

**MEDIDA CAUTELAR NA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO
FUNDAMENTAL 323 DISTRITO FEDERAL**

RELATOR : **MIN. GILMAR MENDES**
REQTE.(S) : **CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS
ESTABELECIMENTOS DE ENSINO - CONFENEN**
ADV.(A/S) : **RICARDO ADOLPHO BORGES DE ALBUQUERQUE**
INTDO.(A/S) : **TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO**
PROC.(A/S)(ES) : **ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO**
INTDO.(A/S) : **TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 1ª
REGIÃO**
PROC.(A/S)(ES) : **SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS**
INTDO.(A/S) : **TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 2ª
REGIÃO**
PROC.(A/S)(ES) : **SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS**

DECISÃO: Trata-se de arguição de descumprimento de preceito fundamental, com pedido de medida liminar, proposta pela Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino – CONFENEN.

A ação tem por objeto interpretação jurisprudencial conferida pelo Tribunal Superior do Trabalho (TST) e pelos Tribunais Regionais do Trabalho da 1ª e da 2ª Região ao art. 114, § 2º, da Constituição Federal, na redação dada pela Emenda Constitucional 45, de 30 de dezembro de 2004, consubstanciada na Súmula 277 do TST, na versão atribuída pela Resolução 185, de 27 de setembro de 2012.

De acordo com a nova redação sumular, as cláusulas normativas restam incorporadas ao contrato de trabalho individual até que novo acordo ou convenção coletiva seja firmado. Trata-se do chamado princípio da ultratividade da norma coletiva, que já fora objeto de legislação específica posteriormente revogada.

O entendimento do TST fundamenta-se em suposta reintrodução do princípio da ultratividade da norma coletiva no sistema jurídico brasileiro pela Emenda Constitucional 45/2004. A simples inserção da palavra “anteriormente” no art. 114, § 2º, da Constituição Federal, seria a

ADPF 323 MC / DF

autorização do poder constituinte derivado para tal dedução.

Confira-se, nesse sentido, a redação do art. 114, § 2º, da Constituição Federal, na versão atual e na anterior à EC 45/2004, com destaque para a alteração redacional:

Art. 114, § 2º, CF (**versão atual**): “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**”.

Art. 114, § 2º, CF (**versão anterior à EC 45/2004**): “Recusando-se qualquer das partes à negociação ou à arbitragem, é facultado aos respectivos sindicatos ajuizar dissídio coletivo, podendo a Justiça do Trabalho estabelecer normas e condições, **respeitadas as disposições convencionais e legais mínimas de proteção ao trabalho**”.

A requerente entende, basicamente, que a orientação da Justiça Trabalhista consolidada na nova versão da Súmula 277, do TST, tem como base interpretação objetivamente arbitrária da norma constitucional. Alega que o Tribunal Superior do Trabalho teria igualmente usurpado as funções do Poder Legislativo ao reintroduzir, sem suporte legal, princípio que já fora objeto de legislação específica.

Indica como preceitos fundamentais violados o princípio da separação dos Poderes (arts. 2º e 60, § 4º, inciso III, CF) e o da legalidade (art. 5º, *caput*, CF).

Afirma, para tanto, que o TST tinha entendimento consolidado de que as normas coletivas não se incorporavam ao contrato de trabalho, na medida em que sua aplicação estava vinculada ao prazo de sua vigência. Nesse sentido, o TST editou, em 1º de março de 1988, a Súmula 277, que tinha, então, a seguinte redação: “*As condições de trabalho alcançadas por força de sentença normativa vigoram no prazo assinado, não integrando, de*

ADPF 323 MC / DF

forma definitiva, os contratos”.

Aponta que, em alteração feita em sessão do Tribunal Pleno em 16 de novembro de 2009, a Súmula 277 passou a fazer referência expressa às convenções e aos acordos coletivos. Assinala que, nessa ocasião, o Tribunal Superior do Trabalho também acrescentou à redação da súmula ressalva à regra geral para o período de sua vigência, em observância ao art. 1º, § 1º, da Lei 8.542/1992, que expressamente previu a ultratividade das normas coletivas, isto é, que as cláusulas de convenção ou acordo coletivo de trabalho somente poderiam ser modificadas por norma igualmente coletiva.

A Súmula 277 passou a ter, então, a seguinte redação:

“Nº 277 Sentença normativa. Convenção ou acordo coletivos. Vigência. Repercussão nos contratos de trabalho

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

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

A requerente informa que esse posicionamento foi revisto, sem amparo em precedentes, na chamada “Semana do TST”, realizada em setembro de 2012, com o objetivo de modernizar e rever a jurisprudência e o regimento interno daquela Corte. Afirma que, ao final, foi editada a Resolução n. 185, de 14 de setembro de 2012, que alterou diversas súmulas e orientações do TST.

Assim, a redação atual da Súmula 277 é a seguinte:

“CONVENÇÃO COLETIVA DE TRABALHO OU ACORDO COLETIVO DE TRABALHO. EFICÁCIA. ULTRATIVIDADE (redação alterada na sessão do Tribunal Pleno realizada em 14.09.2012) - Res. 185/2012, DEJT

ADPF 323 MC / DF

divulgado em 25, 26 e 27.09.2012

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”.

A CONFENEN aponta que essa alteração, sem precedentes jurisprudenciais, está fundamentada no entendimento de que o art. 114, § 2º, da Constituição Federal, na redação conferida pela EC 45/2004, teria instituído o princípio da ultratividade e, assim, seria possível considerar que as cláusulas normativas incorporam-se ao contrato de trabalho individual até que novo acordo ou convenção coletiva viesse a ser firmado.

Narra ser claro que a introdução do vocábulo “anteriormente” à expressão “convencionadas” não significa nenhuma alteração substancial do dispositivo em questão, pois manteve a diretriz estabelecida pelo Constituinte de 1988, isto é, o entendimento direto dos interlocutores sociais como meio preferencial na solução dos conflitos coletivos.

Relata que tal alteração jurisprudencial despreza que o debate relativo aos efeitos jurídicos das cláusulas coletivas no tempo sempre esteve localizado no plano infraconstitucional, fato evidenciado pela edição da Lei 8.542/1992, que tratou do tema, mas foi revogada. Entende que a teoria da ultratividade das normas coletivas sempre esteve condicionada à existência de lei, não podendo ser extraída diretamente do texto constitucional.

Sintetiza a questão da seguinte forma:

“168. Não há como instituir a ultra-atividade às cláusulas normativas, vez que, *primeiramente*, o texto original do artigo 114, parágrafo segundo da CF não previu tal instituto; pelo contrário, restou reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI n. 2081-DF, Relator Ministro Octávio Gallotti, que a regulamentação da matéria estaria no plano infraconstitucional; *segundo*, a única exceção à regra de eficácia

ADPF 323 MC / DF

limitada das condições negociadas ao termo do respectivo instrumento normativo decorreu de expressa previsão legal contida na Lei nº 8542/92. Tendo sido tal diploma revogado, inexistente suporte legal determinativo da ultra-atividade dos efeitos das cláusulas; *terceiro*, os acordos ou convenções coletivas, diferentemente de uma lei, são efêmeros, possuem prazo de validade, caráter contingente, valem apenas por um período certo e determinado pela legislação trabalhista e, ainda assim, podem ser revistos.

169. O artigo 613 da C.L.T. obriga as convenções a conter: *prazo de vigência (inc. I); condições de trabalho durante o prazo de vigência (inc. IV); processo de prorrogação e de revisão total ou parcial (inc. VI).*

170. No § 3º, o art. 614 proíbe convenção ou acordo por prazo superior a 02(dois) anos.

171. A convenção resulta de uma delegação legal aos sindicatos para estabelecer normas temporárias de aplicação apenas às categorias, por prazo certo, criando condições não previstas em lei, mas, evidentemente, com respeito a elas e aos ditames constitucionais.

172. Portanto, *por determinação expressa de lei, a convenção tem prazo certo de vigência e é revisanda*" (eDOC, p. 61).

Menciona, ademais, que a art. 19 da Medida Provisória 1.875/99, que revogou a Lei 8.542/1992, foi objeto de duas ações diretas de inconstitucionalidade. A primeira, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, teve liminar deferida, mas, em razão da ausência de aditamento da inicial, acabou por ser julgada extinta (ADI 1.849, DJU 4.8.1998). A segunda foi julgada prejudicada, em virtude da revogação de seu objeto (ADI-MC 2081, Rel. Min. Octavio Galloti, Tribunal Pleno, julgado em 21.10.1999).

A despeito disso, da decisão que indeferiu o pedido liminar, a CONFENEN cita o seguinte trecho, a fim de evidenciar a eficácia limitada do disposto no art. 114, § 2º, da Constituição Federal:

“O SENHOR MINISTRO OCTAVIO GALLOTTI – (RELATOR): Procura a autora reacender, sob a ótica da Constituição, a tormentosa controvérsia acerca da permanência, ou não, após exaurido o prazo de urgência de norma coletiva, das vantagens de que hajam chegado a usufruir os antigos empregados por ela abrangidos; discussão pacificada desde 01-03-88, na Justiça do Trabalho, pela edição da Súmula n 277-TST:

‘277. As condições de trabalho alcançadas por força de sentença normativa vigoram no prazo assinado, não integrando, de forma definitiva, os contratos’

Independentemente, porém, do partido que se pretenda tomar nesse velho debate, paira inquestionável a natureza infraconstitucional da questão posta na presente ação, dirigida a uma norma que se limita a revogar duas outras de lei ordinária.

Ou sobrevivem, em face da Constituição, integrados ao contrato de trabalho, os benefícios conferidos pelo acordo coletivo e, nesse caso, desnecessária será a previsão de hierarquia ordinária que se pretende preservar; ou decorrem elas de lei, e não diretamente da Constituição, sem haver razão plausível a impedir a revogação da norma ordinária.

Nada há, por outro lado, a justificar a assertiva de que adquirem foro constitucional as normas legais que estendem a eficácia das de nível constitucional.

Se são de eficácia limitada os preceitos constitucionais a que se apega a requerente, como propõe a inicial, significa isso, precisamente, que deixou o constituinte, à legislatura ordinária, a sua disciplina, não havendo como considerar acrescido à Constituição o preceito regulador relegado ao plano da legislação comum.

Por insuficiência de relevância, ao primeiro exame, da fundamentação jurídica do pedido, indefiro o pedido de medida liminar” (ADI-MC 2081, Rel. Min. Octavio Galloti, Tribunal Pleno, julg. em 21.10.1999, grifos nossos).

ADPF 323 MC / DF

Argumenta, portanto, que a ofensa ao princípio da separação dos Poderes decorreria da indevida atuação do Poder Judiciário, que, ao interpretar o art. 114, § 2º, da Constituição Federal, teria instituído o princípio da ultratividade das normas coletivas de trabalho e, assim, usurpado as funções próprias do legislador, deslocando, de forma indevida, a competência de elaboração de norma jurídica. Teria impedido, desse modo, a ampla discussão do tema, a publicidade e todos os trâmites relativos ao processo legislativo.

Sustenta ofensa ao princípio da legalidade, pelo fato de que a nova interpretação jurisprudencial do TST teria o efeito de *“ressuscitar um dispositivo legal revogado, no caso, o artigo 1º, parágrafo primeiro da Lei nº 8.542, de 23 de dezembro de 1992, revogada pela Lei 10.192, de 23 de dezembro de 2001, que converteu a Medida Provisória 1.709, revigorando a aplicação da chamada teoria da ultra-atividade, regra não prevista na norma celetista em vigor”* (eDOC 1, p. 20).

Nesses termos, ressalta o seguinte:

“(...) as partes pactuaram as condições de trabalho por meio de instrumento normativo por prazo certo e determinado na forma da lei (artigos 611 e 614 da CLT). Inexistindo lei expressa determinando a indeterminação temporal das cláusulas negociadas, deve prevalecer a vontade manifesta das partes e exercitada pela autonomia privada coletiva que deve ser respeitada na forma do artigo 7º, inciso XXVI da CF”. (eDOC, p. 64)

Ademais, assenta que a:

“(...) caracterização do poder normativo, exercido nos dissídios coletivos de natureza econômica, como ‘competência excepcional concedida ao Judiciário’ foi delimitada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 197.911/PE, Relator Ministro Octávio Gallotti, oportunidade na qual restou decidido que a Justiça do Trabalho não poderia produzir normas ou condições, contrárias à Constituição, segundo, que

ADPF 323 MC / DF

quando a Constituição Federal estabelece reserva específica de lei formal, não poderia haver a incidência do poder normativo, terceiro, o Poder Normativo somente poderia operar no vazio da lei, como regra subsidiária ou supletiva, sempre subordinada à supremacia da lei” (eDOC, p. 47).

A CONFENEN informa, ainda, que o Tribunal Superior do Trabalho decidiu que o novo entendimento contido na Súmula 277 somente deve ser aplicado a situações posteriores à publicação da alteração da mencionada regra sumular, o que ocorreu em 25 de setembro de 2012.

Requer, ao final, concessão de medida liminar para suspender os efeitos das decisões judiciais que adotam o princípio da ultratividade condicionada das cláusulas coletivas, expressamente abolido do plano jurídico nacional pela revogação da Lei 8.542/1992, determinada pela Lei 10.192/2001. Além disso, pleiteia seja sustada a tramitação dos feitos judiciais em que se discute a matéria, para impedir que novas decisões sejam proferidas nesse sentido, garantindo-se a estabilidade jurídica e a paz social até julgamento final da lide, nos termos do art. 5º, § 1º, da Lei 9.882/1999.

