partes apresentar no prazo fixado, a opção deverá ser por essa. Em tais hipóteses omissivas, não será lícito recorrer a outras propostas apresentadas no curso do procedimento (por exemplo, apresentadas no início do procedimento), pois elas não se afiguram definitivas. A despeito de ser uma opção legislativa, conta com crítica de João de Lima Teixeira Filho (1997, p. 1184) no sentido de que “além de limitar a vontade das partes na conformação da arbitragem e dos procedimentos que julgamento mais adequados para regê-la, a norma em questão opta pela arbitragem pendular, exatamente a que permite maior grau de radicalização de propostas”. Assim, sob esse modelo, se as partes atuarem com algum radicalismo, apresentando propostas que não guardem razoabilidade com o objeto arbitral, haverá uma escolha com evidente prejuízo a uma delas. Por isso mesmo, talvez essa realidade leve as partes à apresentação de propostas que mais se aproximam do ideal, de forma a diminuir o fosso de questionamento ou divergência instaurado entre elas. Embora direcionada, até por motivos históricos, para o direito coletivo, nada impede a utilização da arbitragem de ofertas finais no âmbito dos conflitos individuais.

cabendo ao árbitro a opção por uma delas tal como foram apresentadas. Nessa espécie de arbitragem, o árbitro não goza de liberdade alguma, cabendo-lhe adotar uma das alternativas apresentadas, sendo-lhe vedado indicar uma terceira alternativa.

Outro grande receio – e para isso a inovação levada a efeito pela Lei 13.467/2017 em nada contribuiu para afastar essa insegurança jurídica – consiste na vulgarização da arbitragem nas relações trabalhistas individuais. Assim, é possível que, na maioria dos contratos de trabalho, cuja remuneração permita a arbitragem (remuneração superior a duas vezes o teto pago pela previdência social), seja fixada a cláusula de arbitragem, levada a efeito especialmente no ato da contratação, ainda que não haja a efetiva concordância por parte do empregado. Essa preocupação é absolutamente natural e ocorre não apenas no Direito do Trabalho, mas também no âmbito do Direito do Consumidor – outra seara na qual existe a hipossuficiência do consumidor, ainda que em intensidade diferente, uma vez que esse sujeito não se encontra, por via de regra, premido pela necessidade de contratação como fonte de subsistência.

Em atenção a essa realidade, o Direito do Consumidor conta com regra expressa sobre a arbitragem. Segundo o art. 51º da Lei 8.078/1990, são “Nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: [omissis] VII - determinem a utilização compulsória de arbitragem”.

Trata-se, portanto, de regra expressa que recusa validade aos contratos de adesão que prevejam, dentre uma de suas cláusulas, a arbitragem, regra essa aplicável no Direito do Trabalho, tendo em vista a absoluta compatibilidade: os contratos de trabalho, por via de regra, caracterizam-se por ostentar a marca da adesão, com diminuto espaço de liberdade e negociação por parte do empregado, de forma que as condições contratuais são aquelas estabelecidas pelos empregadores. Nessas hipóteses, ainda que fixada a cláusula compromissória de arbitragem, não poderá prevalecer perante o empregado. Não à toa, a Lei 9.307/1996 estabelece que “a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com a sua instituição, desde que por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula” (art. 3º, § 2º).

Assim, o fato de haver previsão contratual da cláusula compromissória de arbitragem não vincula o empregado. Somente ocorrerá vinculação se o empregado tomar a iniciativa de instaurar a arbitragem ou, então, se não apresente objeção caso o empregador a instaure. Outrossim, conforme posicionamento da doutrina (BERNARDES, 2018), fundada na

compreensão do STJ relativamente ao consumidor³²⁰, caso o empregado dirija-se diretamente à Justiça do Trabalho, conseqüentemente estará recusando-se a admitir a arbitragem.

Assim, a correção propiciada pela doutrina e pela jurisprudência pode afastar a amplitude inicial que a inovação legislativa parecia implementar, prevalecendo apenas naquelas hipóteses em que não há um contrato de adesão, cujas cláusulas são negociadas em condições quase igualitárias, é dizer, em hipóteses bastante excepcionais, de altos empregados.

De qualquer forma, concretizaria a segurança jurídica se o legislador tivesse fixado parâmetros mínimos a serem observados na arbitragem trabalhista individual. Como forma de minorar os riscos acima mencionados, caberia ao legislador e, tendo em vista a sua omissão, especialmente à jurisprudência à luz dos fundamentos do Direito do Trabalho, com base no princípio da proteção da boa-fé, construir critérios que assegurem uma hialina manifestação volitiva dos interessados na previsão da arbitragem como solução dos conflitos, e também a fixação de critérios que evitem os riscos de uma contaminação subjetiva do árbitro. E, por fim, é necessário que haja a construção de uma teoria no sentido de que as decisões do árbitro

320 “AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO REVISIONAL CUMULADA COM CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO. CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA. CONTRATO DE ADESÃO DE CONSUMO. AÇÃO JUDICIAL. DISCORDÂNCIA DO CONSUMIDOR QUANTO À ARBITRAGEM. INEFICÁCIA. AGRAVO PROVIDO. 1. Nos termos da jurisprudência firmada no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, a validade da cláusula compromissória, em contrato de adesão caracterizado por relação de consumo, está condicionada à efetiva concordância do consumidor no momento da instauração do litígio entre as partes, consolidando-se o entendimento de que o ajuizamento, por ele, de ação perante o Poder Judiciário caracteriza a sua discordância em submeter-se ao Juízo Arbitral, não podendo prevalecer a cláusula que impõe a sua utilização. 2. A mera circunstância de o consumidor ser bacharel em direito é insuficiente para descaracterizar sua hipossuficiência, uma vez que a vulnerabilidade da pessoa física não é, necessariamente, técnica, mas, principalmente, econômica e jurídica. 3. Agravo interno provido para conhecer do agravo a fim de dar provimento ao recurso especial” (AgInt no AREsp 1192648. Rel. Min. RAUL ARAÚJO. 4ª T. Dt. Julg. 27/11/2018).

“(...). 5. Não há incompatibilidade entre os arts. 51, VII, do CDC e 4º, § 2º, da Lei n. 9.307/96. Visando conciliar os normativos e garantir a maior proteção ao consumidor é que entende-se que a cláusula compromissória só virá a ter eficácia caso este aderente venha a tomar a iniciativa de instituir a arbitragem, ou concorde, expressamente, com a sua instituição, não havendo, por conseguinte, falar em compulsoriedade. Ademais, há situações em que, apesar de se tratar de consumidor, não há vulnerabilidade da parte a justificar sua proteção. 6. Dessarte, a instauração da arbitragem pelo consumidor vincula o fornecedor, mas a recíproca não se mostra verdadeira, haja vista que a propositura da arbitragem pelo polícitante depende da ratificação expressa do oblato vulnerável, não sendo suficiente a aceitação da cláusula realizada no momento da assinatura do contrato de adesão. Com isso, evita-se qualquer forma de abuso, na medida em o consumidor detém, caso desejar, o poder de libertar-se da via arbitral para solucionar eventual lide com o prestador de serviços ou fornecedor. É que a recusa do consumidor não exige qualquer motivação. Propondo ele ação no Judiciário, haverá negativa (ou renúncia) tácita da cláusula compromissória. 7. Assim, é possível a cláusula arbitral em contrato de adesão de consumo quando não se verificar presente a sua imposição pelo fornecedor ou a vulnerabilidade do consumidor, bem como quando a iniciativa da instauração ocorrer pelo consumidor ou, no caso de iniciativa do fornecedor, venha a concordar ou ratificar expressamente com a instituição, afastada qualquer possibilidade de abuso. (...)” (REsp 1.189.050/SP, Rel. Min. LUIS FELIPE SALOMÃO. 4ª T. Dt. Julg.: 1º/03/2016 – grifos do autor.).

possam, ainda que não sejam sindicáveis, ter um conteúdo que se amolde aos fundamentos do Direito do Trabalho e do modelo constitucional de processo.

CONCLUSÕES

A presente pesquisa teve como finalidade analisar a incidência do princípio da segurança jurídica no Direito do Trabalho e no Processo do Trabalho, com especial enfoque às alterações provocadas pela Lei 13.467/2017. Durante o seu desenvolvimento, pode-se chegar às diversas conclusões.

1. Existe uma necessidade humana de segurança. Isso se dá nos planos pessoais, profissionais, nos relacionamentos, enfim, a segurança é uma exigência de proteção contra as ameaças às condições essenciais de sobrevivência humana, um valor absolutamente caro no seio social. Essa necessidade espalha-se também no universo jurídico.

2. Diversas são as causas de insegurança jurídica. Há aquelas sociais, como a complexidade das relações humanas, com exigência de regulação de interesses contrapostos, quando não antitéticos, bem como a intensidade de informações que hoje são disponibilizadas; o direito, portanto, não logra êxito em regular, de forma tempestiva e completa, tais relações. De forma idêntica, a atividade legislativa é uma causa de insegurança jurídica uma vez que existe uma profusão de leis, muitas das vezes sem maior técnica e preocupação com a sua edição, trazendo diversos vícios técnicos. Não se pode olvidar, outrossim, que também os tribunais potencializam esse estado de insegurança pela inobservância da jurisprudência enquanto vetor hermenêutico e decisório.

3. Uma vez que o Direito corresponde à regulação normativa da conduta humana, necessariamente a segurança é um fenômeno jurídico. Assim, por ser uma necessidade básica do ser humano, a segurança jurídica é um valor positivado no ordenamento pátrio.

A despeito de a segurança jurídica ser uma necessidade humana, há um constante embate com a justiça. Exige-se uma atenção especial do jurista na busca da compatibilização desses dois vetores maiores de um ordenamento jurídico.

4. Embora seja mais fácil a apreensão de seus sentidos do que a própria definição, tendo em vista a diversidade de normas que a concretizam. A segurança jurídica, em sua essência, alcança a estabilidade das relações jurídicas, a certeza e previsibilidade quanto ao conteúdo da norma, uma confiabilidade na atuação dos órgãos responsáveis pela

concretização da norma, além do correto funcionamento das instituições e também a eficácia do próprio Direito.

5. É possível afirmar que a segurança jurídica é um princípio porque apresenta um caráter estruturante de todo o ordenamento jurídico, fixador de determinadas balizas às quais o legislador está constringido, além de ostentar um conteúdo normativo expansivo, orientador da atividade hermenêutica. Não obstante, a natureza de princípio à segurança jurídica não autoriza que seja utilizado como argumento retórico indistinto tampouco como um alibi para o exercício da discricionariedade judicial. Por ser um princípio, a segurança jurídica abre o espaço hermenêutico mas fixa ao intérprete os limites nessa decisão.

O rol das garantias fundamentais, a presunção de constitucionalidade das leis, a irretroatividade da lei, o respeito ao direito adquirido e à coisa julgada, a prescrição, a anterioridade tributária, a função uniformizadora, garantias de estabilidade no emprego, são todas situações particulares que permitem, pelo método indutivo, permitem chegar à conclusão geral de estar segurança jurídica contemplada no texto constitucional.

