



UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO

**CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE DAS
SENTENÇAS NORMATIVAS E A MODULAÇÃO TEMPORAL DOS
EFEITOS**

DÓRIS EVANY ABREU CARVALHO

Fortaleza-Ceará
2010

DÓRIS EVANY ABREU CARVALHO

**CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE DAS
SENTENÇAS NORMATIVAS E A MODULAÇÃO TEMPORAL DOS
EFEITOS**

Monografia submetida à Coordenação do Curso de Graduação em Direito, da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para a obtenção do grau de bacharel em Direito.

Área de Concentração: Controle de Constitucionalidade e Sentenças Normativas proferidas em dissídio coletivo de natureza econômica.

Orientação: Prof. Dr. Emmanuel T. Furtado.

Fortaleza-Ceará
2010

DÓRIS EVANY ABREU CARVALHO

**CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE DAS
SENTENÇAS NORMATIVAS E A MODULAÇÃO TEMPORAL DOS
EFEITOS**

Monografia submetida à Coordenação do Curso de Graduação em Direito, da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para a obtenção do grau de bacharel em Direito. Área de Concentração: Controle de Constitucionalidade e Sentenças Normativas proferidas em dissídio coletivo de natureza econômica.

Aprovada em: ____/____/____.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Emmanuel T. Furtado (Orientador)
Universidade Federal do Ceará

Emílio de Medeiros Viana (Mestrado)
Universidade Federal do Ceará - UFC

Michelle Amorim Sancho Souza (Mestrado)
Universidade Federal do Ceará - UFC

Primeiramente, agradeço a Deus, pois:

Senhor, tu me sondaste, e me conheces. Tu sabes o meu assentar e o meu levantar; de longe entendes o meu pensamento. Cercas o meu andar, e o meu deitar; e conheces todos os meus caminhos. Não havendo ainda palavra alguma na minha língua, eis que logo, ó Senhor, tu conheces. Tu me cercaste por detrás e por diante, e puseste sobre mim a tua mão. Tal ciência é para mim maravilhosíssima; tão alta que não a posso atingir. Para onde me irei do teu espírito, ou para onde fugirei de tua face? [...] Tua mão me guiará e a tua destra me sustentará. [...] Eu te louvarei, porque de um modo assombroso, e tão maravilhoso fui feito; maravilhosas são as tuas obras, e a minha alma o sabe bem. [...] Os teus olhos viram o meu corpo ainda informe; e no teu livro todas estas coisas foram escritas; as quais em continuação foram formadas, quando nem ainda uma delas havia. [...] Sonda-me, ó Deus, e conhece o meu coração; prova-me, e conhece os meus pensamentos. Sl. 139

À minha mãe – metade adorada de mim –, que em todos os momentos de conflito e incertezas está a me mostrar por onde devo ir ou permanecer, se assim for.

AGRADECIMENTOS

Ao Professor Doutor Emmanuel T. Furtado, Juiz do Trabalho do TRT da 7ª Região, por aceitar prontamente a tarefa de realizar a orientação, pelo apoio prestado na realização deste Trabalho e pela grande demonstração de profissionalismo, apesar do assoberbamento de suas atribuições.

Aos Mestrandos Michelle Amorim Sancho Souza e Emílio de Medeiros Viana, Juiz de Direito, por honrarem com as suas participações na banca examinadora desta monografia, bem como pelos conselhos jurídicos prestados.

À Professora Doutora Angela Cristina Pelicioli pela disponibilidade em atender às minhas requisições. O fornecimento de seu livro foi, extremamente, importante para a ampliação dos conhecimentos desta monografia.

Ao servidor do TRT-7ª Região Esdras Campelo por ter enriquecido esta obra com seus preciosos conselhos, e à ajuda das bibliotecárias desse Tribunal.

Esse texto é nosso, pois, sem os senhores, a concepção ora apresentada seria intimista e frágil. A todos serei sempre grata.

Os Ventos, que, às vezes,
tiram algo que amamos, são os
mesmo que nos trazem algo que
aprendemos a amar. Por isso, não
devemos chorar pelo que nos foi
tirado. E sim, aprender a amar o
que nos foi dado. Pois, tudo
aquilo que é realmente nosso
nunca se vai para sempre.