Sustenta que *“a conveniência da medida é explícita, tendo em vista que as decisões atacadas, flagrantemente contrárias ao Texto Constitucional, vem provocando constante lesão a direito constitucionalmente assegurado, estando presentes, os requisitos essenciais ao deferimento da medida postulada”,* bem como que *“a urgência é também presente, porquanto o dano irreparável reitera-se a cada vez que há uma nova decisão ou mesmo com a aplicação da Súmula nº 277 do TST”* (eDOC, p. 66).

A requerente instruiu a inicial com jurisprudência para demonstrar a reiterada aplicação da Súmula 277 do TST pela Justiça Trabalhista (eDOCs 8-26) .

A arguição de descumprimento de preceito fundamental foi a mim distribuída por prevenção, em razão de ser relator das ADIs 3.423, 3.392, 3.431, 3.432 e 3.520, que têm como objeto o art. 1º da EC 45/2004, que alterou, entre outros dispositivos, o art. 114 da Constituição Federal. Em linhas gerais, questiona-se, nessas ações, a previsão inserida no § 2º do

ADPF 323 MC / DF

art. 114, que condiciona o ajuizamento de dissídio coletivo à anuência de todas as partes envolvidas na negociação coletiva.

Apliquei, por analogia, o rito do art. 12 da Lei 9.868/99 (eDOC 10).

Prestaram informações e apresentaram manifestações o Tribunal Superior do Trabalho, os Tribunais Regionais do Trabalho da 1ª e da 2ª Região, a Procuradoria-Geral da República e a Advocacia-Geral da União.

Decido.

Ao melhor analisar a questão, inclusive após o recebimento de informações dos tribunais trabalhistas, pude ter percepção mais ampla da gravidade do que se está aqui a discutir.

Em consulta à jurisprudência atual, verifico que a Justiça Trabalhista segue reiteradamente aplicando a alteração jurisprudencial consolidada na nova redação da Súmula 277, claramente firmada sem base legal ou constitucional que a suporte. Confirmam-se, a respeito, AIRR-289-22.2014.5.03.0037, Rel. Min. Cláudio Mascarenhas Brandão, Sétima Turma, julgado em 8.6.2016; ARR-626-22.2012.5.15.0045, Rel. Min. Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, Oitava Turma, julgado em 25.11.2015; RR-1125-52.2013.5.15.0083 Rel. Min. Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, Oitava Turma, julgado em 07.10.2015.

Ademais, anoto o caráter casuístico da aplicação do novo entendimento, de modo a aparentemente favorecer apenas um lado da relação trabalhista.

Por isso, tendo em vista até mesmo que o poder de cautela, mediante implemento de liminar, é ínsito ao Poder Judiciário (ADPF 309 MC-Ref, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 28.11.2014), entendo ser necessário apreciar, desde pronto, o pedido cautelar e reconsidero a aplicação do art. 12 da Lei 9.868/1999 (eDOC 10).

1. Cabimento

A presente arguição de descumprimento de preceito fundamental é cabível, nos termos da Lei 9.882/1999.

ADPF 323 MC / DF

1.1. Legitimidade

A ação foi proposta pela Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino.

Nos termos da Lei 9.882, de 3 de dezembro de 1999, podem propor a arguição de descumprimento de preceito fundamental todos os legitimados para a ação direta de inconstitucionalidade, ou seja, o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa de Assembleia Legislativa ou a Mesa da Câmara Legislativa do Distrito Federal, o Governador de Estado ou o Governador do Distrito Federal, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional (CF, art. 103).

Em relação ao direito de propositura pelas confederações sindicais e organizações de classe de âmbito nacional, é possível haver algumas significativas dificuldades práticas.

A existência de diferentes organizações destinadas à representação de determinadas profissões ou atividades e a ausência de disciplina legal sobre o assunto tornam indispensável que se examine, em cada caso, a legitimação dessas diferentes organizações. Causa dificuldade, sobretudo, a definição e a identificação das chamadas entidades de classe, uma vez que, até então, inexistia critério preciso que as diferenciasse de outras organizações de defesa de diversos interesses. Por isso, está o Tribunal obrigado a verificar especificamente a qualificação de confederação sindical ou organização de classe instituída em âmbito nacional (Cf. ADI 34/DF, Rel. Min. Octavio Gallotti, *RTJ* 128/481; ADI 43/DF, Rel. Min. Sydney Sanches, *RTJ* 129/959).

O conceito de entidade de classe de âmbito nacional abarca um grupo amplo e diferenciado de associações que não podem ser distinguidas de maneira simples (ADI 433/DF, Rel. Min. Moreira Alves, *DJ* de 20.3.1992). Essa questão tem ocupado o Tribunal praticamente desde a promulgação da Constituição de 1988.

ADPF 323 MC / DF

Em decisão de 5 de abril de 1989, o STF intentou precisar o conceito de entidade de classe, ao explicitar que é apenas a associação de pessoas que em essência representa o interesse comum de uma determinada categoria (ADI 34/DF, Rel. Min. Octavio Gallotti, RTJ 128/481).

Por outro lado, os grupos formados circunstancialmente, como a associação de empregados de uma empresa, não poderiam ser classificados como organizações de classe nos termos do art. 103, inciso IX, da Constituição. *“Não se pode considerar entidade de classe — diz o Tribunal — a sociedade formada meramente por pessoas físicas ou jurídicas que firmem sua assinatura em lista de adesão ou qualquer outro documento idôneo (...), ausente particularidade ou condição, objetiva ou subjetiva, que distingam sócios de não-associados”* (ADI 52/GO, Rel. Min. Célio Borja, DJ de 29.9.1990).

A ideia de um interesse comum essencial de diferentes categorias fornece base para a distinção entre a organização de classe, nos termos do art. 103, inciso IX, da Constituição, e outras associações ou organizações sociais. Dessa forma, deixou assente o Supremo Tribunal Federal que o constituinte decidiu por uma legitimação limitada, não permitindo que se convertesse o direito de propositura dessas organizações de classe em autêntica ação popular.

Em outras decisões, o Supremo Tribunal Federal deu continuidade ao esforço de precisar o conceito de entidade de classe de âmbito nacional.

Segundo a orientação firmada pelo STF não configuraria entidade de classe de âmbito nacional, para os efeitos do art. 103, inciso IX, organização formada por associados pertencentes a categorias diversas. Ou, tal como formulado, *“não se configuram como entidades de classe aquelas instituições que são integradas por membros vinculados a extratos sociais, profissionais ou econômicos diversificados, cujos objetivos, individualmente considerados, revelam-se contrastantes”* (ADI 108/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 5.6.1992). Tampouco se compatibilizam nessa noção as entidades associativas de outros segmentos da sociedade civil, como, por exemplo, a União Nacional dos Estudantes – UNE (ADI 894/DF, Rel. Min.

ADPF 323 MC / DF

Néri da Silveira, *DJ* de 20.4.1995).

Não se admite, igualmente, a legitimidade de pessoas jurídicas de direito privado, que reúnam, como membros integrantes, associações de natureza civil e organismos de caráter sindical, exatamente em decorrência desse hibridismo, porquanto “noção conceitual (de instituições de classe) reclama a participação, nelas, dos próprios indivíduos integrantes de determinada categoria, e não apenas das entidades privadas constituídas para representá-los” (ADI 79/DF, Rel. Min. Celso de Mello, *DJ* de 10.9.1989).

Da mesma forma, como regra geral, não se reconhece natureza de entidade de classe àquelas organizações que, “*congregando pessoas jurídicas, apresentam-se como verdadeiras associações de associações*”, uma vez que, nesse caso, faltar-lhes-ia exatamente a qualidade de entidade de classe (ADI 79/DF, Rel. Min. Celso de Mello, *DJ* de 10.9.1989).

Entretanto, em decisão de 12.8.2004, o Supremo Tribunal Federal deu provimento a Agravo Regimental na ADI 3.153, para dar seguimento à ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pela Federação Nacional das Associações dos Produtores de Cachaça de Alambique (FENACA). Por oito votos a dois, o Plenário do Tribunal julgou ter a federação teria legitimidade para a propositura da ação direta, porque, apesar de composta por associações estaduais, poderia ser equiparada a uma entidade de classe. Desse modo, com base na peculiaridade de que a FENACA é entidade de classe que atua na defesa da categoria social, a Corte Constitucional reconheceu a legitimação excepcional dessa forma de associação. (ADI 3153-AgR/DF, Rel. Min. Celso de Mello, Rel. p/acórdão Min. Sepúlveda Pertence, 12.8.2004).

Afirmou-se, também, que “*não constitui entidade de classe, para legitimar-se à ação direta de inconstitucionalidade (CF, art. 103, IX), associação civil (Associação Brasileira de Defesa do Cidadão) voltada à finalidade altruísta de promoção e defesa de aspirações cívicas de toda a cidadania*” (ADI 61/DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ* de 28.09.1990).

No conceito de entidade de classe na jurisprudência do Tribunal não se enquadra, igualmente, a associação que reúne, como associados,

ADPF 323 MC / DF

órgãos públicos, sem personalidade jurídica e categorias diferenciadas de servidores (*v.g.*, Associação Brasileira de Conselhos de Tribunal de Contas dos Municípios — ABRACCOM, ADI 67/DF, Rel. Min. Moreira Alves, DJ de 15.6.90).

Quanto ao caráter nacional da entidade, enfatiza-se que não basta simples declaração formal ou manifestação de intenção constante de seus atos constitutivos. Faz-se mister que, além de uma atuação transregional, tenha a entidade membros em pelo menos nove estados da Federação, número que resulta da aplicação analógica da Lei Orgânica dos Partidos Políticos.

Admitiu-se, inicialmente, a legitimação das federações, porquanto “entidades nacionais de classe”.

Essa orientação foi superada por outra, mais restritiva, passando-se a considerar que apenas as organizações sindicais, cuja estrutura vem disciplinada no art. 535 da Consolidação das Leis do Trabalho, são dotadas de direito de propositura. Afasta-se, assim, a possibilidade de que associações, federações ou outras organizações de índole sindical assumam o lugar das confederações para os fins do art. 103, inciso IX, da Constituição, que, segundo os termos do art. 533 e seguintes do texto consolidado, devem estar organizadas com um mínimo de três federações.

Assim, tal como assentado na jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal, *“a legitimação para ação direta de inconstitucionalidade é privativa das confederações cuja inclusão expressa no art. 103, IX, é excludente das entidades sindicais de menor hierarquia, quais as federações e sindicatos ainda que de âmbito nacional”* (ADI 1.006-QO/PE, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 25.03.1994).

Simple associação sindical — Federação Nacional que reúne sindicatos em cinco estados — não teria legitimidade, segundo essa orientação, para propor ação direta de inconstitucionalidade (ADI 398/DF, Rel. Min. Sydney Sanches, DJ de 28.06.1991).

Se, de um lado, a jurisprudência do Supremo Tribunal revela o salutar propósito de concretizar o conceito de “entidade de classe de

ADPF 323 MC / DF

âmbito nacional” e de “confederação sindical”, para os efeitos do art. 103, inciso IX, da Constituição, deixa entrever, de outro, uma concepção assaz restritiva do direito de propositura dessas organizações.

O esforço que o Tribunal desenvolve para restringir o direito de propositura dessas entidades não o isenta de dificuldades, levando-o, às vezes, a reconhecer a legitimidade de determinada organização, para negá-la em um segundo momento. Foi o que ocorreu com a Federação Nacional das Associações dos Servidores da Justiça do Trabalho, que teve a sua legitimidade reconhecida na ADI 37/DF, relativa à Medida Provisória 44, de 30 de março de 1989, colhendo inclusive a liminar requerida. Posteriormente, essa entidade veio a ter a sua legitimidade infirmada nas ADIs 433/DF, 526/DF e 530/DF.

Relativamente à legitimação das “entidades de classe de âmbito nacional” e das “confederações sindicais”, é difícil admitir a juridicidade da exigência quanto à representação da entidade em pelo menos nove estados da Federação, como resultado decorrente da aplicação analógica da Lei Orgânica dos Partidos Políticos.

Ainda que se possa reclamar a “*fixação de um critério preciso sobre tais conceitos vagos*” – entidade de classe de âmbito nacional e confederação sindical –, não há dúvida de que eles devem ser fixados pelo legislador, e não pelo Tribunal, no exercício de sua atividade jurisdicional. O recurso à analogia, aqui, é de duvidosa exatidão.

Na ausência de disciplina constitucional ou legal expressa acerca dos critérios definidores do caráter nacional das entidades de classe, o STF optou por fixar idêntico parâmetro ao estabelecido na Lei dos Partidos Políticos quanto à legitimidade para a propositura de ADI.

Esse critério foi proposto por Moreira Alves, por ocasião da apreciação da Medida Liminar na ADI 386/ES, da relatoria de Sydney Sanches. Porém, nesse mesmo precedente, Moreira Alves preconizou que “*esse critério cederá nos casos em que haja comprovação de que a categoria dos associados só existe em menos de nove estados*”.

Foi com base nesse argumento que, no julgamento da ADI 2.866/RN, o Supremo reconheceu a legitimidade ativa da Associação Brasileira dos

ADPF 323 MC / DF

Extratores e Refinadores de Sal – ABERSAL (ADI 2.866/RN, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ de 17.10.03), a qual se enquadrou nessa situação excepcional. Na espécie, constatou-se que, além de a produção de sal ocorrer em apenas alguns estados da Federação, cuidava-se de atividade econômica de patente relevância nacional, haja vista ser notório que o consumo de sal ocorre em todas as unidades da Federação.