O método dedutivo também autoriza a conclusão de ser a segurança jurídica uma norma constitucional. Ao determinar que o Brasil é um Estado Democrático de Direito a Constituição Federal assume uma posição em razão da qual as manifestações normativas devem estar pautadas de forma a contemplar, também, a segurança jurídica; afinal, uma situação de anomia, falta ou deficit de regulamentação normativa democrática importa em patente insegurança. O caráter material do Estado Democrático de Direito estabelece que o Estado tem o dever de garantir a dignidade da pessoa, a liberdade, a justiça, a segurança, as regras democráticas e a participação popular. Já o seu caráter formal impõe a exigência de controle do Poder Público, a divisão das funções estatais, o funcionamento das instituições estatais etc.

A segurança jurídica decorre também da dignidade da pessoa humana uma vez que esta se manifesta em possibilitar que as pessoas possam ter condições de realizar um mínimo de planejamento de suas ações em razão de um ordenamento jurídico estável e inteligível. O ser humano, portanto, não pode ficar à mercê das vontades de outras pessoas.

Se não bastasse, existe expressa previsão constitucional que contempla o princípio da segurança jurídica, seja no preâmbulo, com o seu caráter axiológico, seja no *caput* do art. 5º ou no art. 6º e também no art. 103-A da Constituição Federal.

Assim, por todos esses fatores, é possível concluir que a segurança jurídica está plasmada no texto constitucional: na realidade, como apontou a doutrina utilizada na pesquisa, existe uma superestrutura constitucional da segurança jurídica.

6. Desse caráter normativo constitucional decorrem diversas consequências. Uma primeira é a conformação legislativa, o que significa que a atividade do legislador deve observar os limites e o espaço que a Constituição Federal lhe franqueia; eventual inobservância desses limites e conteúdo inexoravelmente leva à inconstitucionalidade da regra legal. Da mesma forma, a segurança jurídica é um vetor hermenêutico a orientar a atividade do jurista, especialmente dos tribunais. Tratam-se de características que devem irradiar-se com intensidade no âmbito do Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho.

7. A segurança jurídica possui um caráter multifacetário justamente em face da existência de uma multiplicidade de sentidos de seu conceito.

A segurança jurídica manifesta-se como conhecimento da norma, que compreende (a) saber da existência (determinação), (b) ter acesso ou conhecimento de seu conteúdo (cognoscibilidade) e (c) compreender o seu conteúdo (compreensibilidade). Para que haja segurança jurídica, é necessária a existência da própria regra que contemple a relação intersubjetiva uma vez que a existência de normas jurídicas tem o condão de guiar o indivíduo. Outrossim, a cognoscibilidade consiste na necessidade de publicação do material jurídico, seja em relação à legislação ou jurisprudência, mas também em relação a normas internas ou individuais; por isso, o acesso a dados contratuais e documentais que estejam em posse da outra parte contratante tem o condão de concretizar a segurança jurídica sob tal perspectiva, razão pela qual a utilização de procedimentos prévios, como a produção antecipada da prova, expressamente previsto no CPC (arts. 381-383) não apenas com conteúdo cautelar, possui importante papel em possibilitar esse conhecimento ao interessado. Da mesma forma, um conteúdo claro e acessível da norma assume uma concretização da segurança jurídica.

A segurança jurídica deve ter uma atenção especial com as situações jurídicas constituídas sob a regência de um determinado regramento jurídico. Há se ter, pelo passado, um respeito normativo sob pena de violar a essência da segurança jurídica. Mas, mais que isso, é necessário que as mudanças que são realizadas no ordenamento jurídico possibilitem

uma relação de confiabilidade na preservação de situações passadas que se projetam no futuro.

Da mesma forma, a segurança jurídica manifesta-se pela previsibilidade sobre como os órgãos jurisdicionais decidem uma vez que esse conhecimento permite às pessoas orientarem-se segundo tais parâmetros, bem como pela calculabilidade das consequências jurídicas dos atos. Existe, assim, uma segurança de orientação comportamental.

8. A segurança jurídica tem sido pensada, quase sempre, com os olhos voltados para o direito adquirido, que goza de proteção normativa integral, ao passo que as expectativas de direito ficam fora dessa proteção. Todavia, há situações jurídicas que se desenvolvem no tempo, muitas vezes durante anos a fio, que geram nas pessoas a expectativa de que gozam de uma proteção normativa. E, efetivamente, devem gozá-la uma que o caráter subjetivo do princípio da segurança jurídica aplica-se justamente em situações como essas. Afinal, a confiança depositada no outro indivíduo mereça ser objeto de proteção.

Trata-se do princípio da proteção da confiança legítima, que corresponde à feição subjetivada do princípio da segurança jurídica, que busca proteger as legítimas expectativas que as partes depositam em uma relação jurídica. Por isso, a existência de regras de transição quando da alteração de regime jurídico, ou a atenção à modulação temporal em caso de alteração da jurisprudência, são exemplos de proteção da confiança.

Outra forma de proteção da confiança consiste na tutela de relações jurídicas que, embora precárias, desenvolvem-se no tempo. Isso significa que essas relações jurídicas não podem, simplesmente, serem desconstituídas pois, se assim o fosse, haveria uma frustração da promessa tácita de sua manutenção e conseqüente violação à segurança jurídica.

Como forma de orientação, há se ter em mente a base de confiança, que consiste numa escala de intensidade normativa de aplicabilidade da proteção da confiança. Assim, impõe-se atentar a diversos critérios: (a) grau de vinculação da base, (b) grau de aparência de legitimidade da base; (c) grau de modificabilidade da base; (d) grau de eficácia no tempo; (e) grau de indução da base ou investimento de confiança; (f) grau de individualidade da base; (g) grau de onerosidade da base.

9. O legislador reformador buscou limitar a atuação dos juízes do trabalho ao vedar-lhes qualquer atividade criativa. Partiu do pressuposto de estabelecer uma certa segurança jurídica sob o prisma da regência por meio da legalidade, que consiste como uma das principais garantias de salvaguarda de valores liberais, porque busca assegurar o império da

lei, a liberdade de contratar, a igualdade formal. Trata-se, todavia, de uma visão correspondente ao positivismo mais primitivo, em razão do qual a lei seria autossuficiente.

Além de falha, pela limitação do legislador e porque ignora a dinamicidade das relações humanas, essa perspectiva não corresponde ao atual estágio de uma sociedade complexa e multivalorativa, tampouco corresponde às conquistas que o pensamento jurídico tem alcançado. Dentre elas, aquela que informa não ser indiferente ao problema da justiça e à conexão entre o Direito e os valores não-legais, de forma que é indispensável elaborar uma concepção de segurança jurídica que seja capaz de impedir o paradoxo de uma ordem jurídica constituída por regras certas, mas que sejam injustas.

Por isso, propugna-se pela segurança jurídica sob uma perspectiva argumentativa. Nessa linha de raciocínio, aquela concepção tradicional de segurança jurídica é colocada em xeque por pensadores preocupados em superar o reducionismo de segurança jurídica ao seu caráter formal, a expressar que a segurança jurídica não decorre apenas da correspondência ao texto legal, mas também em razão de determinado conteúdo material contido nas diversas formas de expressão do direito (as chamadas “fontes jurídicas”).

Assim, um determinado texto jurídico, que antes se pretendia com caráter universal e objetivo, passa a ser compreendido como um ponto de partida que oferece alternativas decisórias. Isso significa, portanto, a inexistência de uma única resposta correta (como pretendia aquele modelo positivista de segurança jurídica), mas sim a existência de respostas razoáveis obtidas segundo a observância de um procedimento hermenêutico, cuja perspectiva traz para o debate contemporâneo a necessidade da observância de um procedimento adequado e democrático de obtenção da solução jurídica. Assim, para se chegar à segurança jurídica, é necessário enfatizar a importância dos processos de interpretação dos textos, compreendida não apenas como a definição do significado dos textos legais, mas também a indagação sobre o conteúdo, a extensão e os limites do sistema jurídico.

Para tanto, o procedimento hermenêutico deve contar com regras prévias, suficientes e claras ao próprio procedimento em si.

Deste modo as regras relativas ao procedimento devem gozar de uma estabilidade necessária para que as pessoas possam ter a compreensão acerca dos riscos em determinada discussão, judicial ou extrajudicial, sobre aspectos da relação jurídica de que participam. Por isso, fatores que influenciam substancialmente a propositura, ou não, de uma demanda judicial devem ser observados sob essa ótica. Ademais, exige-se que os sujeitos atingidos pela interpretação possam ter condições de participar e, especialmente, de construir a solução

hermenêutica obtida, o que se dá com a figura do contraditório substancial. Trata-se de uma “concepção dialógica da segurança jurídica”.

Da mesma forma, a falta de resposta estatal aos conflitos que se instauram é também um fator que viola a segurança jurídica, sob a perspectiva da efetividade e perfeito funcionamento das instituições. Por isso, a imposição de regras no acesso aos centros de competência decisória deve estar atenta a essa exigência e, portanto, carece ser enxergada sob a perspectiva da proteção da confiança das pessoas. Portanto, a criação de regras que estabelecem consequências desproporcionais no acesso à justiça, e em especial ao Judiciário (face ao modelo brasileiro de inafastabilidade do acesso ao Judiciário), é ofensiva ao princípio da proteção da confiança legítima. Assim, a possibilidade de condenação do litigante beneficiário da justiça gratuita ao pagamento de despesas processuais deve ser analisada segundo a perspectiva da segurança jurídica argumentativa, uma vez que procedimento é um fator de legitimação.

Há uma exigência em razão da qual as soluções jurídicas devem conformar-se à imagem de mundo elaborada pelo ordenamento no contexto de uma certa forma de vida, dentro da ideia de aceitabilidade por parte dos destinatários da norma.

Assim, sob essa concepção, a segurança jurídica consiste na possibilidade de se conhecer, antecipadamente, as fórmulas e as garantias que envolvem o procedimento de interpretação e aplicação do direito, que haja a possibilidade de efetiva participação no processo interpretativo, além do que o resultado hermenêutico apresente uma justificação que possa expressar os valores imperantes em um determinado contexto social intimamente vinculados à condição humana da pessoa contemplados no texto constitucional.

10. É possível afirmar que a segurança jurídica tem gradientes que variam segundo o polo do contrato de trabalho. A segurança jurídica tem, como uma de seus fundamentos, a proteção contra o exercício indevido de uma determinada prerrogativa. Em face da hipossuficiência na qual se coloca tanto na constituição quanto na execução de uma relação de trabalho, pode-se afirmar que a segurança jurídica, embora não seja fixada única e exclusivamente em favor desse sujeito, de contar com uma hermenêutica que tutela a condição pessoal do empregado.

11. A segurança jurídica consiste não apenas em uma norma, mas também um valor, opção ética e moral realizada por um determinado corpo social que devem se espalhar nos

conteúdos jurídicos. Por isso, um ordenamento jurídico seguro e previsível é importante para o desenvolvimento da sociedade e é avaliado positivamente.

Um primeiro enfoque da segurança jurídica como valor consiste em seu aspecto funcional ou autorreferencial, isto é, vale por si só. Ou seja, há uma opção axiológica de que o ordenamento jurídico seja seguro, que exige uma conduta positiva, no sentido de que devem ser adotadas medidas que a concretizem, e uma conduta negativa, ao interditar medidas que concorrem para infirmar a segurança jurídica.