Fernando Pessoa

RESUMO

O estudo versa sobre o controle difuso de constitucionalidade nas sentenças normativas, que são proferidas em dissídio coletivo de natureza econômica, a fim de estabelecer um limite ao Poder Normativo dessas decisões, quando proferidas em desconformidade com a Carta Magna. A pesquisa é bibliográfica, cujo campo de investigação se dá em livros, jurisprudências, publicações especializadas, teses de mestrado ou doutorado e artigos publicados na internet. O referencial teórico dá-se por meio de doutrinas, legislações e jurisprudências, com fulcro nos temas referentes ao controle difuso de constitucionalidade e sua atuação nas sentenças normativas, bem como a possibilidade de aplicação do efeito modular temporal (art. 27 da Lei n. 9.868/99). Traremos um viés prático para a questão, quando dispusermos sobre os efeitos culminados pela inconstitucionalidade da sentença normativa, tanto para os que propuseram inicialmente a demanda, como para os demais, que se valeram do efeito extensivo daquela.

Palavras-chave: Controle Difuso de Constitucionalidade. Sentenças Normativas. Modulação Temporal dos Efeitos.

RESUMEN

El presente estudio discurre acerca del control difuso de constitucionalidad en las sentencias normativas, proferidas en disensión colectiva de naturaleza económica, a fin de establecer un límite al Poder Normativo de esas decisiones, cuando proferidas en desconformidad con la Carta Magna. La pesquisa es bibliográfica, cuyo campo de investigación se realiza por medio de doctrinas, legislaciones y jurisprudencias, con sostén en los temas que se refieren al difuso control de constitucionalidad y sus actuaciones en las sentencias normativas, así como la posibilidad de aplicación del efecto modular temporal (Art. 27, de la Ley n. 9.868/99). Traeremos una inclinación práctica para la cuestión, cuando discurreremos cerca de los efectos culminados por la inconstitucionalidad de la sentencia normativa, tanto para los que propusieron la demanda inicialmente, como para los restantes que se valieron del efecto extensivo de aquella.

Palabras clave: Control difuso de constitucionalidad. frases Normativa. Efectos de modulación temporal.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	01
1 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE.....	05
1.1 Supremacia Constitucional e o Controle de Constitucionalidade.....	05
1.2 Modelos de Controle de Constitucionalidade.....	07
1.3 As Funções da Jurisdição Constitucional.....	09
1.4 Controle de Constitucionalidade Repressivo pelo Poder Judiciário.....	10
1.4.1 Controle Difuso.....	11
a) Efeitos da declaração de inconstitucionalidade no Controle Difuso.....	15
1.5 Modulação dos Efeitos Temporais na decisão declaratória de inconstitucionalidade – art. 27 da Lei n. 9.868/99.....	16
1.5.1 Tese da nulidade absoluta (Marshall) versus a tese da anulabilidade da norma inconstitucional (Kant).....	18
1.5.2 Atenuações à teoria da inconstitucionalidade como nulidade <i>ab initio</i>	19
1.5.3 Aplicação da Modulação Temporal dos Efeitos no Controle Difuso.....	20
2 DISSÍDIO COLETIVO.....	23
2.1 Conceito e formas de solução dos conflitos coletivos.....	24
2.2 Condições da ação coletiva <i>strictu sensu</i>	26
2.2.1 Legitimação <i>ad causam</i>	27
2.2.2 Interesse Processual.....	31
2.2.3 Possibilidade Jurídica do Pedido.....	33
2.3 Pressupostos de Cabimento.....	33
2.3.1 Subjetivos.....	34
2.3.2 Objetivos.....	34
2.4 Sentença Normativa ou Coletiva.....	35
2.4.1 Poder Normativo.....	38
2.4.2 Extensão das Decisões.....	39
3 CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE DAS SENTENÇAS NORMATIVAS E A MODULAÇÃO TEMPORAL DOS EFEITOS.....	41
CONCLUSÃO.....	47
REFERÊNCIA.....	48