Mais problemática ainda se afigura a exigência de que haja uma *relação de pertinência* entre o objeto da ação e a atividade de representação da entidade de classe ou da confederação sindical.

Cuida-se de inequívoca restrição ao direito de propositura que, pela natureza objetiva do processo, dificilmente poderia ser formulada até mesmo pelo legislador ordinário. A *relação de pertinência* assemelha-se muito ao estabelecimento de uma condição de ação – análoga, talvez, ao interesse de agir –, que não decorre dos expressos termos da Constituição e parece ser estranha à natureza do sistema de fiscalização abstrata de normas.

Por isso, a fixação dessa exigência parece ser defesa ao legislador ordinário federal, no uso de sua competência específica.

Assinale-se que a necessidade do desenvolvimento de critérios que permitam identificar, precisamente, as entidades de classe de âmbito nacional não deve condicionar o exercício do direito de propositura da ação por parte das organizações de classe à demonstração de um interesse de proteção específico, nem levar a uma radical adulteração do modelo de controle abstrato de normas. Consideração semelhante já seria defeituosa porque, em relação à proteção jurídica dessas organizações e à defesa dos interesses de seus membros, a Constituição assegura o mandado de segurança coletivo (art. 5º, inciso LXX, alínea *b*), o qual pode ser utilizado pelos sindicatos ou organizações de classe ou, ainda, associações devidamente constituídas há pelo menos um ano.

Uma tal restrição ao direito de propositura não se deixa compatibilizar, igualmente, com a natureza do controle abstrato de normas e criaria uma injustificada diferenciação entre os entes ou órgãos autorizados a propor a ação, diferenciação esta que não encontra respaldo

ADPF 323 MC / DF

na Constituição.

No caso, a requerente, Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino, é entidade de classe, em nível nacional, que representa todos os estabelecimentos particulares de ensino do país.

Nos termos do art. 3º do seu Estatuto, a CONFENEN é “*constituída como associação sindical superior de 3º grau, como base territorial nacional, em conformidade com o art. 8º da Constituição Federal e art. 535 da Consolidação das Leis do Trabalho, para estudo, defesa e coordenação de interesses culturais, econômicos e profissionais da categoria e das atividades compreendidas no Grupo ou Categoria dos Estabelecimentos Particulares de Ensino*”. (eDOC 4)

Ressalto, ademais, que a CONFENEN já foi admitida em diversos julgados desta Corte como parte legítima para a propositura de ação direta de inconstitucionalidade (ADI 3.330, Rel. Min. Ayres Britto, julgada em 3.5.2012; ADI 3.710, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgada em 9.2.2007; ADI 1.007, Rel. Min. Eros Grau, julgada em 31.8.2005; ADI 1.266, Rel. Min. Eros Grau, julgada em 6.4.2005; ADI 2.448, Rel. Min. Sydney Sanches, julgada em 23.4.2003; e ADI 1.472, Rel. Min. Ilmar Galvão, julgada em 5.9.2002).

Em relação à pertinência temática, assiste razão à requerente ao apontar que a interpretação judicial conferida pelo Tribunal Superior do Trabalho e pelos Tribunais Regionais do Trabalho da 1ª e da 2ª Região, em múltiplas decisões que aplicam o princípio da ultratividade da norma coletiva, atinge diretamente os estabelecimentos particulares de ensino de todo o país no aspecto da solução de conflitos coletivos de trabalho, dificultando a negociação.

Pelo exposto, verifica-se que a CONFENEN é parte legítima para propor a presente ADPF.

1.2. Subsidiariedade

No que se refere à subsidiariedade, a Lei 9.882/1999 impõe que a

ADPF 323 MC / DF

arguição de descumprimento de preceito fundamental somente será admitida se não houver outro meio eficaz de sanar a lesividade (art. 4º, § 1º).

À primeira vista, poderia parecer que somente na hipótese de absoluta inexistência de qualquer outro meio eficaz a afastar a eventual lesão poder-se-ia manejar, de forma útil, a arguição de descumprimento de preceito fundamental. É fácil ver que uma leitura excessivamente literal dessa disposição, que tenta introduzir entre nós o princípio da subsidiariedade vigente no Direito alemão (recurso constitucional) e no Direito espanhol (recurso de amparo), acabaria por retirar desse instituto qualquer significado prático.

De uma perspectiva estritamente subjetiva, a ação somente poderia ser proposta se já se tivesse verificado a exaustão de todos os meios eficazes para afastar a lesão no âmbito judicial. Uma leitura mais cuidadosa há de revelar, porém, que, na análise sobre a eficácia da proteção de preceito fundamental nesse processo, deve predominar um enfoque objetivo ou de proteção da ordem constitucional objetiva. Em outros termos, o princípio da subsidiariedade – inexistência de outro meio eficaz para sanar a lesão –, há de ser compreendido no contexto da ordem constitucional global.

Nesse sentido, caso se considere o caráter enfaticamente objetivo do instituto (o que resulta, inclusive, da legitimação ativa), o meio eficaz de sanar a lesão parece ser aquele apto a solver a controvérsia constitucional relevante de forma ampla, geral e imediata.

No direito alemão, a *Verfassungsbeschwerde* (recurso constitucional) está submetida ao dever de exaurimento das instâncias ordinárias. Todavia, a Corte constitucional pode decidir de imediato um recurso constitucional se se mostrar que a questão é de interesse geral ou se demonstrado que o requerente poderia sofrer grave lesão caso recorresse à via ordinária (Lei Orgânica do Tribunal, § 90, II).

Como se vê, a ressalva constante da parte final do § 90, II, da Lei Orgânica da Corte Constitucional alemã confere ampla discricionariedade para conhecer tanto das questões fundadas no interesse geral (*allgemeine*

ADPF 323 MC / DF

Bedeutung) quanto das controvérsias baseadas no perigo iminente de grave lesão (*schwerer Nachteil*).

Assim, tem o Tribunal constitucional admitido o recurso constitucional, na forma antecipada, em matéria tributária, tendo em vista o reflexo direto da decisão sobre inúmeras situações homogêneas. A Corte considerou igualmente relevante a apreciação de controvérsia sobre publicidade oficial, tendo em vista seu significado para todos os partícipes, ativos e passivos, do processo eleitoral. (Cf. BVerfGE, 62/230 (232); BVerfGE, 62/117 (144); Klaus Schlaich, *Das Bundesverfassungsgericht*, cit., p. 162.)

No que concerne ao controle de constitucionalidade de normas, a posição da Corte tem-se revelado enfática: “*apresenta-se, regularmente, como de interesse geral a verificação sobre se uma norma legal relevante para uma decisão judicial é inconstitucional*”. (Cf. BVerfGE, 91/93 [106])

No Direito espanhol, explicita-se que cabe o recurso de amparo contra ato judicial desde que “*tenham sido esgotados todos os recursos utilizáveis dentro da via recursal*” (Lei Orgânica do Tribunal Constitucional, art. 44, I). Não obstante, a jurisprudência e a doutrina têm entendido que, para os fins da exaustão das instâncias ordinárias “*não é necessária a interposição de todos os recursos possíveis, senão de todos os recursos razoavelmente úteis*”. (Cf. José Almagro, *Justicia constitucional: comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, 2. ed., Valencia, 1989, p. 324.)

Nessa linha de entendimento, anotou o Tribunal Constitucional espanhol:

“(…) ao se manifestar neste caso a vontade do órgão jurisdicional sobre o fundo da questão controvertida, deve-se entender que a finalidade do requisito exigido no art. 44, 1, ‘a’, da LOTC foi observado, pois o recurso seria, em qualquer caso, ineficaz para reparar a suposta vulneração do direito constitucional em tela” (auto de 11.2.81, n. 19). (Cf. José Almagro, *Justicia constitucional: comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, cit., p. 325. Anote-se que, na espécie, os recorrentes haviam interposto o recurso fora do

prazo).

Vê-se, assim, que também no Direito espanhol tem-se atenuado o significado literal do princípio da subsidiariedade ou do exaurimento das instâncias ordinárias, até porque, em muitos casos, o prosseguimento nas vias ordinárias não teria efeitos úteis para afastar a lesão a direitos fundamentais.

Observe-se, ainda, que a legitimação outorgada ao Ministério Público e ao Defensor do Povo para manejar o recurso de amparo reforça, no sistema espanhol, o caráter objetivo desse processo.

Tendo em vista o Direito alemão, Schlaich transcreve observação de antigo Ministro da Justiça da Prússia segundo o qual “o recurso de nulidade era proposto pelas partes, porém com objetivo de evitar o surgimento ou a aplicação de princípios jurídicos incorretos”. Em relação ao recurso constitucional moderno, movido contra decisões judiciais, anota Schlaich: “essa deve ser também a tarefa principal da Corte Constitucional com referência aos direitos fundamentais, tendo em vista os numerosos e relevantes recursos constitucionais propostos contra decisões judiciais: contribuir para que outros tribunais logrem uma realização ótima dos direitos fundamentais”. (Klaus Schlaich, *Das Bundesverfassungsgericht*, cit., p. 184.)

Em verdade, o princípio da subsidiariedade, ou do exaurimento das instâncias, atua também nos sistemas que conferem ao indivíduo afetado o direito de impugnar a decisão judicial, como um pressuposto de admissibilidade de índole objetiva, destinado, fundamentalmente, a impedir a banalização da atividade de jurisdição constitucional. (Cf., a propósito, Rudiger Zuck, *Das Recht der Verfassungsbeschwerde*, 2. ed., München, 1988, p. 13 e s.)

No caso brasileiro, o pleito a ser formulado pelos órgãos ou entes legitimados dificilmente versará – pelo menos de forma direta – sobre a proteção judicial efetiva de posições específicas por eles defendidas. A exceção mais expressiva reside, talvez, na possibilidade de o Procurador-Geral da República, como previsto expressamente no texto legal, ou qualquer outro ente legitimado, propor a arguição de descumprimento a pedido de terceiro interessado, tendo em vista a proteção de situação

ADPF 323 MC / DF

específica. Ainda assim o ajuizamento da ação e sua admissão estarão vinculados, muito provavelmente, ao significado da solução da controvérsia para o ordenamento constitucional objetivo, e não à proteção judicial efetiva de uma situação singular.

Desse modo, considerando o caráter acentuadamente objetivo da arguição de descumprimento, o juízo de subsidiariedade há de ter em vista, especialmente, os demais processos objetivos já consolidados no sistema constitucional. Nesse caso, cabível a ação direta de inconstitucionalidade ou a ação declaratória de constitucionalidade ou, ainda, a ação direta por omissão, não será admissível a arguição de descumprimento.

É o que ocorre, fundamentalmente, nas hipóteses relativas ao controle de legitimidade do direito pré-constitucional, do direito municipal em face da Constituição Federal e nas controvérsias sobre direito pós-constitucional já revogado ou cujos efeitos já se exauriram. Nesses casos, em face do não cabimento da ação direta de inconstitucionalidade, não há como deixar de reconhecer a admissibilidade da arguição de descumprimento.

Também, é possível que se apresente arguição de descumprimento com pretensão de ver declarada a constitucionalidade de lei estadual ou municipal que tenha a legitimidade questionada nas instâncias inferiores.

Tendo em vista o objeto restrito da ação declaratória de constitucionalidade, não se vislumbra aqui meio eficaz para solver, de forma ampla, geral e imediata, eventual controvérsia instaurada. Afigura-se igualmente legítimo cogitar de utilização da arguição de descumprimento nas controvérsias relacionadas com o princípio da legalidade (lei e regulamento), uma vez que, assim como assente na jurisprudência, tal hipótese não pode ser veiculada em sede de controle direto de constitucionalidade.

A própria aplicação do princípio da subsidiariedade está a indicar que a arguição de descumprimento há de ser aceita nos casos que envolvam a aplicação direta da Constituição – alegação de contrariedade à Constituição decorrente de decisão judicial ou controvérsia sobre

ADPF 323 MC / DF

interpretação adotada pelo Judiciário que não cuide de simples aplicação de lei ou normativo infraconstitucional.

Da mesma forma, controvérsias concretas fundadas na eventual inconstitucionalidade de lei ou ato normativo podem dar ensejo a uma plethora de demandas, insolúveis no âmbito dos processos objetivos.

Não se pode admitir que a existência de processos ordinários e recursos extraordinários deva excluir, *a priori*, a utilização da arguição de descumprimento de preceito fundamental. Até porque, tal como assinalado, o instituto assume, entre nós, feição marcadamente objetiva.

A propósito, assinalou o Ministro Sepúlveda Pertence, na ADC 1, que a convivência entre o sistema difuso e o sistema concentrado

“(...) não se faz sem uma permanente tensão dialética na qual, a meu ver, a experiência tem demonstrado que será inevitável o reforço do sistema concentrado, sobretudo nos processos de massa; na multiplicidade de processos a que inevitavelmente, a cada ano, na dinâmica da legislação, sobretudo da legislação tributária e matérias próximas, levará se não se criam mecanismos eficazes de decisão relativamente rápida e uniforme; ao estrangulamento da máquina judiciária, acima de qualquer possibilidade de sua ampliação e, progressivamente, ao maior descrédito da Justiça, pela sua total incapacidade de responder à demanda de centenas de milhares de processos rigorosamente idênticos, porque reduzidos a uma só questão de direito” (ADC 1, Rel. Min. Moreira Alves, julgada em 1º.12.1993, DJ de 16.6.1995).