Outro enfoque da segurança jurídica é o seu caráter instrumental, em razão do qual busca concretizar outros valores existentes no ordenamento jurídico, como aqueles contemplados no texto constitucional, a exemplo dos direitos e garantias fundamentais, a dignidade da pessoa humana. Assim, a construção do conceito de segurança jurídica há de se pautar pelas garantias fundamentais estabelecidas no ordenamento jurídico e valores constitucionais.

12. O contrato de trabalho é um contrato que se desenvolve no tempo, mais, ou menos, extenso. Isso decorre do princípio da continuidade, que tem, como uma de suas expressões, aquela que orienta uma opção normativa no sentido de que os contratos de trabalho não devem nascer já com o seu final previsto, antes, deve permitir às partes a manutenção do vínculo enquanto lhes for ideal, ao mesmo tempo que assegura-lhes uma liberdade de rompimento do contrato segundo os seus interesses.

Intimamente ligada ao princípio da continuidade é a estabilidade no emprego. Trata-se a estabilidade, de uma contribuição brasileira para o mundo laboral estrangeiro, e teve como finalidade inicial a de assegurar a viabilidade da previdência social: mantidos os contratos de trabalho, asseguravam-se aportes financeiros, de forma a permitir a criação de condições financeiras para o pagamento dos benefícios previdenciários. Em vários graus e sob diversas espécies, o ordenamento brasileiro contempla a manutenção do vínculo de emprego.

Assim, a estabilidade é da essência do contrato de trabalho, de forma que a inserção do empregado no seio da empresa e a efetividade da relação de emprego possuem um interesse social. Trata-se da noção de estabilidade social, que assegura um conteúdo de estabilidade mínimo para os seus protagonistas, propiciando um equilíbrio social.

13. Uma das características mais patentes no contrato de trabalho consiste no poder empregatício, conjunto de prerrogativas assentadas inclusive constitucionalmente que

asseguram ao empregador o direito de organizar a atividade empresarial bem como disciplinar as relações internas, inclusive o direcionamento da forma de trabalho.

14. Em razão dessa prerrogativa, o empregador pode realizar alterações contratuais, dispondo, dentro de certos limites fixados na ordem jurídica, como o trabalho será realizado. Assim, pode determinar que o empregado passe a ocupar cargos de confiança da mesma forma como pode reverter o empregado ao cargo definitivo.

A reversão ao cargo definitivo, nesse caso, não viola o princípio da proteção. Não se trata de uma alteração contratual ilícita, antes, está expressamente admitida no ordenamento pátrio uma vez que o exercício do cargo de confiança é, naturalmente, precário, e depende do grau de confiança que o empregador possui naquele empregado. O exercício do cargo de confiança assegura, por via de regra, a percepção de um valor a título de gratificação. A reversão ao cargo definitivo autoriza que haja a supressão de parcela salarial, igualmente, lícito.

A Lei 13.467/2017 veio, de forma expressa, assentar que a reversão ao cargo definitivo pode ser realizada independentemente do tempo de exercício do cargo de confiança, contrariamente ao que estabelecia a jurisprudência trabalhista, que entendia ser possível tal reversão a qualquer momento, mas a supressão salarial, quando houve exercício do cargo por mais de 10 anos, seria possível apenas se houvesse um motivo legítimo.

Esse entendimento conseguia compatibilizar a liberdade do empregador e o exercício de seu poder empregatício com os interesses legítimos e a estabilidade financeira do empregado.

15. Apesar de ser um princípio geral de direito, a boa-fé foi completamente ignorada pela reforma trabalhista, salvo aquela que deve imperar no processo – cuja regulamentação seria despicienda porque já se recorria à previsão do CPC increpar da litigância de má-fé.

A boa-fé possui diversas funções: hermenêutica, integradora e corretora.

Além disso, a boa-fé manifesta-se através de diversas formas, que são as suas figuras parcelares: a) *non venire contra factum proprium*; b) *tu quoque*; c) inalegabilidade das nulidades formais; d) *supressio* (e sua correspondente *surrectio*); e) *exceptio doli*; f) desequilíbrio no exercício jurídico; g) “stoppel”; h) *duty mitigate the loss*.

Desse rol, duas figuras guardam proximidade com a presente pesquisa.

A primeira delas consiste no *non venire contra factum proprium*, figura que orienta ser vedado o exercício de uma posição jurídica em contradição com o comportamento

anteriormente adotado. É a contradição entre dois atos praticados pelo agente. Assim, aquele que prometeu algo expressamente ou adotou condutas que induziam a um determinado sentido não poderá, em razão da boa-fé objetiva, sob esse prisma, adotar um comportamento contrário.

A segunda figura consiste na *supressio*, em razão da qual o sujeito possui a faculdade de agir na tutela de seu interesse, todavia deixa de fazê-lo por um largo tempo. Trata-se de figura direcionada quase exclusivamente ao empregador, como ocorre, por exemplo, no perdão tácito pela não aplicação da punição em razão de falta do empregado.

16. O poder empregatício, como visto, está intimamente vinculado à autonomia de vontade do empregador, cujo exercício tem a característica de gerar expectativas legítimas, sendo ilícita qualquer frustração sem uma causa que possa justificá-la, uma vez que a pessoa não pode ficar à mercê da vontade da outra pessoa, ainda que essa vontade seja fulcrada em um texto legal, sob pena de violar o princípio da segurança jurídica, sob o prisma da confiança.

É o que se dá, portanto, no tema da reversão do empregado ao cargo efetivo e a supressão da gratificação salarial respectiva.

O empregado, quando passa a ocupar cargo de confiança, sabe que aquela lotação poderá ser algo temporário em face da precariedade que o ordenamento jurídico-trabalhista reconhece a essa situação fática. Ocorre que nas hipóteses de exercício por um longo tempo do cargo de confiança e a correspondente percepção da gratificação de função, a previsão inserta no art. 468, § 2º, da CLT não autoriza o reconhecimento de validade à supressão salarial da gratificação de função por contrariar a exigência de uma estabilidade financeira ao empregado e, conseqüentemente, por violar o princípio da segurança jurídica, sob a perspectiva da proteção à confiança.

Assim, é necessário que seja realizada a interpretação conforme a Constituição do § 2º do art. 468 da CLT.

17. Uma das condições necessárias para que haja segurança jurídica consiste na qualidade das leis. Uma legislação que se caracteriza pela sua elevada qualidade técnica e por uma linguagem que viabiliza a compreensão por parte dos destinatários tem a possibilidade de oferecer a resposta mais segura ao caso concreto. Por outro lado, leis com esse deficit qualitativo potencializam a insegurança jurídica.

18. A existência de lacunas e contradições no ordenamento jurídico são falhas que contribuem para que haja uma indeterminação quanto às regras jurídicas aplicáveis às relações jurídico-trabalhistas e, conseqüentemente, importam em uma insegurança jurídica.

19. O legislador pode adotar textos mais claros e diretos. Ao utilizar-se dessa técnica redacional mais precisa, objetiva-se diminuir espaços duvidosos na interpretação, o que tem o condão de potencializar a segurança jurídica sob o prisma da previsibilidade, à medida que os destinatários das normas têm condições de conhecer o teor da norma, o seu alcance, o seu significado e, conseqüentemente, comportar-se segundo essa previsão.

Por outro lado, propugna-se pela adoção de técnicas de expressão linguística que permitam uma oxigenação e a evolução da norma e que possibilitem a sua plasticidade às relações sociais. São as cláusulas gerais e o termos jurídicos indeterminados. Essa técnica, todavia, tem o condão de tornar mais inseguro o Direito.

20. Em razão desses aspectos, afigura-se importante que haja a possibilidade de uma uniformização das decisões dos tribunais. A jurisprudência exterioriza a compreensão que o Judiciário, enquanto manifestação estatal, possui em relação ao Direito, oferecendo às pessoas a previsibilidade, cognoscibilidade e calculabilidade necessárias para que possam não apenas agir, mas também definir as suas expectativas de toda ordem (social, afetiva, econômica etc.). Trata-se de um fator observado pelas pessoas em suas relações jurídicas, porque as decisões do Judiciário, mormente quando emanadas dos órgãos de cúpula, atuam como orientadoras de comportamento e dissuasórias de comportamentos em sentido contrário ao reconhecido jurisprudencialmente.

Da mesma forma, a jurisprudência tem o condão servir como um parâmetro, também, para os órgãos julgadores sobre a compreensão a respeito dos temas que lhes são submetidos. A atenção e o respeito por parte dos juízes à jurisprudência corresponde a um dos elementos de legitimação de sua razão de ser.

Assim, a possibilidade de haver uma uniformização jurisprudencial consiste em um fator de estabilidade, previsibilidade e calculabilidade.

21. A uniformização jurisprudencial por meio dos enunciados sumulares, além de promover uma racionalidade do sistema processual, assegura uma relação de confiabilidade, previsibilidade e calculabilidade por parte dos jurisdicionados quanto ao posicionamento dos

tribunais, de forma que jurisdicionados e os próprios órgãos julgadores orientem-se conforme aquele direcionamento contido nos textos sumulares. Isso significa que tais verbetes sumulares promovem a observância do princípio da segurança jurídica.

Mas, apesar da compreensão da necessidade de uniformização jurisprudencial como forma de concretização da segurança jurídica, a reforma trabalhista cria óbices irrazoáveis, senão intransponíveis, por parte dos tribunais na edição de enunciados sumulares, o que viola de forma flagrante o princípio da segurança jurídica, de forma que tal alteração normativa afigura-se inconstitucional.

22. Ademais, a segurança (às vezes, a insegurança jurídica) esteve presente em outras alterações provocadas pela lei 13.467/2017.

23. A sucessão de diplomas normativos – vigência da Lei 13.467/2017, imediata edição da Medida Provisória n. 808, que, não obstante, perdeu a eficácia – importa em uma indefinição comprometedora da segurança jurídica quanto à determinação de qual norma deve ser aplicada. Essa situação se espalha também no âmbito do processo, gerando questionamentos que poderiam ter sido solucionados pelo legislador. Portanto, exigir-se-á um sobre-esforço hermenêutico na tarefa de solidificar entendimentos que não comprometam o acesso à justiça e a segurança jurídica.

24. Uma grande atenção à segurança jurídica conferida pela Lei 13.467/2017 foi a pretensão de estabelecer critérios para a responsabilização dos sócios, no que caminhou bem a opção legal, face à indefinição que anteriormente havia. Não obstante, enxerga-se inconstitucionalidade ao ser fixado o prazo de 2 (dois) anos após a retirada dos sócios.

25. A regulamentação da dinamização do ônus da prova foi um ganho em termos de efetividade do acesso à justiça, que não se satisfaz apenas com o acesso formal, mas também à efetiva possibilidade assegurada à parte em trazer elementos probatórios para os autos. Ademais, a segurança jurídica, neste caso, teve um incremento porque foram fixados critérios para a inversão do ônus da prova.

26 A adoção explícita do acordo judicial igualmente concretiza o princípio de segurança jurídica ao possibilitar uma confiabilidade nos atos dos integrantes da relação jurídica trabalhista.