INTRODUÇÃO

O par. 2.º, art. 114 da Constituição Federal de 1988 dispõe sobre a competência da Justiça do Trabalho para processar e julgar dissídio coletivo de natureza econômica, desde que as partes, sem lograr êxito, tenham, preliminarmente, tentado a negociação coletiva – acordo ou convenção coletiva –, ou a arbitragem, e estejam de comum acordo, pois, do contrário, não será possível à instauração da instância. Esse parágrafo foi acrescentado pela Emenda Constitucional n.º 45, de 8 de dezembro de 2004, que determina que a Justiça do Trabalho, ao julgar aquele dissídio, produza uma sentença normativa que observe: “[...] as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente”. A Constituição de 1988, diante do contexto histórico vivenciado pelo Brasil, trouxe, em seu texto, direitos e garantias fundamentais para o estabelecimento de um Estado Democrático, que tem por fundamento a Dignidade Humana. Por isso, o “mínimo” a ser observado é o que se encontra em seu texto, *e.g.*, o art. 7.º que, em rol exemplificativo¹, alberga os direitos dos trabalhadores.

Não há, numa Constituição, cláusulas a que se deva atribuir meramente o valor moral de conselhos, avisos ou lições. Todos têm força imperativa de regras, dispostas pela soberania nacional ou popular aos seus órgãos².

A Constituição Democrática, em razão do princípio da Supremacia Constitucional, orienta toda a estrutura do Estado, não havendo validade qualquer ato que esteja em cizânia com suas determinações. Logo, as decisões judiciais, sejam elas monocráticas ou dos colegiados, devem ser adequadas à Lei Maior.

¹De acordo com Uadi Lammêgo Bulos, na **Constituição Federal Anotada**, 7. ed., o rol do art. 7.º da CRFB/1998 é taxativo, pois: “[...] Do contrário, abriríamos uma gama infindável de prerrogativas, estimulando o casuísmo”. Não concordamos com renomado doutrinador, pois, apesar de afirmar que o rol “[...] já é, notadamente, amplo”, quis o constituinte, ao tratar dos direitos dos trabalhadores, estabelecer, apenas, um mínimo necessário à integridade física e psicológica destes. Tanto é assim que a melhor doutrina se manifesta no sentido de que os direitos sociais são cláusulas pétreas com fulcro no inc. IV, par.4º, art. 60 da CRFB/1998, lê-se que se podem alargar as prerrogativas inerentes naquele artigo em prol do trabalhador e, não, cerceá-las. Foi infeliz o comentário de Uadi Lammêgo Bulos ao afirmar que o “[...] O excesso de matérias constitucionalizadas apenas contribui para o declínio da atividade interpretativa, comprometendo o sentimento constitucional”. Haverá, contudo, comprometimento do sentimento constitucional se desta forma restritiva for interpretado referido artigo, pois uma das características da Constituição de 1988 é o totalitarismo constitucional, típico das Constituições Contemporâneas (doutrina das normas constitucionais programáticas).

²BARBOSA, Ruy. Comentários à Constituição Federal brasileira (coligidos e ordenados por Homero Pires). São Paulo: Editora Saraiva, 1933. Ob cit. p. 475 e ss, v. 2. *apud* MOREIRA, José Carlos Alves. **Controle de Constitucionalidade Difuso e Concentrado**. Revista Fórum Administrativo – Direito Público. Ano 8, n. 92, out. 2008. Belo Horizonte: Editora Fórum. Ob. cit. p. 04.

A Supremacia Constitucional culmina na estabilidade e segurança jurídica do Estado, pois a rigidez no processo de modificação do texto constitucional requer um processo legislativo solene. No Brasil, este ocorrerá por meio das Emendas Constitucionais – as quais não podem infringir as Cláusulas Pétreas, cerceado-as (par. 4.º, art.60 da CRFB/1998) –, cujo *quorum* é qualificado, ou seja, faz-se necessária a presença de 3/5 dos membros de cada uma das duas Casas do Congresso Nacional para que deliberem em votação, que será realizada em dois turnos.

Logo, os atos do Estado, bem como dos particulares, devem estar em par com o que dispõe a Constituição de 1988. Mas, por vezes, a Supremacia Constitucional é postergada, implicando no cerceamento dos direitos e garantias fundamentais albergados, explícita e implicitamente, naquela, culminando na desarmonia do ordenamento pátrio. Diante da realidade proeminente de inobservância do texto constitucional surgiu o Controle de Constitucionalidade.