Nesse sentido, destaquei, em meu Curso de Direito Constitucional:

“A possibilidade de incongruências hermenêuticas e confusões jurisprudenciais decorrentes dos pronunciamentos de múltiplos órgãos pode configurar ameaça a preceito fundamental (pelo menos, ao da segurança jurídica), o que também está a recomendar uma leitura compreensiva da exigência aposta à lei da arguição, de modo a admitir a propositura da ação especial toda vez que uma definição

imediate da controvérsia mostrar-se necessária para afastar aplicações erráticas, tumultuárias ou incongruentes, que comprometam gravemente o princípio da segurança jurídica e a própria ideia de prestação judicial efetiva.

Ademais, a ausência de definição da controvérsia – ou a própria decisão prolatada pelas instâncias judiciais – poderá ser a concretização da lesão a preceito fundamental. Em um sistema dotado de órgão de cúpula que tem missão de guarda da Constituição, a multiplicidade ou a diversidade de soluções pode constituir-se, por si só, em ameaça ao princípio constitucional da segurança jurídica e, por conseguinte, em autêntica lesão a preceito fundamental.

Assim, tendo em vista o perfil objetivo da arguição de descumprimento, com legitimação diversa, dificilmente poder-se-á vislumbrar uma autêntica relação de subsidiariedade entre o novel instituto e as formas ordinárias ou convencionais de controle de constitucionalidade do sistema difuso, expressas, fundamentalmente, no uso do recurso extraordinário.

Como se vê, ainda que aparentemente pudesse ser o recurso extraordinário o meio hábil a superar eventual lesão a preceito fundamental nessas situações, na prática, especialmente nos processos de massa, a utilização desse instituto do sistema difuso de controle de constitucionalidade não se revela plenamente eficaz, em razão do limitado efeito do julgado nele proferido (decisão com efeito entre partes).

Assim sendo, é possível concluir que a simples existência de ações ou de outros recursos processuais – vias processuais ordinárias – não poderá servir de óbice à formulação da arguição de descumprimento. Ao contrário, tal como explicitado, a multiplicação de processos e decisões sobre um dado tema constitucional reclama, as mais das vezes, a utilização de um instrumento de feição concentrada, que permita a solução definitiva e abrangente da controvérsia.” (MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 1309)

ADPF 323 MC / DF

No julgamento da liminar na ADPF 33, o STF acolheu, em linhas gerais, a orientação acima sustentada e considerou cabível, em princípio, ADPF proposta em relação a lei estadual pré-constitucional, que indexava o reajuste dos vencimentos de determinado grupo de funcionários ao valor do salário mínimo. Essa orientação foi reafirmada na decisão de mérito (ADPF 33, de minha relatoria, julgada em 7.12.2005).

Nessas hipóteses, diante da inexistência de processo de índole objetiva apto a solver, de uma vez por todas, a controvérsia constitucional, afigura-se integralmente aplicável a arguição de descumprimento de preceito fundamental. É que as ações originárias e o próprio recurso extraordinário não parecem, as mais das vezes, capazes de resolver a controvérsia constitucional de forma geral, definitiva e imediata. A necessidade de interposição de uma pletera de recursos extraordinários idênticos poderá, em verdade, constituir-se em ameaça ao livre funcionamento do STF e das próprias Cortes ordinárias.

Dessa forma, o Supremo Tribunal poderá conhecer da arguição de descumprimento toda vez que o princípio da segurança jurídica estiver seriamente ameaçado, especialmente em razão de conflitos de interpretação ou de incongruências hermenêuticas causadas pelo modelo pluralista de jurisdição constitucional, desde que presentes os demais pressupostos de admissibilidade.

É fácil ver também que a fórmula da relevância do interesse público para justificar a admissão da arguição de descumprimento (explícita no modelo alemão) está implícita no sistema criado pelo legislador brasileiro, tendo em vista especialmente o caráter marcadamente objetivo que se conferiu ao instituto.

Assim, o Supremo Tribunal Federal poderá, ao lado de outros requisitos de admissibilidade, emitir juízo sobre a relevância e o interesse público contido na controvérsia constitucional, podendo recusar a admissibilidade da ADPF sempre que não vislumbrar relevância jurídica na sua propositura. Essa leitura compreensiva da cláusula da subsidiariedade constante no art. 4º, § 1º, da Lei 9.882/99 parece solver, com superioridade, a controvérsia em torno da aplicação do princípio do

ADPF 323 MC / DF

exaurimento das instâncias.

No caso, parece difícil identificar outro meio de sanar a lesividade, nos termos do entendimento desta Corte acerca do princípio da subsidiariedade, uma vez que em princípio não cabe ação direta de inconstitucionalidade contra súmula (ADI 594, Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 19.2.1992; RE 584.188 AgR, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 28.9.2010) e os recursos extraordinários interpostos contra decisões do TST não seriam aptos a afastar, em caráter incidental definitivo, a lesividade a preceito fundamental.

1.3. Objeto

A presente arguição de descumprimento de preceito fundamental tem como objeto alteração de entendimento jurisprudencial pelo TST e pelos Tribunais Regionais do Trabalho da 1ª e da 2ª Região, consubstanciada na atual redação da Súmula 277. Essa mudança teria ofendido diversos preceitos fundamentais ao interpretar dispositivo da Constituição Federal e dele deduzir suposta reintrodução, no ordenamento jurídico, de princípio já revogado por lei.

O Supremo Tribunal Federal entende que pode ocorrer lesão a preceito fundamental fundada em simples interpretação judicial do texto constitucional. Nesses casos, a controvérsia não tem por base a legitimidade de uma lei ou de um ato normativo, mas se assenta simplesmente na legitimidade de dada interpretação constitucional. No âmbito do recurso extraordinário, essa situação apresenta-se como um caso de decisão judicial que contraria diretamente a Constituição (art. 102, inciso III, alínea *a*).

Não parece haver dúvida de que, diante dos termos amplos do art. 1º da Lei 9.882/1999, essa hipótese poderá ser objeto de arguição de descumprimento – lesão a preceito fundamental resultante de ato do poder público –, até porque se cuida de uma situação trivial no âmbito de controle de constitucionalidade difuso.

Assim, o ato judicial de interpretação direta de uma norma

ADPF 323 MC / DF

constitucional poderá conter violação a um preceito fundamental. Nessa situação, caberá a propositura da arguição de descumprimento para afastar a lesão a preceito fundamental resultante de ato judicial do poder público, nos termos do art. 1º da Lei 9.882/99.

Exemplo de utilização da arguição de descumprimento de preceito fundamental como instrumento de controle de decisões judiciais foi o julgamento da ADPF 101 (Rel. Min. Cármen Lúcia, *DJe* 8.4.2011). Proposta pelo Presidente da República, a arguição não se dirigia contra lei ou ato normativo, mas tinha como objeto “*decisões judiciais que autorizam a importação de pneus usados*”, ao argumento de que violavam os preceitos fundamentais inscritos nos arts. 196 e 225 da Constituição da República.

Cumprido ressaltar, ainda com referência à ADPF enquanto instrumento de controle de interpretações judiciais, o julgamento da ADPF 144 (Rel. Min. Celso de Mello, *DJe* 26.2.2010), ocasião em que se questionava a interpretação judicial do Tribunal Superior Eleitoral que afirmou não ser autoaplicável o § 9º do art. 14 da Constituição, como forma de impedir a candidatura dos chamados *fichas sujas*.

Tem-se aqui inequívoca utilização da arguição de descumprimento de preceito fundamental como instrumento de impugnação de decisões judiciais.

Problema igualmente relevante coloca-se em relação às decisões de única ou de última instância que, por falta de fundamento legal, acabam por lesar relevantes princípios da ordem constitucional.

Uma decisão judicial que, sem fundamento legal, afete situação individual revela-se igualmente contrária à ordem constitucional, pelo menos ao direito subsidiário da liberdade de ação (*Auffanggrundrecht*) (Schlaich, *Das Bundesverfassungsgericht*, p. 108).

Se admitido, como expressamente estabelecido na Constituição, que os direitos fundamentais vinculam todos os Poderes e que a decisão judicial deve observar a Constituição e a lei, não é difícil compreender que a decisão judicial que se revele desprovida de base legal afronta algum direito individual específico, pelo menos o princípio da legalidade.

A propósito, a Corte Constitucional alemã assinalou:

ADPF 323 MC / DF

“Na interpretação do direito ordinário, especialmente dos conceitos gerais indeterminados, [*Generalklausel*] devem os Tribunais levar em conta os parâmetros fixados na Lei Fundamental. Se o Tribunal não observa esses parâmetros, então, ele acaba por ferir a norma fundamental que deixou de observar; nesse caso, o julgado deve ser cassado no processo de recurso constitucional” (*Verfassungsbeschwerde* (BVerfGE 7/198 (207); 12/113 (124); 13/318 (325), 18/85 (92 e ss.)). Cf., também, Rüdiger Zuck, *Das Recht der Verfassungsbeschwerde*, 2 ed., Munique, 1988, p. 220).

Não há dúvida de que essa orientação prepara algumas dificuldades, podendo converter a Corte Constitucional em autêntico Tribunal de revisão. É que, se a lei deve ser aferida em face de toda a Constituição, as decisões não de ter sua legitimidade verificada em face da Constituição e de toda a ordem jurídica. Se se admitisse que toda decisão contrária ao direito ordinário é uma decisão inconstitucional, ter-se-ia de acolher, igualmente, todo e qualquer recurso constitucional interposto contra decisão judicial ilegal. (Schlaich, *Das Bundesverfassungsgericht*, p. 109).

Enquanto essa orientação prevalece em relação às leis inconstitucionais, não se adota o mesmo entendimento no que concerne às decisões judiciais.

Por essas razões, o Tribunal alemão procura formular um critério que limita a impugnação das decisões judiciais mediante recurso constitucional. A admissibilidade deste dependeria, fundamentalmente, da demonstração de que, na interpretação e aplicação do Direito, o juiz desconsiderou por completo ou essencialmente a influência dos direitos fundamentais, de que a decisão se revela grosseira e manifestamente arbitrária na interpretação e aplicação do direito ordinário ou, ainda, de que foram ultrapassados os limites da construção jurisprudencial (Cf., sobre o assunto, Schlaich, *Das Bundesverfassungsgericht*, p. 109).

Não raras vezes observa a Corte Constitucional que determinada decisão judicial se afigura insustentável porque assente em interpretação

ADPF 323 MC / DF

objetivamente arbitrária da norma legal. (*BVerfGE* 64/389 (394)).

Assim, uma decisão que, *v.g.*, amplia o sentido de um texto normativo penal para abranger uma dada conduta é considerada inconstitucional, por afronta ao princípio *nullum crimen nulla poena sine lege* (Lei Fundamental alemã, art. 103, II).

Essa concepção da Corte Constitucional levou à formulação de uma teoria sobre os graus ou sobre a intensidade da restrição imposta aos direitos fundamentais (*Stufentheorie*), que admite uma aferição de constitucionalidade tanto mais intensa quanto maior for o grau de intervenção no âmbito de proteção dos direitos fundamentais. (Rüdiger Zuck, *Das Recht der Verfassungsbeschwerde*, 2º ed., Munique, 1988, p. 221).

Embora o modelo de controle de constitucionalidade exercido pelo *Bundesverfassungsgericht* revele especificidades decorrentes, sobretudo, do sistema concentrado, é certo que a ideia de que a não observância do direito ordinário pode configurar uma afronta ao próprio direito constitucional tem aplicação também entre nós.

Essa conclusão revela-se tanto mais plausível se se considera que, tal como a Administração, o Poder Judiciário está vinculado à Constituição e às leis (CF, art. 5º, § 1º).

Certamente afigurava-se extremamente difícil a aplicação desse entendimento, entre nós, no âmbito do recurso extraordinário. O caráter marcadamente individual da impugnação, a fragmentariedade das teses apresentadas nesse processo, a exigência estrita de prequestionamento contribuíam para dificultar a aplicação da orientação acima desenvolvida no âmbito do recurso extraordinário. A arguição de descumprimento de preceito fundamental vem libertar dessas amarras o questionamento da decisão judicial concreta.

No caso, o Tribunal Superior do Trabalho e os Tribunais Regionais da 1ª e da 2ª Região passaram a interpretar o art. 114, § 2º, do texto constitucional, com redação conferida pela EC 45/2004, de forma a dele extrair o princípio da ultratividade condicionada da norma coletiva, objeto de legislação já revogada.

ADPF 323 MC / DF

Entende a requerente que essa interpretação direta de norma constitucional, aparentemente realizada de forma casuística e sem suporte legal, ofenderia preceitos fundamentais.

Como visto, trata-se de duas hipóteses de lesão a preceito fundamental (lesão em decorrência de interpretação direta de norma constitucional, bem como de decisões proferidas sem base legal) passíveis de serem objeto de ADPF, nos termos da jurisprudência desta Corte.

A presente arguição de descumprimento de preceito fundamental é, portanto, cabível.

1.4. Parâmetro de controle

A CONFENEN indica como preceitos fundamentais violados pela alteração jurisprudencial questionada nessa ação o princípio da separação dos Poderes (art. 2º, 60, § 4º, III, CF) e o da legalidade (art. 5º, *caput*, CF).

No que se refere ao parâmetro de controle na ADPF, é muito difícil indicar, *a priori*, os preceitos fundamentais da Constituição passíveis de lesão tão grave que justifique o processo e julgamento da arguição de descumprimento.

Não há dúvida de que alguns desses preceitos estão enunciados, de forma explícita, no texto constitucional.