27. Por outro lado, ao antecipar a discussão sobre o valor a ser executado, o legislador deixou diversos questionamentos comprometedores da segurança jurídica. Da mesma forma, houve esse comprometimento ao ser fixado mais um filtro na admissibilidade dos recursos de revista, o que tornará ainda mais difícil, pelo estreitamento que provoca, a uniformização jurisprudencial.

28. Potencialmente comprometedora da segurança jurídica é a adoção do instituto da arbitragem no âmbito do Direito do Trabalho. Embora o ordenamento jurídico busque contemplar os mecanismos extrajudiciais de solução dos conflitos, a regulamentação sintética realizada pela Lei 13.467/2017 pode permitir a utilização da arbitragem uma aptidão para a supressão de direitos trabalhistas. Para evitar toda a insegurança causada por essa situação, o presente trabalho propôs critérios para que a arbitragem seja colocada em prática no âmbito juslaboral.

29. Ao final do presente estudo, pode-se concluir que a segurança jurídica, a despeito de encontrar seu fundamento na Constituição Federal, o que exige uma nova conformação conceitual, foi um princípio reiteradamente contrariado pela Lei 13.467/2017. As contrariedades identificadas têm o condão de reputar diversas alterações realizadas por esse diploma legal como inconstitucionais, por violar todo o microsistema de proteção ao trabalho.

REFERÊNCIAS³²¹

ABBOUD, Georges; TESCARI, Renato Mantoanelli. O lugar da linguagem no direito: prolegômenos sobre a filosofia da linguagem e sua aplicação no direito contemporâneo. **Revista dos Tribunais**, v. 998, dez. 2018, p. 561-582.

ABBOUD, Geoges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Introdução à teoria e à filosofia do direito**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

ABBOUD, Georges. **Jurisdição constitucional e os direitos fundamentais**. São Paulo: Editora RT, 2011.

ABDALA, Vantuil. **Rev. TST**, São Paulo, v. 84, no 3, jul/set 2018, p. 81-88.

ABREU FILHO, José. **O Negócio jurídico e sua teoria geral**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

ABREU, Vinícius Caldas da Gama; SILVA, Bruno Campos. **Densidade e eficácia normativa do art. 926 do código de processo civil**: estabilidade, coerência e integridade da jurisprudência dos tribunais. (Mensagem recebida por radsonrangel36@hotmail.com em 23 mar. 2019).

ADEODATO, João Maurício Leitão. **Norma jurídica como expressão simbólica**. RJLB, ano 3, 2017, p. 257-288.

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. A boa-fé na relação de consumo. In: MARQUES, Claudia; MIRAGEM, Bruno (org.). **Direito do consumidor**: fundamentos do direito do consumidor: princípios do direito do consumidor, microsistema de defesa do consumidor e sua aplicação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 1. (Doutrinas essenciais). p. 377-387.

ALMEIDA, Cleber Lúcio. A responsabilidade pela reparação de danos processuais na reforma trabalhista. In: HORTA, Denise Alves; et al. (coord.). **Direito do Trabalho e Processo do Trabalho: reforma trabalhista**: principais alterações – atualizado de acordo com a MP n. 808 de 14 de novembro de 2017. São Paulo: LTr, 2018.

ALVIM, Arruda. **Manual de direito processual civil**. I. 5. ed. São Paulo: Editora RT, 1996.

AMADO, João Leal; MOREIRA, Teresa Coelho. A lei portuguesa sobre o transporte de passageiros a partir de plataforma eletrónica: sujeitos, relações e presunções. *In: Labour & Law Issues*. v. 5, n. 1, 2019. ISSN:2421-2695, p. 49-78

321 De acordo com a Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT NBR 6023).

ANDRADE, Everaldo Gaspar Lopes de. **Princípios de direito do trabalho: fundamentos teórico-filosóficos**. São Paulo: LTr, 2008.

ASSIS, Araken de. **Manual dos recursos**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2008.

ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. **A inércia argumentativa no processo civil brasileiro**. 2017, 341 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2017.

ATALIBA, Geraldo. **República e Constituição**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 180-181.

ÁVILA, Humberto. **Teoria da segurança jurídica**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário**. Malheiros Editores, 2011.

AZEVEDO NETO, Platon Teixeira de. *In*: FONSECA, Rodrigo Dias da (coord.). **Reforma trabalhista comentada: Lei nº 13.467/2017: análise de todos os artigos**. Florianópolis, Empório do Direito, 2017.

BATAGLIA, Felice. **Filosofia do trabalho**. São Paulo: Saraiva S/A Livreiros Editôres. 1958.

BARBERIS, Mauro. El Realismo jurídico europeo-continental. *In* ZAMORA, Jorge Luis Fabra, VAQUERO, Álvaro Nuñez (orgs.). **Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho**. Cidade do México. Universidade Nacional Autónoma de México. Instituto de investigaciones jurídicas, 2015, p. 227-240. Disponível em: biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?I=3875. Acesso em: 26 ago. 2017.

BARBI, Marcelo Vedação à despesa-surpresa e honorários advocatícios no Novo Código de Processo Civil. *In*: CARVALHO FILHO, Antônio; SAMPAIO JUNIOR, Herval (org.). **Os Juízes e o novo CPC**. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 167-175

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

BARCELLOS, Ana Paula de. Normatividade dos princípios e o princípio da dignidade da pessoa humana na Constituição de 1988. **Revista de Direito Administrativo**. FGV Direito Rio Editora. n. 221, jul./set. 2000, p. 159-188. DOI: <http://dx.doi.org/10.12660/rda.v221.2000.47588>.

BARROSO, Luís Roberto. Em algum lugar do passado: segurança jurídica, direito intertemporal e o novo Código Civil. *In*: ROCHA, Carmen Lúcia Antunes (coord.). **Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada: estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence**. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 137-164

BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e interpretação constitucional**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 13. ed., reformulada de acordo com a Constituição Federal de 1988. São Paulo: Saraiva, 1991.

BERNARDES, Felipe. **Arbitragem no processo do trabalho após a reforma trabalhista**. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/reforma-trabalhista/arbitragem-no-processo-do-trabalho-apos-reforma-trabalhista-08022018>. Acesso em: 08 fev. 2018.

BERTEA, Stefano. **Certezza del diritto e argomentazione giuridica**. Cantazaro: Rubbettino Editore. 2002.

BERTEA, Stefano. “La concezione della certezza del diritto nel dibattito teorico-giuridico contemporaneo”. **Materiali per una storia della cultura giuridica**. XXXI, 2001, 131-164”. Obtido em: https://www.academia.edu/18009827/La_concezione_della_certezza_del_diritto_nel_dibattito_teorico-giuridico_contemporaneo. Acesso em: 31 mai. 19

BITTAR, Eduardo C. B. **O direito na pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005

BIZELLI, Rafael Ferreira. **Contrato existencial: evolução dos modelos contratuais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2018.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 2. ed. 2ª reimp. São Paulo: EDIPRO, 2014.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense.

BRASIL, Natália Marques Abramides. **Relações de trabalho em plataformas digitais: Desafios ao modelo tradicional do Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 598.099**. Órgão Julgador: Pleno. Rel. min.: Gilmar Mendes. Dt. Julg.: 10/08/11. DJe-189 DIVULG 30-09-2011 PUBLIC 03-10-2011. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+598099%2ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EACMS%2E+ADJ2+598099%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/b278fvy>. Acesso em: 25 jul. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 804.515**. Órgão Julgador: Segunda Turma. Rel. min.: Dias Toffoli.. Dt. Julg.: 07/05/18. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+804515%2ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EACMS%2E+ADJ2+804515%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ookrpfm>. Acesso em: 25 jul. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgInt no AREsp 1192648**. Rel. Min.: Ministro RAUL ARAÚJO. 4ª T. Dt. Julg. 27/11/2018. Pub.: DJe 04/12/2018. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 25 jul. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgInt no AREsp 860025 / GO**
Rel. Min.: Luis Felipe Salomão. 2016/0031327-2. 4ª T. Dt. Julg.: 24.5.16. Dt. Pub.: DJE
1.6.16. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 25 jul. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 578**. Dt. Julg.: 22/06/16. Dt. Pub.: DJE
27/06/2016. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 25 jul. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 396386**. Rel. Min.: CARLOS VELLOSO
2ª T. Dtl. Julg.: 29/06/2004. Pub.: DJ 13-08-2004 PP-0028. Disponível em:
<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+396386%2ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EACMS%2E+ADJ2+396386%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/kwbwts2>. Acesso em: 25 jul. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 629053**. Rel. Min.: Alexandre de Moraes.
Tribunal Pleno. Dt. Julg.: 10/10/2018. Pub.: DJe-040 DIVULG 26-02-2019 PUBLIC 27-02-
201. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+629053%2ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EACMS%2E+ADJ2+629053%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/aeutzeo>. Acesso em: 25 jul. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 477554** Rel. Min.: CELSO DE MELLO. 2ª T. Dt.
Julg.: 16/08/11. Dt. Pub.: DJe-164 DIVULG 25-08-2011 PUBLIC 26-08-2011. Disponível
em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+477554%2ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EACMS%2E+ADJ2+477554%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/plt9r89>. Acesso em: 25 jul. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 594296** Rel. Min.: DIAS TOFFOLI. Pleno. Dt.
Julg.: 21/09/2011. Dt. Pub.: DJe-030 DIVULG 10-02-2012 PUBLIC 13-02-2012
Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+594296%2ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EACMS%2E+ADJ2+594296%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/b8hmrrr>. Acesso em: 25 jul. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ARE 709212**
Relator(a): Min. GILMAR MENDES. Tribunal Pleno. Dt. Julg.: 13/11/2014. Dt. Pub.: DJe-
032 DIVULG 18-02-2015 PUBLIC 19-02-2015. Disponível em:
<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ARE%24%2ESCLA%2E+E+709212%2ENUME%2E%29+OU+%28ARE%2EACMS%2E+ADJ2+709212%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/bpt4zam>. Acesso em: 25 jul. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 323 MC**. Rel. Min.: GILMAR MENDES
Dt. Julg.: 14/10/2016. Dt. Pub.: DJe-222 DIVULG 18/10/2016 PUBLIC 19/10/2016
Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADPF%24%2ESCLA%2E+E+323%2ENUME%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/ox9fhpo>. Acesso em: 25 jul. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **CC 7204**. Rel. min.: CARLOS BRITTO