Este instrumento teve, na Modernidade, sua substancial eficácia. Dentre os clássicos modelos de Controle de Constitucionalidade, o Brasil segue o norte-americano, no qual o controle é exercido, via de regra, pelos órgãos jurisdicionais de forma difusa. Contudo, em razão da atribuição de guardião da Constituição, compete ao Pretório Excelso o controle concentrado de constitucionalidade. Logo, possuímos um sistema misto de Controle de Constitucionalidade.

O controle repressivo, portanto, poderá ocorrer de maneira abstrata ou no caso concreto. A Constituição de 1988 estabelece na alínea “a”, inciso I, art.102, que compete, originariamente, ao Supremo processar e julgar a ação direta de inconstitucionalidade, *lato sensu*. Portanto, não haverá controle concentrado em qualquer juiz ou Tribunal, inclusive nos Superiores (STJ, TST, TSE e STM).

O controle difuso, por sua vez, pode ser realizado por qualquer juiz ou Tribunal. Contudo, neste a declaração da “[...] inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público”, somente ocorrerá se observado o *quorum* de votação, que será da maioria absoluta dos membros do Tribunal ou dos membros do respectivo Órgão Especial – este é composto de 11 a 25 membros do Tribunal, a fim de descentralizar as atribuições do Pleno. A criação desse órgão é viável, apenas, para Tribunais que detenham mais de 25 membros (inteligência dos arts. 93, inc. XI c/c o 97, ambos da CRFB/1998). Vale ressaltar que o órgão fracionário não detém competência para referida declaração. Ocorrerá o controle de maneira incidental no

processo, não podendo o magistrado conhecer do mérito principal da causa sem que tenha apreciado aquele.

No controle concentrado, a sentença proferida terá efeito *erga omnes*; enquanto, no difuso, *inter partes*, via de regra, pois o Senado Federal, através de Decreto Legislativo, pode estabelecer efeito *erga omnes*. Independentemente do Controle de Constitucionalidade, o efeito temporal da sentença proferida será, via de regra, *ex tunc*, mas, em razão da modulação dos efeitos, a decisão poderá ter efeito *ex nunc* ou pró-futuro, com fulcro no art. 27 da Lei n. 9.868/99 – referida lei trata do procedimento da ADIn e ADCon. A exceção é aplicada também ao controle difuso por entendimento reiterado do Supremo Tribunal. Para que a decisão possua o efeito modular, o STF, por maioria de 2/3 de seus membros, deve manifestar-se, em razão da segurança jurídica ou do excepcional interesse social. Trata-se de uma relativização da declaração de inconstitucionalidade.

O dissídio coletivo, com já dito *supra*, visa dirimir os conflitos desta natureza, após a infrutífera negociação coletiva³ ou arbitragem. Terá o seu processamento e julgamento, via de regra, nos Tribunais Regionais do Trabalho – pois, dependendo do alcance territorial que tenha a demanda, caberá ao TST (Pleno) julgá-lo, de acordo com que determina a alínea b, inc. I, art. 702 da CLT –, que proferirão sentenças normativas. O alcance destas poderá variar, ou seja, apenas para uma empresa ou parte de seus empregados, ou para as empresas, que fazem parte do sindicato da categoria econômica. Em razão de seu Poder Normativo, aquelas estabelecerão regras a serem observadas durante o período de sua vigência, que será de, no máximo, 4 anos. Podem, de acordo com a Seção III, Capítulo IV da Consolidação Trabalhista, ser estendidas aos demais trabalhadores da empresa ou da jurisdição do Tribunal prolator da decisão. Cabendo, portanto, aos interessados requererem.

Contudo, há casos em que sentença normativa não está em consonância com o texto constitucional. Logo, seria possível o controle difuso de constitucionalidade de referida sentença? Caberia a modulação temporal dos efeitos da decisão proferida nesse controle, em razão do excepcional interesse social ou da segurança jurídica dos que se encontram albergados pelo texto das sentenças normativas?

³A negociação coletiva é dividida em acordo e convenção coletiva. No acordo coletivo, temos o sindicato da categoria profissional e, do outro, uma ou várias empresas, não requerer a presença de sindicato da categoria econômica, pois o empregador já é um ser coletivo. Os efeitos são, apenas, para as empresas e trabalhadores que figurarem nesta. Na convenção coletiva, figuram os sindicatos das duas categorias, ou seja, o econômico (empregador) e profissional. O efeito é “[...] mais amplo, caracterizado pela base profissional e econômica representada pelos respectivos sindicatos. Respeitadas as fronteiras máximas da base territorial dessas representações”. DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**, 7. ed., São Paulo: LTr., 2008. Ob. cit. p. 1380.