Assim, ninguém poderá negar a qualidade de preceitos fundamentais da ordem constitucional aos direitos e garantias fundamentais (art. 5º, entre outros). Da mesma forma, não se poderá deixar de atribuir essa qualificação aos demais princípios protegidos pela cláusula pétrea do art. 60, § 4º, da CF: o princípio federativo, a separação de Poderes e o voto direto, secreto, universal e periódico.

Por outro lado, a própria Constituição explicita os chamados “princípios sensíveis”, cuja violação pode dar ensejo à decretação de intervenção federal nos estados-membros (art. 34, inciso VII).

É fácil de ver que a amplitude conferida às cláusulas pétreas e a ideia de *unidade de Constituição* (*Einheit der Verfassung*) acabam por colocar parte significativa da Constituição sob a proteção dessas garantias. Tal tendência não exclui a possibilidade de um *engessamento* da ordem

ADPF 323 MC / DF

constitucional, obstando à introdução de qualquer mudança de maior significado. (Cf. Bryde, Brun-Otto, *Verfassungsentwicklung, Stabilität und Dynamik im Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Baden-Baden, 1982, p. 244).

Daí afirmar-se, correntemente, que tais cláusulas não de ser interpretadas de forma restritiva.

Essa afirmação simplista, em vez de solver o problema, pode agravá-lo, pois a tendência detectada atua no sentido não de uma interpretação restritiva das cláusulas pétreas, mas de uma interpretação restritiva dos próprios princípios por elas protegidos.

Essa via, em lugar de permitir um fortalecimento dos princípios constitucionais contemplados nas *garantias de eternidade*, como pretendido pelo constituinte, acarreta, efetivamente, seu enfraquecimento.

Assim, parece recomendável que eventual interpretação restritiva se refira à própria garantia de eternidade sem afetar os princípios por ela protegidos (Bryde, Brun-Otto, *Verfassungsentwicklung, Stabilität und Dynamik im Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, cit., p. 244).

Por isso, após reconhecer a possibilidade de que se confira uma interpretação ao art. 79, III, da Lei Fundamental, que não leve nem ao engessamento da ordem constitucional, nem à completa nulificação de sua força normativa, afirma Bryde que essa tarefa é preche de dificuldades:

“Essas dificuldades residem não apenas na natureza assaz aberta e dependente de concretização dos princípios constitucionais, mas também na relação desses princípios com as concretizações que eles acabaram por encontrar na Constituição. Se parece obrigatória a conclusão de que o art. 79, III, da Lei Fundamental não abarcou todas as possíveis concretizações no seu âmbito normativo, não se afigura menos certo que esses princípios seriam despidos de conteúdo se não levassem em conta essas concretizações. Isso se aplica sobretudo porque o constituinte se esforçou por realizar, ele próprio, os princípios básicos de sua obra. O princípio da

ADPF 323 MC / DF

dignidade humana está protegido tão amplamente fora do âmbito do art. 1º, que o significado da disposição nele contida acabou reduzido a uma questão secundária (defesa da honra), que, obviamente, não é objeto da garantia de eternidade prevista no art. 79, III. Ainda que a referência ao 1º não se estenda, por força do disposto no art. 1º, III, a toda a ordem constitucional, tem-se de admitir que o postulado da dignidade humana protegido no art. 79, III, não se realiza sem contemplar outros direitos fundamentais. Idêntico raciocínio há de se desenvolver em relação a outros princípios referidos no art. 79, III. Para o Estado de Direito da República Federal da Alemanha afigura-se mais relevante o art. 19, IV (garantia da proteção judiciária), do que o princípio da proibição de lei retroativa que a Corte Constitucional extraiu do art. 20. E, fora do âmbito do direito eleitoral, dos direitos dos partidos políticos e dos chamados direitos fundamentais de índole política, não há limite para a revisão constitucional do princípio da democracia” (Bryde Verfassungsentwicklung, cit., p. 245).

Essas assertivas têm a virtude de demonstrar que o efetivo conteúdo das *garantias de eternidade* somente será obtido mediante esforço hermenêutico. Apenas essa atividade poderá revelar os princípios constitucionais que, ainda que não contemplados expressamente nas cláusulas pétreas, guardam estreita vinculação com os princípios por elas protegidos e estão, por isso, cobertos pela garantia de imutabilidade que delas dimana.

Tal como enunciado normalmente nas chamadas “cláusulas pétreas”, os princípios merecedores de proteção parecem despidos de conteúdo específico. Que significa, efetivamente, “separação de poderes” ou “forma federativa”? Que é um “Estado de Direito Democrático”? Que significa “proteção da dignidade humana”?

Essas indagações somente podem ser respondidas, adequadamente, no contexto de determinado sistema constitucional. É o exame sistemático das disposições constitucionais integrantes do modelo constitucional que permitirá explicitar o conteúdo de determinado princípio.

ADPF 323 MC / DF

Ao se deparar com alegação de afronta ao princípio da divisão de Poderes de Constituição estadual em face dos chamados “princípios sensíveis” (representação interventiva), assentou o notável Castro Nunes lição que, certamente, se aplica à interpretação das cláusulas pétreas:

“Os casos de intervenção prefigurados nessa enumeração se enunciam por declarações de princípios, comportando o que possa comportar cada um desses princípios como dados doutrinários, que são conhecidos na exposição do direito público. E por isso mesmo ficou reservado o seu exame, do ponto de vista do conteúdo e da extensão e da sua correlação com outras disposições constitucionais, ao controle judicial a cargo do Supremo Tribunal Federal. Quero dizer com estas palavras que a enumeração é limitativa como enumeração. (...) A enumeração é taxativa, é limitativa, é restritiva, e não pode ser ampliada a outros casos pelo Supremo Tribunal. Mas cada um desses princípios é dado doutrinário que tem de ser examinado no seu conteúdo e delimitado na sua extensão. Daí decorre que a interpretação é restritiva apenas no sentido de limitada aos princípios enumerados; não o exame de cada um, que não está nem poderá estar limitado, comportando necessariamente a exploração do conteúdo e fixação das características pelas quais se defina cada qual deles, nisso consistindo a delimitação do que possa ser consentido ou proibido aos Estados” (Rp n. 94, Rel. Min. Castro Nunes, *Archivo Judiciario* 85/31 (34-35), 1947).

Essa orientação, consagrada pelo STF para os chamados “princípios sensíveis”, há de se aplicar à concretização das cláusulas pétreas e, também, dos chamados “preceitos fundamentais”.

É o estudo da ordem constitucional no seu contexto normativo e nas suas relações de interdependência que permite identificar as disposições essenciais para a preservação dos princípios basilares dos preceitos fundamentais em um determinado sistema. Tal como ensina Gomes Canotilho em relação à limitação do poder de revisão, a identificação do

ADPF 323 MC / DF

preceito fundamental não pode divorciar-se das conexões de sentido captadas do texto constitucional, fazendo-se mister que os limites materiais operem como verdadeiros *limites textuais implícitos*. (Canotilho. *Direito constitucional*, p. 1.136).

Dessarte, um juízo mais ou menos seguro sobre a lesão de preceito fundamental consistente nos princípios da divisão de Poderes, da forma federativa do Estado ou dos direitos e garantias fundamentais exige, preliminarmente, a identificação do conteúdo dessas categorias na ordem constitucional e, especialmente, das suas relações de interdependência.

Nessa linha de entendimento, a lesão a preceito fundamental não se configurará apenas quando se verificar possível afronta a um princípio fundamental, tal como assente na ordem constitucional, mas também a disposições que confirmam densidade normativa ou significado específico a esse princípio.

Haja vista as interconexões e interdependências dos princípios e das regras, talvez não seja recomendável proceder-se a uma distinção entre essas duas categorias, fixando-se um conceito extensivo de preceito fundamental, abrangente das normas básicas contidas no texto constitucional.

O próprio STF tem realizado essas associações, como demonstra o reconhecimento do princípio da anterioridade como cláusula pétrea, a despeito de não estar contemplado no âmbito normativo do art. 5º (ADI 939, Rel. Sidney Sanches, *DJ* de 18.3.1994; RE 448.558, de minha relatoria, *DJ* de 16.12.2005).

Percebe-se, pois, ser incontestável a qualidade de preceito fundamental atribuída aos princípios elencados nesta ação como possivelmente lesados pela nova orientação jurisprudencial da Justiça Trabalhista.

O princípio da legalidade (art. 5º, *caput*, CF) e o princípio da separação dos Poderes são dois elementos basilares do direito constitucional nacional, protegidos pela cláusula pétrea do art. 60, § 4º, da Constituição Federal.

Ademais, ao passar a determinar a vigência de cláusulas coletivas a

ADPF 323 MC / DF

momento posterior à eficácia do instrumento no qual acordadas, a Justiça Trabalhista, além de violar os princípios da separação dos Poderes e da legalidade, nos termos indicados na inicial, também ofende a supremacia dos acordos e das convenções coletivas (art. 7º, inciso XXVI, CF), outro flagrante preceito fundamental que deve ser igualmente resguardado.

É evidente, portanto, a existência de preceitos fundamentais potencialmente lesados na questão aqui discutida.

2. Breve histórico da prevalência da autonomia coletiva no STF

É preciso destacar, desde pronto, que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tende a valorizar a autonomia coletiva da vontade e da autocomposição dos conflitos trabalhistas, nos termos do art. 7º, XXVI, da Constituição Federal.

Mencione-se, nesse sentido, o RE 590.415-RG, Rel. Min. Roberto Barroso, no qual foi confirmada a validade de plano de dispensa incentivada devidamente chancelada por acordo coletivo:

“DIREITO DO TRABALHO. ACORDO COLETIVO. PLANO DE DISPENSA INCENTIVADA. VALIDADE E EFEITOS. 1. Plano de dispensa incentivada aprovado em acordo coletivo que contou com ampla participação dos empregados. Previsão de vantagens aos trabalhadores, bem como quitação de toda e qualquer parcela decorrente de relação de emprego. Faculdade do empregado de optar ou não pelo plano. 2. Validade da quitação ampla. Não incidência, na hipótese, do art. 477, § 2º da Consolidação das Leis do Trabalho, que restringe a eficácia liberatória da quitação aos valores e às parcelas discriminadas no termo de rescisão exclusivamente. 3. **No âmbito do direito coletivo do trabalho não se verifica a mesma situação de assimetria de poder presente nas relações individuais de trabalho. Como consequência, a autonomia coletiva da vontade não se encontra sujeita aos mesmos limites que a autonomia individual.** 4. A Constituição de 1988, em seu artigo 7º, XXVI, prestigiou a autonomia coletiva da

vontade e a autocomposição dos conflitos trabalhistas, acompanhando a tendência mundial ao crescente reconhecimento dos mecanismos de negociação coletiva, retratada na Convenção n. 98/1949 e na Convenção n. 154/1981 da Organização Internacional do Trabalho. O reconhecimento dos acordos e convenções coletivas permite que os trabalhadores contribuam para a formulação das normas que regerão a sua própria vida. 5. Os planos de dispensa incentivada permitem reduzir as repercussões sociais das dispensas, assegurando àqueles que optam por seu desligamento da empresa condições econômicas mais vantajosas do que aquelas que decorreriam do mero desligamento por decisão do empregador. É importante, por isso, assegurar a credibilidade de tais planos, a fim de preservar a sua função protetiva e de não desestimular o seu uso. 7. Provimento do recurso extraordinário. Afirmação, em repercussão geral, da seguinte tese: A transação extrajudicial que importa rescisão do contrato de trabalho, em razão de adesão voluntária do empregado a plano de dispensa incentivada, enseja quitação ampla e irrestrita de todas as parcelas objeto do contrato de emprego, caso essa condição tenha constado expressamente do acordo coletivo que aprovou o plano, bem como dos demais instrumentos celebrados com o empregado (grifo nosso)“.

Naquele feito, consignei, sobre o reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho, o seguinte:

“(..) é muito claro que o texto constitucional valoriza, de forma enfática, as convenções e os acordos coletivos. Veja-se a referência no inciso VI, e talvez aqui se trate de uma situação de exemplaridade, quando se diz que se assegura a irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo. Veja-se que é uma cláusula de grande importância, mas o próprio constituinte previu que pode haver uma situação em que, para a manutenção do emprego, seria

necessária a redução. E nós temos inúmeros exemplos disto no plano internacional. Vossa Excelência acompanha tanto a crise europeia, e sabemos que isso vem ocorrendo sistematicamente, porque a grave crise é a crise da falta de emprego.

Da mesma forma, no inciso XIII, temos novamente menção à importância do acordo ou convenção coletiva de trabalho, quando se diz: duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho.

Também, no inciso XIV: jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, salvo negociação coletiva. Veja, portanto, que o texto está lavrado com esse enfoque, no que diz respeito ao direito coletivo do trabalho.

(...)

Há uma outra questão que se manifesta em casos que tais, onde tomaram-se todas as cautelas de estilo - isso já foi ressaltado pelo ministro Teori Zavascki: é a observância do *pacta sunt servanda* e, também, de um princípio de lealdade negocial que Vossa Excelência manifestou -, no sentido de que não se pode agir contra fato próprio, a famosa fórmula de que não se pode *venire contra factum proprium*. Quer dizer, a tutela aqui vai - usando uma expressão muito cara ao ministro Marco Aurélio - a um limite demasiadamente largo ao pretender, realmente, tutelar este trabalhador, mas fortalecendo uma atitude de deslealdade negocial. Por outro lado, o ministro Barroso já o apontou bem, isto vem contra o preconizado no texto constitucional porque debilita a ideia de negociação coletiva e de acordos coletivos.