Tribunal Pleno. Dt. Julg.: 29/06/2005. Dt. Pub.: DJ 09-12-2005 PP-00005 Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28CC%24%2ESCLA%2E+E+7204%2ENUME%2E%29+OU+%28CC%2EACMS%2E+ADJ2+7204%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/a7rdyzv>. Acesso em: 25 jul. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 3104**. Rel. Min.: CÁRMEN LÚCIA. Tribunal Pleno. Dt. Julg.: 26/09/2007. Dt. Pub.: DJe-139 DIVULG 08-11-2007 PUBLIC 09-11-2007. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+3104%2ENUME%2E%29+OU+%28ADI%2EACMS%2E+ADJ2+3104%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/m8vb58j>. Acesso em: 25 jul. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante 8**. Data da aprovação: Sessão Plenária de 07/05/2008. Fonte de Publicação: DJe nº 88 de 16/05/2008, p. 1. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=6.NUME.%20E%20S.FLSV.&base=baseSumulasVinculantes>; Acesso em 25 jul. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante 10**. Data de Aprovação: Sessão Plenária de 18/06/2008. Fonte de Publicação: DJe nº 117 de 27/6/2008, p. 1. DOU de 27/6/2008, p. 1. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=10.NUME.%20E%20S.FLSV.&base=baseSumulasVinculantes>. Acesso em: 25 jul. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 346**. Data de Aprovação: Sessão Plenária de 13/12/1963. Fonte de Publicação: Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal – Anexo ao Regimento Interno. Edição: Imprensa Nacional, 1964, p. 151. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=346.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>. Acesso em 25 jul. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 473**. Data de Aprovação: Sessão Plenária de 03/12/1969. Fonte de Publicação: DJ de 10/12/1969, p. 5929; DJ de 11/12/1969, p. 5945; DJ de 12/12/1969, p. 5993. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=473.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>. Acesso em: 25 jul. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 509**. Data de Aprovação: Sessão Plenária de 03/12/1969. Fonte de Publicação: DJ de 10/12/1969, p. 5932; DJ de 11/12/1969, p. 5948; DJ de 12/12/1969, p. 5996. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=509.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>. Acesso em: 25 jul. 2019.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. **Proc. 0010388-68.2016.15.0127**. Órgão Julgador: 3ª Câmara. Rel. Marina de Siqueira Ferreira Zervbinatt. Dt. Pub.: 20/04/20018. Disponível em: www.trt15.jus.br. Acesso em: 25 jul. 2019.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho 18ª Região. **Súmula 21**. (RA nº 78/2011, DJE – 26.08.2011, 29.08.2011 e 30.08.2011 – Cancelada pela RA nº 90/2012, DJE – 17.10.2012, 18.10.2012 e 19.10.2012). Disponível em: <http://www.trt18.jus.br/portal/bases-juridicas/sumulas/sumula-trt18/>. Acesso em 25 jul. 2019.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho 18ª Região. **Súmula 51**. (RA nº 079/2016 – DEJT: 21.06.2016, 22.06.2016, 23.06.2016). Disponível em: <http://www.trt18.jus.br/portal/bases-juridicas/sumulas/sumula-trt18/>. Acesso em 25 jul. 2019.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **SDC. RODC 309/2009-00-15-00**. Dt. Julg.: 10/08/09. Dt. Pub.: DJE 04/09/09. Disponível em: www.tst.jus.br. Acesso em 25 jul. 2019.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. 4ª T. **RR-37500-76.2005.5.15.0004**, 4ª Turma, Relator Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, DEJT 06/12/2012. Disponível em: www.tst.jus.br. Acesso em: 25 jul. 2019.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. 7ª T. Rel. desembargador convidado: Ubirajara Carlos Mendes. **AgAIRR 1002367-08.2014.5.02.0422**. DEJT 09/11/18. Disponível em: www.tst.jus.br. Acesso em 25 jul. 2019.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **AgAIRR 1002367-08.2014.5.02.0422**. 6ª T. Rel. desembargadora convocada Cilene Ferreira Amaro Santos. convidado: Ubirajara Carlos Mendes. DEJT 09/11/18. Disponível em: www.tst.jus.br. Acesso em 25 jul. 2019.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho (TST). **Secretaria-Geral Judiciária**. Coordenadoria de Jurisprudência. Súmulas, Orientações Jurisprudenciais (Tribunal Pleno / Órgão Especial, SBDI-I, SBDI-I Transitória, SBDI-II e SDC), Precedentes Normativos [recurso eletrônico] – Brasília Disponível em: <http://www.tst.jus.br/documents/10157/63003/Livro-Internet.pdf>. Acesso em: 25 jul. 2019.

BRASIL. **CONSTITUIÇÃO (1891)**. CONSTITUIÇÃO DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL (DE 24 DE FEVEREIRO DE 1891). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm. Acesso em: 19 jul. 2019.

BRASIL. **CONSTITUIÇÃO (1946)**. CONSTITUIÇÃO DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL (DE 18 DE SETEMBRO DE 1946). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm. Acesso em: 19 jul. 2019.

BRASIL. **CONSTITUIÇÃO (1988)**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 19 jul. 2019.

BRASIL. **CONSTITUIÇÃO. EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 20, DE 15 DE DEZEMBRO DE 1998**. Modifica o sistema de previdência social, estabelece normas de transição e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc20.htm. Acesso em: 19 jul. 2019.

BRASIL. **CONSTITUIÇÃO. EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 32, DE 11 DE SETEMBRO DE 2001**. Altera dispositivos dos arts. 48, 57, 61, 62, 64, 66, 84, 88 e 246 da Constituição Federal, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc32.htm. Acesso em: 19 jul. 2019.

BRASIL. CONSTITUIÇÃO. **EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 45**, DE 30 DE DEZEMBRO DE 2004. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm. Acesso em: 19 jul. 2019.

BRASIL. **DECRETO-LEI Nº 4.657**, DE 4 DE SETEMBRO DE 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em: 19 jul. 2019.

BRASIL. **Decreto nº 24.274**, de 22 de Maio de 1934. Crea a Caixa de Aposentadoria e Pensões dos Trabalhadores em Trapiches e Armazens de Café e dá outras providências. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-24274-22-maio-1934-515162-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 19 jul. 2019.

BRASIL. **DECRETO Nº 4.682**, DE 24 DE JANEIRO DE 1923. Crea, em cada uma das empresas de estradas de ferro existentes no país, uma caixa de aposentadoria e pensões para os respectivos empregados. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/historicos/dpl/DPL4682-1923.htm. Acesso em: 19 jul. 2019.

BRASIL. **DECRETO Nº 5.109**, DE 20 DE DEZEMBRO DE 1926. Estende o regimen do decreto legislativo n. 4.682, de 24 de janeiro de 1923, a outras empresas. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1920-1929/decreto-5109-20-dezembro-1926-564656-publicacaooriginal-88603-pl.html>. Acesso em: 19 jul. 2019.

BRASIL. **Decreto nº 22.096**, de 16 de Novembro de 1932. Extende aos serviços de mineração, em geral, as disposições do decreto n. 20.465, de 1 de outubro de 1931, com as modificações constantes do de n. 21.081 de 24 de fevereiro de 1932. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-22096-16-novembro-1932-525102-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 19 jul. 2019.

BRASIL. **Decreto nº 24.275**, de 22 de Maio de 1934. Crea a Caixa de Aposentadoria e Pensões dos Operarios estivadores e dá outras providências. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-24275-22-maio-1934-515163-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 19 jul. 2019.

BRASIL. **DECRETO N. 24.615** – DE 9 DE JULHO DE 1934. Cria o Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Bancários. Disponível em: <http://legis.senado.leg.br/norma/447100/publicacao/15808538>. Acesso em: 19 Jul. 2019.

BRASIL. **DECRETO Nº 1.254**, DE 29 DE SETEMBRO DE 1994. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D1254.htm. Acesso em: 19 jul. 2019.

BRASIL. **DECRETO Nº 6.949**, DE 25 DE AGOSTO DE 2009. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D6949.htm. Acesso em: 19 jul. 2019.

BRASIL. **DECRETO-LEI Nº 5.452**, DE 1º DE MAIO DE 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 19 jul. 2019.

BRASIL. **DECRETO-LEI Nº 70**, DE 21 DE NOVEMBRO DE 1966. Autoriza o funcionamento de associações de poupança e empréstimo, institui a cédula hipotecária e dá outras providências. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del0070-66.htm. Acesso em: 19 jul. 2019.

BRASIL. **LEI Nº 556**, DE 25 DE JUNHO DE 1850. Código Comercial. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/10556-1850.htm. Acesso em: 19 jul. 2019.

BRASIL. **LEI Nº 62**, DE 5 DE JUNHO DE 1935. Assegura ao empregado da industria ou do commercio uma indemnização quando não exista prazo estipulado para a terminação do respectivo contracto de trabalho e quando for despedido sem justa causa, e dá outras providencias. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1930-1949/10062.htm. Acesso em: 19 jul. 2019.

BRASIL. **LEI Nº 605**, DE 5 DE JANEIRO DE 1949. Repouso semanal remunerado e o pagamento de salário nos dias feriados civis e religiosos. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L0605.htm. Acesso em: 19 jul. 2019.

BRASIL. **LEI Nº 3.207**, DE 18 DE JULHO DE 1957. Regulamenta as atividades dos empregados vendedores, viajantes ou pracistas. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3207.htm. Acesso em: 19 Jul. 2019.

BRASIL. **LEI Nº 4.632**, DE 18 DE MAIO DE 1965. Altera o art. 64 do Código de Processo Civil (Decreto-lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939). Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1950-1969/L4632.htm. Acesso em: 19 Jul. 2019.

BRASIL. **LEI Nº 4.737**, DE 15 DE JULHO DE 1965. Institui o Código Eleitoral. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14737.htm. Acesso em: 19 jul. 2019.

BRASIL. **LEI Nº 7.701**, DE 21 DE DEZEMBRO DE 1988. Dispõe sobre a especialização de Turmas dos Tribunais do Trabalho em processos coletivos e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7701.htm. Acesso em: 19 jul. 2019.

BRASIL. **LEI Nº 8.036**, DE 11 DE MAIO DE 1990. Dispõe sobre o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, e dá outras providências. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18036consol.htm. Acesso em: 19 jul. 2019.

BRASIL. **LEI Nº 8.078, DE 11 DE SETEMBRO DE 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm. Acesso em: 19 Jul. 2019.

BRASIL. **LEI Nº 8.112**, DE 11 DE DEZEMBRO DE 1990. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais.

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8112cons.htm. Acesso em: 19 jul. 2019.

BRASIL. **LEI Nº 8.213**, DE 24 DE JULHO DE 1991. Disponível em: Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências.

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm. Acesso em: 19 jul. 2019.

BRASIL. **LEI Nº 9.029**, DE 13 DE ABRIL DE 1995. Proíbe a exigência de atestados de gravidez e esterilização, e outras práticas discriminatórias, para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho, e dá outras providências. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9029.htm. Acesso em: 19 jul. 2019.

BRASIL. **LEI Nº 9.096**, DE 19 DE SETEMBRO DE 1995. Dispõe sobre partidos políticos, regulamenta os arts. 17 e 14, § 3º, inciso V, da Constituição Federal. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9096.htm. Acesso em: 19 jul. 2019.

BRASIL. **LEI Nº 9.307**, DE 23 DE SETEMBRO DE 1996. Dispõe sobre a arbitragem .

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm. Acesso em: 19 Jul. 2019.

BRASIL. **LEI Nº 9.504**, DE 30 DE SETEMBRO DE 1997. Estabelece normas para as eleições. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9504.htm. Acesso em: 19 jul. 2019.

BRASIL. **LEI Nº 9.784**, DE 29 DE JANEIRO DE 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9784.htm. Acesso em: 19 jul. 2019.

BRASIL. **LEI Nº 9.868**, DE 10 DE NOVEMBRO DE 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9868.htm. Acesso em: 19 jul. 2019.