Esta monografia está estruturada em três capítulos, no primeiro trataremos sobre o Controle de Constitucionalidade dispondo sobre a supremacia e rigidez constitucional; o controle repressivo realizado pelo Judiciário, dispondo, especificamente, sobre o controle incidental-difuso de constitucionalidade. Dispostos, nessa fase inicial de nosso trabalho, sobre a modulação dos efeitos temporais neste controle. Já no segundo capítulo, o enfoque será o dissídio coletivo, quais as condições e os pressupostos desta ação coletiva *strictu sensu*, a decisão proferida e a possibilidade de sua extensão. Por último, no terceiro capítulo, trataremos da problemática que é tema desta monografia, o controle difuso de constitucionalidade das sentenças normativas proferidas nos dissídios coletivos de natureza econômica e a modulação temporal dos efeitos, quando há ou não extensão dessa decisão. Não iremos nos imiscuir da questão da Súmula Vinculante n.º4 do STF, que impossibilita a aplicação pelo magistrado trabalhista de outro indexador para o cálculo do adicional de insalubridade.

Esta monografia, valendo-se do método dialético, tomará por base uma linha de análise doutrinária e jurisprudencial acerca da possibilidade das sentenças normativas declaradas inconstitucionais passarem por uma modulação temporal dos efeitos. As hipóteses do trabalho monográfico serão investigadas através de pesquisa do tipo bibliográfica, procurando explicar o problema através da análise da literatura já publicada em forma de livros, revistas, publicações avulsas e imprensa escrita, que envolva o tema em análise. Segundo a utilização dos resultados, a pesquisa é pura, tendo por finalidade aumentar o conhecimento do pesquisador para uma nova tomada de posição.

1 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Dentre as várias fases do Constitucionalismo, daremos enfoque a **moderna**. À presença de constituições escritas foi um dos marcos dessa fase. Aquelas são elaboradas por um Poder Constituinte Originário – portanto, há a supremacia material e formal do texto constitucional. Em razão dessa nova concepção da Constituição como norma dotada de superioridade hierárquica, surgiu para os demais atos realizados pelos Poderes Constituídos (Executivo, Legislativo e Judiciário) a obrigação de observar o que dispõe referido texto.

Por vezes, sabemos que a teoria não se comunica com a prática. Eis que surge o Controle de Constitucionalidade, a fim de evitar a degradação dos direitos e garantias fundamentais albergados no texto da Carta Magna. Vale ressaltar que o Controle de Constitucionalidade, quando realizado, seja por juízes singulares ou por Tribunais (controle difuso), seja pelo Supremo Tribunal (controle concentrado), observará as diretrizes constitucionais. Dessa forma, os atos administrativos, legislativos e judiciais devem ser fiéis ao texto constitucional, contudo a análise será feita sob o enfoque do vínculo de ordem jurídica e temporal que tem por parâmetro aquele⁴. A não observância desse requisito resulta na prejudicialidade da ação. Nesse sentido já se posicionou o Pretório Excelso (ADI 1.588-DF, rel. Min. Celso de Mello, j.11-4-2002, *DJ* de 17-4-2002, p.9; ADI 595-ES).

Feitas essas considerações, passaremos ao alvo deste capítulo que é a análise do controle difuso de constitucionalidade. Antes, contudo, explanaremos sobre pontos relevantes, a fim de que se construa um raciocínio lógico para os nossos leitores.

1.1 Supremacia Constitucional e Controle de Constitucionalidade

A supremacia constitucional advém da soberania da fonte que a produziu, ou seja, o Poder Constituinte Originário, que, apesar de existirem vozes dissidentes, comporta limitações de ordem econômica, social, política, etc. A natureza das normas constitucionais reforça aquela qualidade, pois tratam da estrutura organizacional do poder político do Estado,

⁴BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal Anotada**, 7. ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2007. p. 991.

bem como estabelece os princípios e direitos fundamentais deste. Por isso, o texto constitucional detém força jurídica interna.