Há pouco eu lia uma crítica a essa jurisprudência protetiva da Justiça do Trabalho, especialmente do TST, no sentido, ministra Cármen Lúcia, de que essas propostas de anulação dos acordos, na parte em que supostamente interessava ao empregador, mantidos os ônus assumidos no que diz respeito ao trabalhador, estava levando a um desestímulo à negociação

ADPF 323 MC / DF

coletiva; e essa reclamação vinha dos próprios sindicatos de trabalhadores”.

Também na ADI 4364, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe 16.5.2011, que tinha como objeto lei complementar estadual que fixava piso salarial para certas categorias, o Supremo Tribunal Federal consignou a necessidade do reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho.

Em trecho da ementa desse julgado restou expresso o que se transcreve:

“6. A fim de manter-se o incentivo à negociação coletiva (art. 7º, XXVI, CF/88), os pisos salariais regionais somente serão estabelecidos por lei naqueles casos em que não haja convenção ou acordo coletivo de trabalho. As entidades sindicais continuarão podendo atuar nas negociações coletivas, desde que respeitado o patamar mínimo legalmente assegurado”.

Recentemente, em mais uma clara demonstração de que o Supremo Tribunal Federal vem reforçando o entendimento da prevalência constitucional do negociado em acordos e convenções coletivas, o Ministro Teori Zavascki, com base na jurisprudência da Corte, deu provimento a recurso extraordinário interposto contra acórdão do TST, que decidira pela invalidade de acordo coletivo de trabalho por entender serem as chamadas “horas in itinere” indisponíveis aos trabalhadores, em razão do disposto no art. 58, § 2º, da Consolidação das Leis do Trabalho.

No caso, o recorrente firmara acordo coletivo com o sindicato da categoria para que fosse suprimido o pagamento de tais horas e, em contrapartida, fossem concedidas outras vantagens aos empregados, como fornecimento de cestas básicas, seguro de vida e pagamento do salário-família além do limite legal.

Na decisão, o Ministro Teori Zavascki consignou o seguinte:

“O acórdão recorrido não se encontra em conformidade com a ratio adotada no julgamento do RE 590.415, no qual esta

ADPF 323 MC / DF

Corte conferiu especial relevância ao princípio da autonomia da vontade no âmbito do direito coletivo do trabalho. Ainda que o acordo coletivo de trabalho tenha afastado direito assegurado aos trabalhadores pela CLT, concedeu-lhe outras vantagens com vistas a compensar essa supressão. Ademais, a validade da votação da Assembleia Geral que deliberou pela celebração do acordo coletivo de trabalho não foi rechaçada nesta demanda, razão pela qual se deve presumir legítima a manifestação de vontade proferida pela entidade sindical.

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

Não se constata, por outro lado, que o acordo coletivo em questão tenha extrapolado os limites da razoabilidade, uma vez que, embora tenha limitado direito legalmente previsto, concedeu outras vantagens em seu lugar, por meio de manifestação de vontade válida da entidade sindical". (RE 895.759, Rel. Min. Teori Zavascki, DJ 22.9.2016).

Vê-se, pois, que na presente ação não estamos a tratar de mera ofensa reflexa à Constituição Federal, mas, sim, de alteração de interpretação judicial que parece não estar compatível com o texto constitucional, de modo a ofender preceitos fundamentais.

Alteração do paradigma do AI 731.954-RG

Importante ressaltar que o principal tema tratado na presente ADPF – a saber, a possibilidade de incorporação, a contrato individual de trabalho, de cláusulas normativas pactuadas em acordos coletivos – já foi objeto de análise desta Corte pela sistemática da repercussão geral.

O AI 731.954-RG, Rel. Min. Cezar Peluso (tema 193) teve como objeto a ultratividade da norma coletiva e a possibilidade de incorporação de vantagens conferidas mediante acordo ou convenção coletivos ao

ADPF 323 MC / DF

contrato individual de trabalho, nos termos definidos pela Súmula 277 do TST. O Supremo Tribunal Federal entendeu ser essa matéria de índole infraconstitucional, conforme assentado na jurisprudência da Corte.

Todavia, a discussão de então, apesar de guardar similitudes com o que é tratado nessa arguição de descumprimento de preceito fundamental, não parte do mesmo paradigma.

O mérito do tema 193 da sistemática da repercussão geral, julgado em 18 de setembro de 2009, teve como questão de fundo a Súmula 277 em sua redação original, que previa que *“as condições de trabalho alcançadas por força de sentença normativa vigoram no prazo assinado, não integrando, de forma definitiva, os contratos”*. Na decisão recorrida, o TST chegou a fazer expressa menção ao fato de que a referência a *“sentença normativa”* também alcançava as condições de trabalho instituídas mediante acordo ou convenção coletivos de trabalho, alteração redacional que foi posteriormente realizada.

O entendimento jurisprudencial daquela época estava, portanto, em evidente consonância com o reconhecimento constitucional da supremacia das convenções e acordos coletivos de trabalho, conforme disposto no art. 7º, XXVI.

Contudo, a nova orientação do Tribunal Superior do Trabalho, consubstanciada na Súmula 277, em redação de 2012, segue sentido diametralmente oposto, de modo não mais ser possível classificar o tema como matéria de índole infraconstitucional.

Consequentemente, houve alteração interpretativa consubstanciada em nova redação da Súmula 277 do TST a justificar nova análise sobre o caso em questão.

3. Ato lesivo

O ato lesivo objeto desta arguição de descumprimento de preceito fundamental está fundado em alteração de entendimento jurisprudencial assente em interpretação de norma constitucional, consubstanciada na atual redação da Súmula 277, do TST.

ADPF 323 MC / DF

Antes de passar à análise do ato lesivo, entendo ser necessário realizar breve sistematização doutrinária das principais questões relacionadas à adoção do princípio da ultratividade da norma coletiva.

Destaco, inicialmente, que a doutrina trabalhista indica partir o princípio da ultratividade da norma coletiva da premissa de buscar-se neutralizar a hegemonia da posição do empregador sobre a do trabalhador no momento da negociação coletiva. Com a ideia de inexistir negociação livre entre partes desiguais, estipula-se que a norma coletiva continue eficaz mesmo após o seu termo final de vigência, assegurando-se ao trabalhador garantias básicas e ferramentas com as quais possa iniciar tratativas futuras.

Em publicação acadêmica, os Ministros Augusto César Leite de Carvalho, Kátia Magalhães Arruda e Maurício Godinho Delgado, do Tribunal Superior do Trabalho, anotam:

“A ultra-atividade da norma coletiva, quando adotada a ultra-atividade condicionada, assegura a eficácia da convenção ou acordo coletivo cujo prazo de vigência estaria exaurido, de modo a não permitir que a categoria de empregados permaneça sem uma disciplina de suas condições específicas de trabalho. Sendo condicionada à superveniência de nova norma coletiva, o surgimento de nova normatização da matéria faz prevalecer a regra mais recente, ainda que tal signifique a redução de direito.” (CARVALHO, Augusto César Leite de, ARRUDA, Kátia Magalhães, DELGADO, Maurício Godinho. A Súmula n. 277 e a defesa da Constituição. In: **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, ano 78, out. a dez. 2012).

Vê-se que, ao menos teoricamente, o princípio da ultratividade condicionada aceita a ideia de eventual redução de direitos por novo instrumento negocial, já que determinada condição de trabalho poderá ser alterada, suprimida ou mantida em acordo seguinte. Difere-se, nesse ponto, do princípio da ultratividade absoluta, de acordo com o qual a norma coletiva favorável ao trabalhador automaticamente passa a integrar seu contrato individual de trabalho e não pode ser jamais

ADPF 323 MC / DF

suprimida. Trata-se de posicionamento seguido em países como Argentina, Bélgica e México (Cf. PESSOA, Roberto Freitas. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. A nova velha questão da ultra-atividade das normas coletivas e a Súmula nº 277 do Tribunal Superior do Trabalho. **In: Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, vol. 76, abr.-jun. 2010).

O principal fator positivo do princípio da ultratividade da norma coletiva seria evitar período de anomia jurídica entre o final da vigência da norma anterior e a superveniência da seguinte. Nesse ínterim, ao trabalhador estariam assegurados benefícios básicos anteriormente acordados, até sua confirmação ou alteração por novo instrumento.

Tal argumentação ignora, todavia, o amplo plexo de garantias constitucionais e legais já asseguradas aos trabalhadores, independentemente de acordo ou convenção coletiva. Na inexistência destes, os empregados não ficam desamparados, pois têm diversos direitos essenciais resguardados.

De fato, cessados os efeitos da norma acordada, as relações seguem regidas pelas demais disposições que compõem a legislação trabalhista, algumas até então afastadas por acordo ou convenção coletiva em questão. Não há, rigorosamente, anomia.

Em posição crítica, Julio Bernardo do Carmo aponta:

“Não existe anomia jurídica no Estado Democrático de Direito. Ora o fato da vida cotidiana é regido pela Constituição Federal, ora o é pela lei infraconstitucional federal, estadual ou municipal, ou pela autonomia da vontade privada (contratos), ou pelos costumes, ou pela sentença judicial que dirime o caso concreto levado às barras do Tribunal e assim sucessivamente, em uma cadeia lógica e ordenada de aplicação do direito aos multitudinários fatos da vida social.

Ora, dentro dessa teleologia exegética, aliás a única compatível com o Estado Democrático de Direito, temos que quando uma norma coletiva perde sua razão fundante de validade, ou seja, perde sua vigência e eficácia, não se lhe segue um período de anomia jurídica ou de vácuo legislativo, e sim mera diversidade de aplicação de normas substitutivas que

ADPF 323 MC / DF

passam automaticamente a reger a respectiva situação.

Assim, *e.g.*, se a fonte da cláusula mais favorável ao trabalhador era a norma coletiva, *e.g.*, um adicional de horas extras de 100%, exaurida a vigência do instrumento coletivo, e perscrutando-se a hierarquia que informa as fontes legais, veremos que a Constituição Federal passará a disciplinar a questão da sobrejornada efetuada pelo trabalhador, em face do disposto no inciso XVI do artigo 7º da Constituição Federal, passando a ser invocável o adicional de horas extras ali previsto de 50%.

E assim acontece com todas as demais cláusulas coletivas caducas, que passarão a ter novo fundamento de validade, ainda que transitoriamente mais desfavorável ao trabalhador. (CARMO, Júlio Bernardo do. A Súmula n. 277 do TST e a ofensa ao princípio da legalidade. In: **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região**, Belo Horizonte, v.55, n.85, p.75-84, jan./jun.2012).

A interpretação conferida pelo TST aos acordos coletivos, equiparando-os a lei, também é questão bastante discutida pela doutrina. Nesse ponto, é evidente que lei e acordos coletivos se diferenciam em diversos aspectos, como em relação à precariedade e ao cunho compromissório.

Sobre o tema, Antonio Carlos de Aguiar anota:

“O TST interpretou os acordos sindicais como se fosse lei. Mandou integrar as condições negociadas (que tinham prazo de validade!) de modo definitivo no contrato individual de trabalho, numa espécie de reconhecimento de direito adquirido (situação usual e adequada para condições previstas em lei e não em convenção ou acordo coletivo de trabalho!).”

E segue:

“Pois bem. Com todo o respeito, quando se interpretou

ADPF 323 MC / DF

um contrato coletivo como se fosse lei, na verdade o que fez foi o TST criar um "quiproquó jurídico" que espanca a segurança jurídica; desrespeita as instituições e sua autonomia coletiva privada; impacta custos para as empresas; além de tratar os representantes sindicais como cidadãos de segunda classe, que não têm autonomia para defender os interesses de seus representados." (AGUIAR, Antonio Carlos de. A negociação coletiva de trabalho (uma crítica à Súmula n. 277, do TST). In: **Revista Ltr**, vol. 77, nº 09, setembro de 2013).

Em relação a aspectos negativos, Sérgio Pinto Martins indica que a incorporação das normas coletivas ao contrato individual de trabalho implica obstar novas negociações coletivas e estimular que o empregador dispense aqueles trabalhadores que tenham cláusulas incorporadas em seus contratos de trabalho, a fim de admitir outros, com benefícios inferiores.

Para ele, trata-se de situação que tende a diminuir a viabilidade da negociação coletiva e aumentar os dissídios coletivos. E complementa:

“Não se pode dizer que há direito adquirido à manutenção da condição do contrato de trabalho estabelecida pela norma coletiva anterior, pois o inciso XXXV do artigo 5º da Lei Maior estabelece que "a lei não prejudicará o direito adquirido". Não é a convenção ou o acordo coletivo que não prejudicará o direito adquirido, mas a lei. Ademais, em decorrência do prazo determinado de vigência da norma coletiva, não se pode falar em incorporação de suas cláusulas no contrato de trabalho.

A convenção coletiva pode, portanto, ter tanto regras para melhorar as condições de trabalho como condições *in peius*. Assim, se as partes não quiseram a incorporação, esta não ocorrerá, pois há barganha para obtenção de novas condições de trabalho, implicando concessões recíprocas. A negociação entre as partes é feita no sentido de estabelecer concessões recíprocas para a outorga de outros benefícios. Se foi suprimido determinado benefício, pode ter ocorrido de, no conjunto, terem

ADPF 323 MC / DF

atribuído melhores benefícios aos trabalhadores.” (MARTINS, Sérgio Pinto. **Comentários às súmulas do TST**. São Paulo: Atlas, 2015).