BRASIL. **LEI Nº 10.101**, DE 19 DE DEZEMBRO DE 2000. Dispõe sobre a participação dos trabalhadores nos lucros ou resultados da empresa e dá outras providências. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l10101.htm. Acesso em: 19 jul. 2019.

BRASIL. **LEI Nº 10.406**, DE 10 DE JANEIRO DE 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 19 jul. 2019.

BRASIL. **LEI Nº 12.815**, DE 5 DE JUNHO DE 2013. Dispõe sobre a exploração direta e indireta pela União de portos e instalações portuárias e sobre as atividades desempenhadas pelos operadores portuários; altera as Leis nºs 5.025, de 10 de junho de 1966, 10.233, de 5 de junho de 2001, 10.683, de 28 de maio de 2003, 9.719, de 27 de novembro de 1998, e 8.213, de 24 de julho de 1991; revoga as Leis nºs 8.630, de 25 de fevereiro de 1993, e 11.610, de 12 de dezembro de 2007, e dispositivos das Leis nºs 11.314, de 3 de julho de 2006, e 11.518, de 5 de setembro de 2007; e dá outras providências. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12815.htm. Acesso em: 19 Jul. 2019.

BRASIL. **LEI Nº 12.965**, DE 23 DE ABRIL DE 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2014/lei-12965-23-abril-2014-778630-norma-pl.html>. Acesso em: 19 jul. 2019.

BRASIL. **LEI Nº 13.105**, DE 16 DE MARÇO DE 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 19 jul. 2019.

BRASIL. **LEI Nº 13.140**, DE 26 DE JUNHO DE 2015. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113140.htm. Acesso em: 19 jul. 2019.

BRASIL. **LEI Nº 13.467**, DE 13 DE JULHO DE 2017. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113467.htm. Acesso em: 19 jul. 2019.

BRASIL. **LEI COMPLEMENTAR Nº 75**, DE 20 DE MAIO DE 1993. Dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp75.htm. Acesso em: 19 jul. 2019.

BRASIL. **LEI COMPLEMENTAR Nº 95**, DE 26 DE FEVEREIRO DE 1998. Dispõe sobre a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis, conforme determina o parágrafo único do art. 59 da Constituição Federal, e estabelece normas para a consolidação dos atos normativos que menciona. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp95.htm. Acesso em: 19 jul. 2019.

BRASIL. **Medida provisória nº 808**, de 14 de novembro de 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Mpv/mpv808.htm. Acesso em: 19 jul. 2019.

BRASIL. NR 17 - **ERGONOMIA**. Disponível em: <https://enit.trabalho.gov.br/portal/index.php/seguranca-e-saude-no-trabalho/sst-menu/sst-normatizacao/sst-nr-portugues?view=default>. Acesso em: 19 jul. 2019.

BRASIL. NR 31 - **SEGURANÇA E SAÚDE NO TRABALHO NA AGRICULTURA, PECUÁRIA SILVICULTURA, EXPLORAÇÃO FLORESTAL E AQUICULTURA**. Disponível em: <https://enit.trabalho.gov.br/portal/index.php/seguranca-e-saude-no-trabalho/sst-menu/sst-normatizacao/sst-nr-portugues?view=default>. Acesso em: 19 jul. 2019.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Conflitos normativos e decisões *contra legem*: uma nota sobre a superabilidade das regras jurídicas. In: FELLETT, André Luiz Fernandes; *et al.* (org.) **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 115-143.

BUZAID, Alfredo. (1962). Do ônus da prova. **Revista da Faculdade de Direito**, Universidade de São Paulo, 57, 113-140. Disponível em: <https://doi.org/10.11606/issn.2318-8235.v57i0p113-140>. Acesso em: 16 out. 18.

CABRAL, Antonio do Passo. **Coisa julgada e preclusões dinâmicas**: Entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis. 2. ed.

CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. A força dos precedentes no moderno processo civil brasileiro. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). **Direito jurisprudencial**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 553-674.

CAMBI, Eduardo. **Direito constitucional à prova no processo civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001a.

CAMBI, Eduardo. Jurisprudência lotérica. **Revista dos tribunais**, v. 786, abr./2001b, p. 108-128.

CAMINO, Carmen. **Direito individual do trabalho**. 2. ed. Porto Alegre: Síntese, 1999.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional**. 6. edição. Coimbra: Livraria Almedina, 1993, p. 166-374.

CARDOSO, Jair Aparecido; DUARTE, Radson Rangel F. In: Jurisprudência trabalhista: uma análise cartográfica de modelos decisórios. **Revista Pensamento Jurídico**, São Paulo – vol. 12, Nº 2, jul./dez. 2018. p. 234-261.

CARDOSO, Jair Aparecido. **Contrato de trabalho realidade no direito do trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2013.

CARDOSO, Jair Aparecido. **A estabilidade no Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2008.

CARREIRA, Guilherme Sarri. **O princípio da segurança jurídica e a superação do precedente judicial**. Dissertação (mestrado). 170p. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo. 2013.

CARVALHO DIAS, Ronaldo Brêtas de; *et al.* **Estudo sistemático do NCPC**: com as alterações introduzidas pela Lei nº 13.256, de 4/2/2016.

CASTANHEIRA NEVES, António. O direito como alternativa humana. Notas de reflexão sobre o problema actual do direito. In: **Revista de direito comparado luso-brasileiro**. Ano IV, n. 7. Rio de Janeiro: Forense, 1988, p.10-36.

CASTRO FILHO, José Olympio de. Prejulgado. In: **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**. v. 4 (1952). p. 158-171.

CATHARINO, José Martins. **Tratado jurídico do salário**. Edição fac-similada. São Paulo: LTr, 1994.

CESTARI, Roberto Tagliari. **Decisão judicial e realismo**: evolução das pesquisas sobre o comportamento judicial. 2016. 201 p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2016.

CORDEIRO, Wolney de Macedo. **Execução no processo do trabalho**. Salvador: Juspodivm, 2015.

CÔRTEZ, Maria Cristina Irigoyen Paixão; *et al.* Alteração de função. *In*: **O contrato de trabalho e sua alteração**. 2. ed. São Paulo: LTr, 1986.

COSTA, Alexandre Araújo da. **Hermenêutica jurídica**. [s.l, s.n.], 200?. Disponível em: <http://www.arcos.org.br/livros/hermeneutica-juridica/>. Acesso em: 15 jul. 2019.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Levando a imparcialidade a sério**: Proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia. Salvador: Juspodivm, 2018.

CRETELLA JUNIOR, José. **Comentários à Constituição brasileira de 1988**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991. v. 1, p. 819-820.

CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Controle de Constitucionalidade**: teoria prática. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2012.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Direito Intertemporal e o Novo Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2016a.

CUNHA, Leonardo Carneiro da, LESSA NETO, João Luiz. Mediação e conciliação no Poder Judiciário e o Novo Código de Processo civil. *In*: DIDIER JR., Fredie *et al.* (coord.). **Coleção novo CPC** – doutrina selecionada: v. I: Parte geral. Salvador: Juspodivm, 2016b, p. 383-394.

DANTAS JÚNIOR, Aldemiro Rezende. **Teoria dos atos próprios no princípio da boa-fé**. Curitiba: Juruá, 2008.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 17. ed. São Paulo: LTr, 2018.

DELGADO, Maurício Godinho. **Princípios de direito individual e coletivo do trabalho**. 4. ed. São Paulo: LTr, 2013.

DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **A reforma trabalhista no Brasil**: Com os comentários à Lei n. 13.47/2017. 2. ed. rev., atual. e ampl.. São Paulo: LTr, 2018.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Princípios da segurança jurídica no direito administrativo. *In* **Segurança jurídica no Brasil**. BOTTINO, Marco Túllio (org.). São Paulo: RG Editores, 2012, p. 159-188.

DIAS, Roberto; LAURENTIS, Lucas de. A segurança jurídica e o Supremo Tribunal Federal: modulação dos efeitos temporais no controle da constitucionalidade. *In*: VALIM, Rafael;

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; DAL POZZO, Augusto Neves (coord.). **Tratado sobre o princípio da segurança jurídica no direito administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 205-221.

DICKSTEIN, Marcelo. **A boa-fé objetiva na modificação tácita da relação jurídica: *surrectio e supressio***. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

DIDIER JR. Fredie; BRAGA, Paula S.; OLIVEIRA, Rafael A. de. **Curso de direito processual civil**. v. 2. 13. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018.

DIDIER JR., Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Benefício da justiça gratuita**. 6ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

DIDIER JR., Fredie.; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Ação rescisória e a ação de invalidação de atos processuais previstas no art. 966, § 4.º, do CPC/2015. *In: Revista de Processo: RePro*, São Paulo, v. 252, jan. 2016

DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico**: Introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Método, 2006.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. I. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002a.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. III. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores: São Paulo, 2002b.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DINIZ, Maria Helena. **As lacunas no direito**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

DIP, Ricardo Henry Marques. **Segurança jurídica e crise pós-moderna**. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

DUQUE, Bruna Lyra. **O direito contratual e a intervenção do Estado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

ENGISH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1988.

ESLAR, Karine A. O. D, LAMBERT, Jean-Marie. **A arbitragem como meio de solução de conflitos no âmbito do Mercosul**. Goiânia: Editora PUC, 2014.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2014.

FONSECA, Rodrigo Dias da. *et al.* **Reforma trabalhista comentada: Lei 13.467/2017: análise de todos os artigos**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017

FRANÇA, R. Limongi. (1971). Da jurisprudência como direito positivo. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, nº 66, 201-222. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66627>.

FREY, Carl Benedikt, OSBORNE, Michael Osborne. “**The Future of Employment: How Susceptible Are Jobs to Computerisation?**”, Oxford Martin School, Programme on the Impacts of Future Technology, University of Oxford, 17 set. 2013. Disponível em: http://www.oxfordmartin.ox.ac.uk/downloads/academic/The_Future_of_Employment.pdf?inf_contact_key=0618992509141a08491ed57cd55161a4b9c00f457af8bf78ab89e2ece0943416. Acesso em: 27 jul. 2018.

FORTINI, Cristiana. Princípio da segurança jurídica e a Lei nº 9.784/99. In: VALIM, Rafael; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; DAL POZZO, Augusto Neves (coord.). **Tratado sobre o princípio da segurança jurídica no direito administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 461-474.

GAIA, Fausto Siqueira. **Uberização do trabalho: aspectos da subordinação jurídica disruptiva**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

GOMES, Orlando, GOTTSCHALK, Elson. **Curso de direito do trabalho**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

GOMETZ, Gianmarco. **La certezza giurídica come prevedibilità**. Torino: G. Giappichelli Editore, 2005.

GOMETZ, Gianmarco. Indici di certezza giurídica. In: **Diritto e questioni pubbliche**. Palermo. 2012. Disponível em: www.dirittoeququestionipubbliche.org/page/.../stu_04-Gometz.pdf. Acesso em: 22 jul. 2019.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2016.

GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes: a interpretação/aplicação do direito e os princípios**. 9. ed. refundida do Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito. São Paulo: Malheiros, 2018.