É evidente, portanto, em breve análise, que o princípio da ultratividade da norma coletiva apresenta diversos aspectos que precisam ser levados em consideração quando de sua adoção ou não.

São questões que já foram apreciadas pelo Poder Legislativo ao menos em duas ocasiões – na elaboração e na revogação da Lei 8.542/1992 – e que deixam claro tratar-se de tema a ser definido por processo legislativo específico.

Feitas essas breves considerações, passo à análise da questão posta na presente arguição de descumprimento de preceito fundamental.

3.1. Caso concreto: a nova redação da Súmula 277 do TST.

Desde uma análise preliminar, parece evidente que a alteração jurisdicional consubstanciada na nova redação da Súmula 277 do TST suscita dúvida sobre a sua compatibilidade com os princípios da legalidade, da separação dos Poderes e da segurança jurídica. Ademais, causa igual perplexidade o caráter casuístico da aplicação do princípio da ultratividade das normas coletivas, como indicarei neste tópico.

Legalidade e separação dos Poderes

O novo entendimento do Tribunal Superior do Trabalho objeto da presente ADPF tem como fundamento a alteração redacional feita pela EC 45/2004 no § 2º do art. 114 da Constituição Federal.

A Corte trabalhista passou a interpretar a introdução do vocábulo “anteriormente” à expressão “convencionadas” como suposta reinserção do princípio da ultratividade condicionada da norma coletiva ao ordenamento jurídico brasileiro.

Em consulta à jurisprudência, vê-se que o entendimento aqui contestado segue sendo reiteradamente aplicado, com trechos da

fundamentação em destaque:

“RECURSO DE REVISTA. 1. PRESCRIÇÃO TOTAL DECLARADA EM PRIMEIRA INSTÂNCIA E AFASTADA PELO TRIBUNAL REGIONAL. PROSSEGUIMENTO NO EXAME DA CONTROVÉRSIA. POSSIBILIDADE. ARTIGO 515, § 3º DA CLT. CAUSA MADURA. (...) INTEGRAÇÃO DE REAJUSTE SALARIAL. PRAZO DE VIGÊNCIA DO INSTRUMENTO NORMATIVO. SÚMULA 277/TST. A controvérsia está centrada em definir se a condenação à integração dos reajustes deve ser limitada ao prazo de vigência do instrumento normativo que os autorizou. A discussão sobre o limite temporal da eficácia das cláusulas inscritas em acordos e convenções coletivas de trabalho, com fundamento nos arts. 613, II, e 614, § 3º, da CLT, **está superada pela compreensão imposta por esta Corte na Súmula 277, segundo a qual ‘integram os contratos individuais de trabalho e somente poderão ser modificadas ou suprimidas mediante negociação coletiva de trabalho.’** A diretriz inscrita na referida súmula deriva da nova realidade instituída pela EC 45/2004, que, ao introduzir reforma expressiva na estrutura do Poder Judiciário, dispôs que a Justiça do Trabalho apenas poderia solucionar conflitos coletivos de trabalho mediante comum acordo das partes interessadas (CF, art. 114, § 2º), situação que acabou impondo retrocesso social inadmissível e inconstitucional, por afronta ‘caput’ do art. 7º da CF, ante a recusa sistemática da classe patronal em submeter, após frustradas as tentativas de negociação coletiva, as disputas ao crivo do Poder Judiciário. Mas, para além desses aspectos, determinadas cláusulas ajustadas coletivamente incorporam-se, pela sua própria natureza, de forma definitiva aos contratos de trabalho, não podendo ser suprimida, como no caso dos reajustes salariais. Afora a circunstância de que tais reajustes, fruto de negociação coletiva, apenas objetivam a recomposição do equilíbrio entre as obrigações contratuais assumidas por empregados e empregadores, equilíbrio esse

ADPF 323 MC / DF

rompido pelo natural desgaste do poder aquisitivo da moeda advindo do processo econômico inflacionário, é fato que a própria Constituição impede a redução de salários, salvo por meio de negociação coletiva (CF, art. 7º, VI), o que não se verifica no caso dos autos. **Nesse cenário, a integração de reajustes salariais previstos em normas coletivas não configura contrariedade à Súmula 277 do TST.** Recurso de revista não conhecido”. (RR - 1412-26.2012.5.05.0019 , Relator Ministro: Douglas Alencar Rodrigues, Data de Julgamento: 05/08/2015, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 07/08/2015, grifos nossos)

Em princípio o TST parece valer-se de alteração meramente semântica, que não pretendeu modificar a essência do dispositivo constitucional e, conseqüentemente, aumentar o âmbito de competências da Justiça do Trabalho.

Nesse aspecto, o Ministro Ives Gandra da Silva Martins Filho esclarece que a palavra “anteriormente” foi introduzida no § 2º do art. 114 da Constituição Federal em verdade para especificar, ainda mais, o limite mínimo a ser respeitado pelo poder normativo da Justiça do Trabalho (MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. **Processo coletivo do trabalho.** São Paulo: Ltr, 2009, p. 41-43).

Este seria o verdadeiro sentido da norma: constitucionalizar o princípio da manutenção da condição mais favorável ao trabalhador nos termos do art. 468, *caput*, da CLT (“*Nos contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento, e ainda assim desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia*”), também no âmbito das sentenças normativas.

E complementa:

“a incorporação apenas é garantida no caso específico de norma convencional anterior, se o conflito for apreciado pelo judiciário Trabalhista, já que este não poderá deixar de incluir na sentença normativa as vantagens previstas no acordo cuja

ADPF 323 MC / DF

vigência expirou. A manutenção das conquistas anteriores, nesse caso, fica condicionada apenas à sua especificação quanto às cláusulas que se deseja ver mantidas na nova norma coletiva de trabalho.

Assim, a única fórmula que restaria ao empregador para desonerar-se de concessão que um dia fez aos empregados via de acordo coletivo seria a consecução de novo acordo em que a cláusula indesejável não fosse incluída. Mas, nesse caso, o desiderato patronal apenas lograria êxito mediante compensação com outra espécie de vantagem a ser concedida, menos onerosa para a empresa, como fruto da negociação coletiva. Isso se torna comum nos contextos econômicos de recessão, quando a preservação do emprego é mais importante que o aumento das vantagens salariais (que poderão inclusive ser diminuídas).

Verifica-se, pois, que o dispositivo constitucional em comento não trouxe, na verdade, elemento novo em relação à incorporação das normas coletivas aos contratos individuais de trabalho, senão reflexa e parcialmente, na medida em que impõe a manutenção, na sentença normativa posterior, das vantagens constantes do instrumento coletivo anterior, se este era convenção ou acordo (natureza convencional e não impositiva)." (MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. **Processo coletivo do trabalho**. São Paulo: Ltr, 2009, p. 41-43)

Vê-se, assim, que, se há norma convencional anterior, a Justiça do Trabalho não pode estabelecer, por seu poder normativo, ao julgar dissídio coletivo, condição menos favorável ao trabalhador do que aquela prevista no acordo ou na convenção coletiva que será por ela substituída por sentença normativa.

O vocábulo introduzido pela EC 45/2004 é voltado, portanto, a delimitar o poder normativo da Justiça do Trabalho. Na hipótese de não ser ajuizado dissídio coletivo, ou não firmado novo acordo, a convenção automaticamente estará extinta.

Daí se percebe que o espírito do legislador constituinte passou longe

ADPF 323 MC / DF

da ideia de suposta revitalização do princípio da ultratividade da norma coletiva.

Deduzir-se o pretendido pela Justiça Trabalhista poderia configurar verdadeira fraude hermenêutica, destinada apenas a extrair-se – de onde não há – interpretação que a auxilie a fundamentar o que deseja.

Trata-se de autêntica *jurisprudência sentimental*, seguida em moldes semelhantes à adotada pelo bom juiz Magnaud. Magistrado do Tribunal de primeira instância de Château-Thierry, na França, no qual atuou de 1889 a 1904, passou a ser conhecido como o *bom juiz* por amparar mulheres e menores, por atacar privilégios, por proteger plebeus, ao interpretar a lei de acordo com classe, mentalidade religiosa ou política das partes.

Em suas decisões, o bom juiz Magnaud “não jogava com a Hermenêutica, em que nem falava sequer. Tomava atitudes de tribuno; usava de linguagem de orador ou panfletário; empregava apenas argumentos humanos sociais, e concluía do alto, dando razão a este ou àquele sem se preocupar com os textos”. (MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 68).

A ideia de que cada decisão judicial é atividade criadora de Direito, não apenas aplicação de norma pronta, teve diversos adeptos na Europa no final do século XIX.

O chamado “Movimento do Direito Livre”, do qual é considerado precursor o escrito *Gesetz und Richteramt*, de Oskar Bülow, publicado em 1885, seguia o princípio de que haveria pluralidade de significados para a aplicação de determinado texto de lei, cabendo ao juiz ponderar o que acreditava ser a mais justa, em verdadeira livre investigação do direito. O magistrado não teria limites no momento de decidir litígios. (LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 78).

É esse ativismo um tanto quanto *naif* que o TST parece pretender seguir na espécie.

Também a Justiça do Trabalho não pode perder de vista a realidade

ADPF 323 MC / DF

e, a partir de visões próprias de mundo, focada a atingir determinado fim que entende nobre, atuar como o bom juiz Magnaud. Há limites que precisam ser observados no Estado democrático de direito e dos quais não se pode deliberadamente afastar para favorecer grupo específico.

Em crítica à interpretação que desde o início já está voltada a obter determinado fim, Carlos Maximiliano pondera:

“Cumpre evitar, não só o demasiado apego à letra dos dispositivos, como também o excesso contrário, o de *forçar a exegese* e deste modo **encaixar na regra escrita, graças à fantasia do hermeneuta, as teses pelas quais este se apaixonou, de sorte que vislumbra no texto ideias apenas existentes no próprio cérebro, ou no sentir individual, desvairado por ojerizas e pendores, entusiasmos e preconceitos**” (MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 84, grifos nossos).

Não cabe ao Tribunal Superior do Trabalho agir excepcionalmente e, para chegar a determinado objetivo, interpretar norma constitucional de forma arbitrária.

Ademais, a existência de norma legal – já revogada – sobre o tema é aspecto que não pode ser igualmente ignorado. O §1º do art. 1º da Lei 8.542/1992 expressamente estabelecia que “as cláusulas dos acordos, convenções ou contratos coletivos de trabalho integram os contratos individuais de trabalho e somente poderão ser reduzidas ou suprimidas por posterior acordo, convenção ou contrato coletivo de trabalho”.

Assim como qualquer outro diploma legislativo, esse também foi submetido a ampla discussão. Com observância da publicidade, da transparência, foi analisado sob a perspectiva da necessidade e da proporcionalidade de suas medidas.

Mesmo procedimento foi observado na elaboração da Lei 10.192, de 23 de dezembro de 2001, que decorre da conversão da Medida Provisória 1.709/1998 e revogou a Lei 8.542/1992. Em rediscussão da matéria, o Poder Legislativo entendeu por bem retirar o princípio da ultratividade da

ADPF 323 MC / DF

norma coletiva do ordenamento jurídico nacional.

É no mínimo exótico, portanto, que um tema que tenha sido mais de uma vez objeto de análise pelo Poder Legislativo – em amplo processo democrático de elaboração de leis – retorne ao cenário jurídico por meio de simples reunião interna de membros do Tribunal Superior do Trabalho.

A Corte trabalhista, em sessão para definir quais súmulas e orientações suas deveriam ser alteradas ou atualizadas, conseguiu a façanha de não apenas interpretar arbitrariamente norma constitucional, de modo a dela extrair o almejado, como também de ressuscitar princípio que somente deveria voltar a existir por legislação específica.

Nesse sentido, o Ministro Ives Gandra da Silva Martins Filho aponta:

“(...) se o legislador efetivamente quisesse a não ultratividade, teria manifestado expressamente esse desiderato na nova norma. A ultratividade é exceção, não regra. A norma legal que rege a matéria é o § 3º do art. 614 da CLT, que limita a dois anos a vigência dos acordos e convenções coletivas. Pretender o contrário, apenas com previsão legal, a qual foi revogada expressamente pelo legislador.” (MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. Os pilares do direito do trabalho: os princípios jurídicos e as teorias gerais (uma reflexão sobre sua aplicação). **In: Os pilares do direito do trabalho**. São Paulo: Lex, 2013).

E conclui:

“Como se vê, o caso é paradigmático de substituição ao legislador, e com contundente impacto no mundo jurídico, gerando, da noite para o dia, passivos trabalhistas, sem que se tivesse algum processo sendo julgado para se discutir a matéria, até com sustentações orais e entrega de memoriais. Em debate fechado - ao contrário do que aconteceria se a matéria fosse debatida no Congresso Nacional ou seguidos os trâmites regimentais para alteração de súmula, com parecer da

ADPF 323 MC / DF

Comissão de Jurisprudência (RITST, art. 163, §§ 1º e 2º) - criou-se direito novo ao operariado, que praticamente sepulta a negociação coletiva, desestimulando a concessão de vantagens por parte do empresariado, sabendo que serão definitivamente incorporadas ao contrato de trabalho, quando é da natureza da negociação ser periódica e limitada.

(...)

Esse caso é típico de ativismo judiciário e voluntarismo jurídico que transmuda a função do magistrado, de julgador para a de legislador, pois sequer houve caso julgado a dar supedâneo à nova súmula. E nem se diga que algum precedente da SDC anterior à nova redação da súmula poderia ser invocado como justificador da nova orientação, na medida em que o art. 165 do RITST só admite precedentes da SDI para edição de súmulas, uma vez que a SDC exerce poder normativo, gerando precedentes normativos e não súmulas, sendo que estas últimas é que são aplicadas aos dissídios individuais, onde se exerce jurisdição e não o poder normativo da Seção de Dissídios Coletivos.” (MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. Os pilares do direito do trabalho: os princípios jurídicos e as teorias gerais (uma reflexão sobre sua aplicação). **In: Os pilares do direito do trabalho.** São Paulo: Lex, 2013).

Em sentido semelhante, as observações de Júlio Bernardo do Carmo:

“Não tendo a Constituição Federal se ocupado dessa tarefa, o problema relacionado não só à vigência de normas coletivas *lato sensu*, como também à de sua possível ultra-atividade, depende sim de previsão expressa no plano legislativo infraconstitucional. (CARMO, Júlio Bernardo do. A Súmula n. 277 do TST e a ofensa ao princípio da legalidade. In: Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, Belo Horizonte, v.55, n.85, p.75-84, jan./jun.2012).

E prossegue:

ADPF 323 MC / DF

“A questão da incorporação definitiva da cláusula mais favorável ao contrato individual de trabalho deve e tem que ser dissociada tanto no plano individual como no plano coletivo do direito do trabalho.

No plano do direito individual do trabalho, em face do dirigismo estatal, e da natureza de ordem pública e de irrenunciabilidade dos preceitos que outorgam direitos sociais aos trabalhadores, a regra é a de que a norma mais favorável adere sempre ao contrato de trabalho, não mais podendo ser suprimida em seu prejuízo.

Já no plano do direito coletivo a norma mais favorável ao trabalhador não decorre de ato legislativo típico e sim da autonomia privada coletiva, mesmo considerando-se que esta última pode não vingar, ocupando-se o Estado-Juiz de dar prosseguimento normatizado à negociação coletiva malograda.

A singularidade permanece porque, mesmo no âmbito do poder normativo, o Judiciário trabalhista não edita lei abstrata e válida para todos e sim uma norma específica que vai reger a situação de trabalhadores que estão inseridos em determinada categoria profissional.

Ou seja, uma coisa é invocar a inalterabilidade de uma cláusula mais favorável ao trabalhador quando oriunda de uma lei trabalhista cogente, imperativa e inalterável *ad libito* das partes; outra bem diversa é invocar a inalterabilidade ou perpetuidade de uma cláusula favorável ao trabalhador quando advinda, não de lei imperativa e categórica, mas sim da autonomia privada coletiva de que desfrutam os entes sindicais quando celebram um acordo ou uma convenção coletiva de trabalho. Ou mesmo quando a norma coletiva, como é curial, provém de uma sentença normativa, que substitui a autonomia privada coletiva malograda pela imposição da vontade do Estado-Juiz.

No plano individual trabalhista, o contrato de trabalho tende para a indeterminação de prazo e, mesmo nos chamados contratos por prazo determinado, a inalterabilidade da cláusula mais favorável decorre diretamente da lei, muito embora

ADPF 323 MC / DF

transite antes pela vontade manifesta do empregador que cogita a benesse, a exterioriza no mundo físico e torna-a realidade imutável no mundo do direito do trabalho.

Ou seja, no plano do direito individual do trabalho a inalterabilidade da cláusula mais favorável, decorrendo diretamente de uma lei imperativa e categórica, está totalmente dissociada da noção de prazo do contrato de trabalho; ela é atemporal, e, uma vez reconhecida pelo Estado-Juiz, a situação de inalterabilidade da cláusula mais favorável ao trabalhador é irreversível e imodificável. As normas coletivas, por outro lado, todas, sem exceção, têm prazo de vigência determinado, imposto por lei e suas cláusulas são frutos da autonomia privada coletiva ou de um ato heterônomo estatal que a substitui. Tendo prazo de vigência imperativa delineado na lei, as cláusulas coletivas não podem viver de forma atemporal, cessando sua eficácia com o exaurimento do prazo de vigência da norma coletiva.

Outro argumento que milita contra a teoria da ultra-atividade condicionada da norma coletiva, em face da total ausência de respaldo legal para referendá-la, consubstancia-se na peculiaridade de que uma das garantias constitucionais atinentes aos direitos sociais é a conhecida irredutibilidade do salário ou a rigorosa observância da duração do trabalho normal, ressalvado o disposto em negociação coletiva.” (CARMO, Júlio Bernardo do. A Súmula n. 277 do TST e a ofensa ao princípio da legalidade. In: Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, Belo Horizonte, v.55, n.85, p.75-84, jan./jun.2012).

Vê-se, pois, que não apenas o princípio da legalidade, mas também o da separação dos Poderes afigura-se atingido com essa atuação indevida.

Sobre o tema, anoto ademais:

“A usurpação da competência do legislador positivo foi deveras desastrosa, porque longe de otimizar, pode, sim, emperrar o surgimento de novas cláusulas favoráveis aos

ADPF 323 MC / DF

trabalhadores em instrumentos coletivos, já que, aderindo inapelavelmente os contratos individuais de trabalho, amargaria ainda mais o oneroso encargo social do patronato, incutindo um medo generalizado de outorgar tais benesses.” (CARMO, Júlio Bernardo. A Súmula n. 277 do TST e a ofensa ao princípio da legalidade. **In: Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região**, Belo Horizonte, v.55, n.85, p.75-84, jan./jun.2012).

Ao avocar para si a função legiferante, a Corte trabalhista afastou o debate público e todos os trâmites e as garantias típicas do processo legislativo, passando, por conta própria, a ditar não apenas norma, mas os limites da alteração que criou. Tomou para si o poder de ponderação acerca de eventuais consequências desastrosas e, mais, ao aplicar entendimento que ela mesma estabeleceu, também o poder de arbitrariamente selecionar quem por ele seria atingido.

Segurança jurídica

Verifica-se que, sem legislação específica sobre o tema, o Tribunal Superior do Trabalho realiza verdadeiro “zigue-zague” jurisprudencial, ora entendendo ser possível a ultratividade, ora a negando, de forma a igualmente vulnerar o princípio da segurança jurídica.

Sem precedentes ou jurisprudência consolidada, o TST resolveu de forma repentina – em um encontro do Tribunal para modernizar sua jurisprudência! – alterar dispositivo constitucional do qual flagrantemente não se poderia extrair o princípio da ultratividade das normas coletivas.

Da noite para o dia, a Súmula 277 passou de uma redação que ditava serem as normas coletivas válidas apenas no período de vigência do acordo para o entendimento contrário, de que seriam válidas até que novo acordo as alterasse ou confirmasse.

A alteração de entendimento sumular sem a existência de precedentes que a justifiquem é proeza digna de figurar no livro do

ADPF 323 MC / DF

Guinness, tamanho o grau de ineditismo da decisão que a Justiça Trabalhista pretendeu criar.

Em tentativa de conferir aparente proteção à segurança jurídica, algumas turmas do TST chegaram a determinar que a nova redação da Súmula 277, ou seja, que admite a ultratividade, seria válida apenas para convenções e acordos coletivos posteriores a sua publicação. Isso tudo, ressalte-se, de forma arbitrária, sem nenhuma base legal ou constitucional que a autorizasse a tanto.

Aplicação casuística

Como se vê, a mudança de posicionamento da Corte trabalhista consubstanciada na nova Súmula 277, em sentido diametralmente oposto ao anteriormente entendido, ocorreu sem nenhuma base sólida, mas fundamentada apenas em suposta autorização advinda de mera alteração redacional de dispositivo constitucional.

Se já não bastasse a interpretação arbitrária da norma da Constituição Federal, igualmente grave é a peculiar forma de aplicação da Súmula 277 do TST pela Justiça Trabalhista.

Não são raros os exemplos da jurisprudência a indicar que a própria súmula – que objetiva interpretar dispositivo constitucional – é igualmente interpretada no sentido de ser aplicável apenas a hipóteses que beneficiem um lado da relação trabalhista.

Em outras palavras, decanta-se casuisticamente um dispositivo constitucional até o ponto que dele consiga ser extraído entendimento que se pretende utilizar em favor de determinada categoria.

Mencione-se, nesse sentido:

“PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS EM FERIADOS. AUTORIZAÇÃO PREVISTA EM NORMA COLETIVA COM PERÍODO DE VIGÊNCIA JÁ EXPIRADO. PREVISÃO DE CONDIÇÃO MAIS GRAVOSA AO EMPREGADO. NORMA COLETIVA NÃO INCORPORADA AO CONTRATO DE

TRABALHO. SÚMULA Nº 277 DO TST INAPLICÁVEL. A controvérsia cinge-se em saber se a autorização acerca do trabalho em feriados, prevista em norma coletiva, com prazo de vigência já expirado, possui eficácia ultrativa, aplicando-se aos biênios subsequentes, em razão da ausência de norma coletiva posterior dispendo em sentido contrário. Discute-se a aplicabilidade da nova redação da Súmula nº 277 do TST. Ressalta-se que, no caso dos autos, não há notícia acerca de nova negociação coletiva, disciplinando o labor em feriados para a categoria profissional do autor. **Importante salientar, entretanto, para que a ultratividade dos acordos coletivos e das convenções coletivas de trabalho, prevista na Súmula nº 277 do TST, na sua atual redação, seja, efetivamente, um instrumento de garantia dos direitos dos trabalhadores, a aplicação desse verbete deve se amoldar aos princípios da proteção e da condição mais benéfica. Ademais, cumpre salientar que a aplicação da nova redação da Súmula nº 277 desta Corte pressupõe a existência, no caso concreto, de norma que não seja prejudicial ao trabalhador, admitindo-se, assim, que determinada cláusula normativa se protraia no tempo até que sobrevenha alteração por meio de nova negociação coletiva, desde que, como referido, não prejudique os empregados, sendo essa a melhor exegese a respeito da matéria, à luz da citada súmula.** Com efeito, a cláusula normativa invocada pela reclamada, pela qual se autorizou o labor em dias feriados, não aderiu ao contrato de trabalho do autor, porquanto a supressão do direito do trabalhador à folga no feriado consiste em condição mais gravosa, devendo ser limitada ao período subscrito na norma, qual seja, o biênio 2012/2013. Intacta a Súmula nº 277 do Tribunal Superior do Trabalho. Precedentes. Recurso de revista conhecido e desprovido”. (RR - 10726-83.2013.5.15.0018 , Relator Ministro: José Roberto Freire Pimenta, Data de Julgamento: 26/04/2016, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 29/04/2016, grifos nossos)

Vê-se, pois, que, ao mesmo tempo que a própria doutrina exalta o

ADPF 323 MC / DF

princípio da ultratividade da norma coletiva como instrumento de manutenção de uma certa ordem para o suposto vácuo existente entre o antigo e o novo instrumento negocial, trata-se de lógica voltada para beneficiar apenas os trabalhadores.

Da jurisprudência trabalhista, constata-se que empregadores precisam seguir honrando benefícios acordados, sem muitas vezes, contudo, obter o devido contrabalanceamento.

Ora, se acordos e convenções coletivas são firmados após amplas negociações e mútuas concessões, parece evidente que as vantagens que a Justiça Trabalhista pretende ver incorporadas ao contrato individual de trabalho certamente têm como base prestações sinalagmáticas acordadas com o empregador. Essa é, afinal, a essência da negociação trabalhista. Parece estranho, desse modo, que apenas um lado da relação continue a ser responsável pelos compromissos antes assumidos – ressalte-se, em processo negocial de concessões mútuas.

4. Conclusão

Desse modo, em análise mais apurada do que se está aqui a discutir, em especial com o recebimento de informações do Tribunal Superior do Trabalho e dos Tribunais Regionais do Trabalho da 1ª e da 2ª Região, bem como por verificar, em consulta à jurisprudência atual, que a Justiça Trabalhista segue reiteradamente aplicando a alteração jurisprudencial consolidada na nova redação da Súmula 277, claramente firmada sem base legal ou constitucional que a suporte, entendo, em análise preliminar, estarem presentes os requisitos necessários ao deferimento do pleito de urgência.

Reconsidero, por esses motivos, a aplicação do art. 12 da Lei 9.868/1999 (eDOC 10).

Em relação ao pedido liminar, ressalto que não tenho dúvidas de que a suspensão do andamento de processos é medida extrema que deve ser adotada apenas em circunstâncias especiais. Em juízo inicial, todavia, as razões declinadas pela requerente, bem como a reiterada aplicação do

ADPF 323 MC / DF

entendimento judicial consolidado na atual redação da Súmula 277 do TST, são questões que aparentam possuir relevância jurídica suficiente a ensejar o acolhimento do pedido.

Da análise do caso extrai-se indubitavelmente que se tem como insustentável o entendimento jurisdicional conferido pelos tribunais trabalhistas ao interpretar arbitrariamente a norma constitucional.

Ante o exposto, defiro o pedido formulado e determino, desde já, **ad referendum do Pleno** (art. 5º, §1º, Lei 9.882, de 1999) 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.

Dê-se ciência ao Tribunal Superior do Trabalho, aos Tribunais Regionais do Trabalho da 1ª e da 2ª Região e ao Conselho Superior da Justiça do Trabalho, para as necessárias providências (art. 5º, § 3º, Lei 9.882, de 1999).

Comunique-se com urgência.

Publique-se.

Brasília, 14 de outubro 2016.

Ministro **GILMAR MENDES**

Relator

Documento assinado digitalmente