GRILLO, Umberto Grillo. **Alteração do contrato de trabalho**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1990

GUIMARÃES, Ricardo Pereira de Freitas. **CLT Comentada**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

GUERRA FILHO, Willis Santiago; CARNIO, Gaberllini. **Introdução à sociologia do direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

HART, Hebert L. A. **O conceito de direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

HESKETH, José Luiz; COSTA, Maria T. P. M. Construção de um instrumento para medida de satisfação no trabalho. **Revista de Administração de Empresas**, São Paulo, v. 20, n. 3, p. 59-

68, set. 1980. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-75901980000300005&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 17 mai. 2018.

HOBBS, Thomas. **Leviatã** – ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil. São Paulo: Martin Claret, 2014.

HORN, Norbert. **Introdução à ciência do direito e à filosofia jurídica**. Tradução da 2. edição alemã por Elisete Antoniuk. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005.

IVANEGA, Miriam Mabel. Seguridad jurídica y buena fe em los contratos administrativos. *In*: VALIM, Rafael; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; DAL POZZO, Augusto Neves (coord.). **Tratado sobre o princípio da segurança jurídica no direito administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 523-543.

JACQUES, Paulino Jacques. **Curso de introdução ao estudo do direito**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

JOBIM, Marcos Félix. **Cultura, escolas e fases metodológicas do processo**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

JORGE JUNIOR, Alberto Gosson. **Cláusulas gerais no novo Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2004.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Tradução de José Lamego. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 605-611.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo: primeiros estudos**. 13. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

LEITE, Fernanda Menezes. **Mercado de trabalho e pessoas com deficiência: Desafios à inclusão**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

LEITER, Brian. Realismo jurídico estadounidense. *In*: ZAMORA, Jorge Luis Fabra, VAQUERO, Álvaro Nuñez (org). **Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho**. Cidade do México. Universidade Nacional Autônoma de México. Instituto de investigaciones jurídicas, 2015, p. 241-275. Disponível em: biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?I=3875. Acesso em: 26.8.17.

LIMA FILHO, Francisco das Chagas. **Os direitos fundamentais e boa-fé como limites do poder diretivo empresarial**. São Paulo: LTr, 2015.

LOPES, Mônica Sette. A intertemporalidade e a incorporação da gratificação de função. *In*: HORTA, Denize Alves; *et al.* (coord.) **Direito do trabalho e proceso do trabalho: reforma trabalhista: principais alterações – atualizado de acordo com a MP n. 808 de 124 de novembro de 2017**, São Paulo: LTr, 2018.

LUCCA, Rodrigo Ramina de. **O dever de motivação das decisões judiciais**. Salvador: Juspodivm, 2015.

MACÊDO, Lucas Buriel de; PEIXOTO, Ravi. **Ônus da prova e sua dinamização**. 2. ed. rev. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016.

MAFFINI, Rafael da Cás. Em torno da Súmula Vinculante no 3, do Supremo Tribunal Federal. *Revista de Direito Administrativo*. FGV v. 253 (2010). **Revista de Direito Administrativo** | e-ISSN: 2238-5177 | Rio de Janeiro | RJ, p. 159-172. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/8051/6841> Acesso: 18 jun. 2019.

MAFFINI, Rafael da Cás. **Princípio da proteção substancial da confiança no direito administrativo brasileiro**. Tese (Doutorado). 253p. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Faculdade de Direito. Porto Alegre. 2005.

MAGANO, Octavio Bueno. **Manual de direito do trabalho** – direito individual do trabalho – vol. II, 4. ed, São Paulo: LTr, 1993.

MALLET, Estêvão. A jurisprudência sempre deve ser aplicada retroativamente? **Rev. TST**, Brasília, vol. 71, n. 3, set/dez 2005, p. 134-149.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Sistema Brasileiro de precedentes**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

MANRIQUE, Ricardo García. Radbruch y el valor de la seguridad jurídica. *In: Anuario de filosofía del derecho*, ISSN 0518-0872, N° 21, 2004, págs. 261-286. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1217063>. Acesso em: 15 jun. 19.

MANRIQUE, Ricardo García. O discreto encanto da segurança jurídica: notas para uma reconstrução unitária da ética dos juristas. *In VALIM, Rafael; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; DAL POZZO, Augusto Neves (coord.). Tratado sobre o princípio da segurança jurídica no direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 169-188.

MARANHÃO, Délio. **Instituições de direito do trabalho**. Arnado Sússekind *et al.* (org.) 17. ed. São Paulo: LTr, 1997.

MARANHÃO, Délio. **Direito do Trabalho**. 17ª ed. FGV: Rio de Janeiro, 1993.

MARANHÃO, Ney; AZEVEDO NETO, Platon Teixeira. Novo CPC e a fundamentação sentencial exaustiva: breves pinceladas críticas. *In Revista LTr*. N° 5, maio/2015, p. 529-537.

MARCELLINO JR., Julio Cesar. **Análise econômica do acesso à justiça**: a tragédia dos custos e a questão do acesso inautêntico. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 186.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

MARQUES, Cláudia Lima. *In Manual de Direito do consumidor*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação. 2018.

MARTINS-COSTA, Judith. Princípio da confiança legítima e princípio da boa-fé objetiva. Termo de compromisso de cessação (TCC) ajustado com o CADE. critérios da interpretação contratual: os "sistemas de referência extracontratuais" ("circunstâncias do caso") e sua função no quadro semântico da conduta devida. Princípio da unidade ou coerência hermenêutica e "usos do tráfico". Adimplemento contratual. *In: Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 852, out. 2006, p. 87-126.

MARTINS-COSTA, Judith. A re-significação do princípio da segurança jurídica na relação entre o Estado e os cidadãos: a segurança como crédito de confiança. *Revista do Centro de Estudos Jurídicos*, Brasília, n. 27, p. 110-120, out./dez. 2004.

MARTINS, Raphael Manhães. Apontamentos sobre o princípio da confiança legítima no direito brasileiro. *In: Revista da EMERJ*, v. 10, n. 40, 2007, p. 177-190.

MASCHIETTO, Leonel. **A litigância de má fé na Justiça do Trabalho**: princípios, evolução histórica, preceitos legais e análise da responsabilização do advogado. São Paulo: LTr, 2007.

MASLOW, Abraham. A theory of human motivation, 1943. *In: Psychological Review*, 50, 370-396. Disponível em: <http://psychclassics.yorku.ca/Maslow/motivation.htm>. Acesso em: 26 jul. 2018.

MATSUOKA, Luciane Terumi; SILVA, Jerson Joaquim da. Os eventos e a hierarquia das necessidades humanas de Maslow: conjecturas na sociedade contemporânea. *In: Colloquium Humanarum*, Presidente Prudente, v. 10, p. 633-639, 2013.

MAZZUOLI, Valério. **O controle jurisdicional de convencionalidade das leis**. 3. ed. São Paulo: RT, 2013a.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Integração das Convenções e Recomendações internacionais da OIT no Brasil e sua aplicação sob a perspectiva do princípio *pro homine*. *Revista do TRT da 15ª Região*, Campinas, n. 43, p. 71-93, 2013b.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

MEDAUAR, Odete. Segurança jurídica e confiança legítima. *In: ÁVILA, Humberto (org.) Fundamentos do estado de direito: estudos em homenagem ao professor Almiro do Couto e Silva*. São Paulo: Malheiros Editores. 2005.

MESQUITA, Luiz José de. **Direito disciplinar do trabalho**: uma interpretação institucionalista do direito do trabalho. São Paulo: Saraiva, 1950.

MODESTO, Paulo. Disposições constitucionais transitórias na reforma da previdência: proteção da confiança e proporcionalidade. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 15, n. 56, p. 9-54, jan./mar. 2017.

MODESTO, Paulo Modesto. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-mai-09/interesse-publico-reforma-previdencia-espera-godot-parte>>. Acesso em: 30 mai. 2019a.

MODESTO, Paulo. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-mai-02/interesse-publico-reforma-previdencia-espera-godot-parte>. Acesso em: 30 mai. 2019b.

MOLINA, André Araújo. **Os direitos fundamentais na pós-modernidade: o futuro do Direito do Trabalho e do Processo do Trabalho**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

MOLINA, André Araújo. **Teoria dos princípios trabalhistas: ampliação do modelo metodológico pós-positivista ao direito do trabalho**. São Paulo: Atlas, 2013.

MORAES FILHO, Evaristo de. **O contrato de trabalho como objeto da empresa**. São Paulo: LTR, 1993.

MORAES FILHO, Evaristo de; MORAES, Antonio Carlos Flores. **Introdução ao direito do trabalho**. 11. ed. São Paulo: LTr, 2014.

MORAES, Guilherme Peña. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Direito do trabalho na Constituição de 1988**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

NASCIMENTO, Leandro Maciel do. **A segurança jurídica na jurisprudência do STF: a proteção de expectativas não abrangidas pelos direitos adquiridos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil: parte geral – vol. I**. 3. ed. Forense: Rio de Janeiro, 2006a.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil: obrigações – vol. 2**. 3. ed. Forense: Rio de Janeiro, 2006b.

NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 24. ed. Forense: Rio de Janeiro, 2004.

NELVAM, André Almeida. A normatividade dos princípios na constitucionalização do direito. **Revista *Quaestio Juris***. v. 08. n. 03, Rio de Janeiro, 2015, p. 1244-1270.

NEVES, Marcelo. Da incerteza do direito à incerteza da justiça. *In: Teorias contemporâneas do direito: O direito e as incertezas normativas*. FORTES, Pedro; CAMPOS, Ricardo; BARBOSA, Samuel (coord.). Curitiba: Juruá, 2016, p. 43-64.

NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico**. 2. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014.

NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas**. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012.

NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Os limites linguístico-legislativos da discricionariedade judicial. **Revista de informação legislativa**, v. 46, n. 181, p. 313-325, jan./mar. 2009. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/194909>. Acesso em: 26 jun. 2019.

NOJIRI, Sérgio. **Neoconstitucionalismo versus democracia**: um olhar positivista. Curitiba: Juruá, 2012.

NUNES, Daniel Capecchi. **Minorias no Supremo Tribunal Federal**: entre a impermeabilidade constitucional e os diálogos com a cidadania. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017

OLIVEIRA, Francisco Antônio de. **Comentários aos enunciados do TST**. 2. ed. 1993, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Decisão judicial e o conceito de princípio**: A hermenêutica e a (in)determinação do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008

PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. **O ônus da prova no direito processual civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

PEIXOTO, Ravi. **Superação do precedente e segurança jurídica**. Salvador: Juspodivm, 2015.

PENTEADO, Luciano de Camargo Penteado. **Figuras parcelares da boa-fé objetiva e venire contra factum proprium**. THESIS São Paulo, ano IV, v. 8, p. 39-70, 2º semestre, 2007.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. v. 1. 18. ed. São Paulo: Forense, 1995.

PEREZ LUÑO, Antônio-Enrique. La seguridad jurídica: una garantía del derecho y la justicia. *In*: **Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED**. n.15. ISSN 1133-1259 Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distância, UNED, 2000, p. 25-38. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=175549>. Acesso em: 15 jul. 2019.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**: Introdução ao direito civil constitucional. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

PIMPÃO, Hirosê. **Das relações de emprego no Direito do Trabalho**. 2. ed. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1960.

PIOVESAN, Flávia; IKAWA, Daniela. Segurança jurídica e direitos humanos: o direito a segurança de direitos. *In*: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (coord.) **Constituição e segurança jurídica**: Direito Adquirido, Ato Jurídico Perfeito e Coisa Julgada. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2004. p. 47-83.

PISSINATI, Aniele; DUARTE, Radson Rangel F. Produção antecipada da prova no processo do trabalho. *In*: FUGA, Bruno Augusto Sampaio *et al.* (org). **Produção antecipada da prova**: questões relevantes e aspectos polêmicos. Londrina: Thoth, 2018, p. 65-86).

PIMENTA, José Roberto Freire. A reforma trabalhista da Lei nº 13.467/2017 e as limitações, pelo novo artigo 702, I, f, e seus parágrafos 3º e 4º, da CLT, à uniformização de jurisprudência e à edição ou revisão de precedentes pelos tribunais trabalhistas. *In: Revista do TST*, São Paulo, vol. 84, nº 3, jul/set 2018, p. 19-58.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários à Constituição de 1967**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970, p. 641.

PORSCHER, Ralf. Ambiguidade e vagueza na interpretação jurídica. *In: Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*. 8(3):272-285, setembro-dezembro 2016.

PORTUGAL. Lei nº 7/209, de 12 de fevereiro. **Código do Trabalho de Portugal**. Disponível em: [http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_estrutura.php?tabela=leis&artigo_id=&nid=1047&nversao=&tabela=leis&so_miolo=](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra Estrutura.php?tabela=leis&artigo_id=&nid=1047&nversao=&tabela=leis&so_miolo=). Acesso em: 19 jul. 2019.

PRESGRAVE, Ana Beatriz Ferreira Rebello. A natureza jurídica da súmula. *In: NUNES, Dierle. MENDES, Aluísio; JAYME, Fernando Gonzaga (coord.). A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC/2015 – Estudos em Homenagem à professora Teresa Arruda Alvim, São Paulo, Revista dos Tribunais: 2017, p. 153-184.*

PRESGRAVE, Ana Beatriz Rebello. O precedente judicial e sua alteração: segurança jurídica e adequação do direito. *In: DIDIER JR, Fredie; et al. (coord.). Precedentes: Grandes temas do novo CPC*, vol. 3. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 591-605.

PRITSCH, César Zucatti. **Manual de prática dos precedentes no processo civil e do trabalho**: atualizado conforme o CPC 2015 e reforma trabalhista. São Paulo: LTr, 2018.

RÁO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos**. Vol. 1. 3. ed. São Paulo: RT, 1991.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 186-211.

REIS, Raquel Tavares dos. *In* Direitos, liberdades e garantias da pessoa do trabalhador despedido em razão da sua conduta extra-laboral. **Gestão e Desenvolvimento**, 10 (2001), 95-127. Disponível em: http://www4.crb.ucp.pt/Biblioteca/GestaoDesenv/GD10/gestaodesenvolvimento10_95.pdf. Acesso em: 24 dez. 2018.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. "O princípio da coisa julgada e o vício de inconstitucionalidade". *In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (org.). Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence*, Belo Horizonte, Fórum, 2004.

RODRIGUES, Deusmar José. **Lei da reforma trabalhista**: comentada artigo por artigo. 3ª tiragem. Leme: JH Mizuno, 2018, p. 380.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. Por um novo conceito de segurança jurídica: racionalidade jurisdicional e estratégias legislativas. **Analisi e Diritto**, v. 2012, p. 129-152, 2012.

ROSAS, Roberto. Segurança jurídica. Efetividade. Jurisprudência. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 48, n. 190 abr./jun. 2011, p. 218.

SAAB, Rachel. **Prescrição**: função, pressupostos e termo inicial. Belo Horizonte, Fórum, 2019.

SAMPAIO, Jáder dos Reis. **Voluntários**: um estudo sobre a motivação de pessoas e a cultura em uma organização do terceiro setor. 2004. 255f. Tese (Doutorado). Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade. Universidade de São Paulo. São Paulo

SANTOS, Enoque Ribeiro dos. Limites ao poder disciplinar do empregador. A tese do poder disciplinar compartilhado. *In*: **Temas contemporâneos de direito material e processual do trabalho**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 153-178.

SANTOS, Evaristo Aragão. Em torno do conceito e da formação do precedente judicial. *In*: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). **Direito Jurisprudencial**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 133-201.

SANTOS NETO, Manoel Augusto Cardoso dos. A estabilidade do dirigente de cooperativa – não recepção do artigo 55 da Lei 5.764/71 pela CF/88. *In* **Direito UNIFACS – Debate Virtual**, n. 205, 2017. Disponível em: <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/download/4837/3175>. Acesso em: 15 jan. 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. *In*: **Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence**. ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (org). 2. ed., rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

SCHAUER, Frederick. Precedente. *In*: DIDIER JR., [et al.] (coord.). **Precedentes**: Grandes temas do novo CPC, v. 3. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 49-86.

SCHWAB, Klaus. **A quarta revolução industrial**. Tradução Daniel Moreira Miranda, São Paulo: Edipro, 2016.

SEVERINO, Antônio Joaquim. **Metodologia do trabalho científico**. 24. ed. rev. E atualizada. São Paulo: Cortez, 2016.

SICHES, Luis Recasen. **Tratado general de filosofia del derecho**. 20. ed. Cidade do México: Editorial Porrúa, 2010.

SCHIAVI, Mauro. A aplicação supletiva e subsidiária do Código de Processo Civil ao processo do trabalho. In: MIESSA, Elison. (org.). **O novo Código de Processo Civil e seus reflexos no processo do trabalho**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 55-64.

SILVA, Andreia.; *et al.* **Motivação no trabalho**. Portugal: Universidade do Minho, 2006. Disponível em: <http://susanacosta.files.wordpress.com/2006/12/motivacao.pdf>. Acesso em: 14 jun. 2018.

SILVA, Almiro do Couto e. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (Lei nº 9.784/99). In: **Revista de Direito Administrativo**. FGV Direito Rio Editora. nº 237, Jul./Set. 2004, p. 271-315.

SILVA, Clóvis do Couto e. **A obrigação como processo**. São Paulo: Editora FGV, 2006 (13ª impressão, 2018).

SILVA, Homero Batista Mateus da. **Comentários à reforma trabalhista: análise da Lei 13.467/2017 – artigo por artigo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. **Principiologia de direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 1997.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

SILVA, Vander Luiz da; *et al.* Análise da motivação de pessoas: um estudo baseado em princípios da hierarquia de necessidades de Maslow. **Revista Foco**, v. 10, n. 2, jan./jul., 2017.

SOUZA JR., Antonio Umberto; *et. al.* **Reforma trabalhista: análise comparativa e crítica da Lei nº 13.467/2017**. São Paulo: Rideel, 2017.

SOUZA, Fabiano Coelho. A reforma trabalhista: tramitação, “vacatio legis” e direito intertemporal. In: HORTA, Denise Alves; *et al.* (coord.). **Direito do Trabalho e Processo do Trabalho: reforma trabalhista: principais alterações – atualizado de acordo com a MP n. 808 de 14 de novembro de 2017**. São Paulo: LTr, 2018.

STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e consenso**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

TARUFFO, Michelle. Le funzioni delle Corti Supreme tra uniformità e giustizia. In: Fredie Didier Jr.; *et al.* (coord.). **Precedentes: Grandes temas do novo CPC**, v. 3. . Salvador: Juspodivm, 2015, p. 251-262.

TAVARES, Maria Serafina Rocha Alves Tavares. **Motivação e desempenho dos funcionários da Administração Pública cabo-verdiana actual**. Lisboa. 203 f. 2010 Dissertação (Mestrado) – Universidade Aberta de Portugal, Lisboa – Portugal. P. 69-72. Disponível em: <http://www.portaldoconhecimento.gov.cv/bitstream/10961/182/1/Motiva>

%C3%A7%C3%A3o%20e%20Desempenho%20Dos%20Funcion%C3%A1rios%20Da%20Administra%C3%A7%C3%A3o.pdf. Acesso em: 5 jul. 2018.

TEPEDINO, Gustavo. Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do código civil de 2002. *In: A parte geral do novo código civil: estudos na perspectiva civil constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

TEIXEIRA FILHO., João de Lima. **Instituições de direito do trabalho**. II. (Arnado Sússekind et alli). 17. ed. São Paulo: LTr, 1997).

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. **Curso de direito processual do trabalho**. III. São Paulo: LTr, 2009.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. **Execução no processo do trabalho**. 8. ed. São Paulo: LTr, 2004

TESHEINER, José Maria. Ação rescisória no novo Código de Processo Civil. *In: Revista de Processo: RePro*, São Paulo, v. 40, n. 244, p. 209-243, jun. 2015.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. A ação rescisória no Novo Código de Processo Civil. **Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro**, Belo Horizonte, ano 23, n. 90, p. 279-306, abr./jun. 2015.

TOLEDO FILHO, Manoel Carlos. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região**, Campinas n. 51, p. 1-344 jul./dez. 2017.

TORRES, Heleno Taveira. **Direito constitucional tributário e segurança jurídica**: metódica da segurança jurídica do direito tributário. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

TUCCI, José Rogério Cruz e. O regime do precedente judicial no novo CPC. *In DIDIER JR. et al.* (coord.). **Precedentes**: Grandes temas do novo CPC, v. 3. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 445-458.

VALIM, Rafael. O princípio da segurança pública no direito administrativo. *In VALIM, Rafael; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; DAL POZZO, Augusto Neves* (coord.). **Tratado sobre o princípio da segurança jurídica no direito administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 523-543.

VASCONCELLOS, Fernando Andreoni. **Hermenêutica jurídica e derrotabilidade**. Curitiba: Juruá, 2010.

VIANA, Márcio Túlio. **Direito de Resistência**. LTr: São Paulo, 1996

VIEIRA, Christian Garcia. **Desconsideração da personalidade jurídica**: natureza, procedimentos e temas polêmicos. Salvador: Juspodivm, 2017.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. **Uniformização de jurisprudência: segurança jurídica e dever de uniformizar**: a forma de composição de dissídios jurisprudenciais instituída pelo art. 555, § 1º, do CPC (de acordo com a Lei 10.352, de 26.12.2001). São Paulo: Atlas, 2003.

VILLELA, João Baptista. **Sobre Renúncia e transação no Direito do Trabalho.** *In:* BARROS, Alice Monteiro de. (coord.) Curso de Direito do Trabalho: Estudos em memória de Célio Goyatá, v. I, São Paulo: LTr, 1993.

VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. Os Prejulgados, as Súmulas e o TST. *In:* **Revista de Informação Legislativa.** Ano 14. n. 55, jul/set. 1977. p 83-100. p. 84.

VITÓRIA REGIS, Lorena Fagundes Ladeia; PORTO, Isaura Setenta. A equipe de enfermagem e Maslow: (in)satisfações no trabalho. **Revista Brasileira de Enfermagem,** Brasília/DF, v. 59, n. 4, 2006, p. 565-568.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Precedentes e evolução do direito. *In:* WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Direito Jurisprudencial.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 11–95.

ZANETI JR., Hermes. **O valor vinculante dos precedentes.** 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.