Hans Kelsen dispôs que o ordenamento jurídico está organizado por normas escalonadas “em degraus” – teoria do escalonamento da ordem jurídica. Com base nisto, a Carta Magna encontra-se no patamar mais elevado⁵. Logo, todas as manifestações normativas devem coadunar com referida Lei Suprema, que, nos dizeres de Gomes Canotilho, possui autoprímazia normativa, ou seja, recolhe o fundamento de validade em si própria; por ser norma suprema, será *normae normarum*, fonte de produção jurídica de outras formas; e detém superioridade normativa em detrimento das demais, tendo aplicação o princípio da conformidade de todos os atos dos poderes públicos com a Constituição⁶. “A normatividade da Constituição concede efeito vinculante a seus preceitos, ou seja, todos os dispositivos previstos na Constituição, sem exceção, devem ser cumpridos”⁷.

Em razão desta última consideração do renomado constitucionalista, podemos afirmar que “la constitución descalifica e invalida cualquier infracción a ella”⁸. Por isso, nos dizeres de Maurício Godinho Delgado, o fundamento de validade surge, em geral, por abstração negativa, o que significa que a norma infraconstitucional será eficaz e válida, desde que não ofenda comando ou princípio constitucional⁹.

A rigidez do processo de modificação da Constituição é mais uma garantia que demonstra o quanto o sistema encontra-se respaldado em uma norma que detém segurança e estabilidade jurídica.

A teoria mostra-se impecável, mas como garantir que o ciclo “supremacia constitucional – atos dos poderes públicos – supremacia constitucional” não seja quebrado? Em razão disto, criou-se o remédio do Controle de Constitucionalidade, que é respaldado pelo princípio da rigidez constitucional. Esse princípio pode variar do grau mínimo ao máximo, de acordo com o processo de mudança do texto constitucional. Vale ressaltar que tanto as Constituições rígidas como as flexíveis são passíveis de Controle de Constitucionalidade. Via

⁵KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. Trad. João Baptista Machado, SP: Martins Fontes, 2000. p. 247 *apud* BARROSO, Luís Roberto. **Controle de Constitucionalidade**. 2. ed., revista e atualizada. São Paulo: Editora Saraiva, 2007. Ob. cit. p. 47.

⁶CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital. Direito Constitucional e teoria da Constituição. 3. ed., Coimbra: Almedina, 1997. p. 826 *apud* CUNHA JR., Dirley da. **Controle de Constitucionalidade**: análise detida das Leis n. 9.868/99 e 9.882/99. 2. ed., Bahia: Editora JusPodivm, 2007. Ob. cit. p. 31.

⁷PELICOLI, Angela Cristina. **A Sentença Normativa na Jurisdição Constitucional**: o Supremo Tribunal Federal como Poder Legislativo. São Paulo: LTr, 2008. Ob. cit. p. 35.

⁸CAMPOS, German J. Bidart. La interpretación y el control constitucionales en la jurisdicción constitucional. Buenos Aires: Ediar, 1987. p. 37-38 *apud* CUNHA JR., Dirley da. **Controle de Constitucionalidade**: análise detida das Leis n. 9.868/99 e 9.882/99. 2. ed., Bahia: Editora JusPodivm, 2007. Ob. cit. p. 39.

⁹DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**, 7. ed., São Paulo: LTr., 2008. Ob. cit. p. 145.

de regra, estas são não escritas, mas, como bem dispõe Uadi Lammêgo Bulos, “inexistem textos inteiramente não escritos”¹⁰, por isso a atuação do remédio é viável, entendem alguns, somente nessa parte. Há entendimento que é passível de controle a parte não escrita dessas Constituições, pois os valores, mesmo implícitos, respaldam a atuação harmônica desses ordenamentos, e insurgência a estes implicariam na quebra daquele ciclo.

Aquele mecanismo é a harmonia do ordenamento jurídico e salvaguarda das normas Constitucionais. Os pressupostos necessários para que ocorra o Controle de Constitucionalidade são os seguintes: a) existência de uma Constituição formal; b) a compreensão da Constituição como norma jurídica fundamental e a c) instituição de, pelo menos, um órgão com competência para o exercício dessa atividade de controle¹¹.

Em suma:

É, exatamente, na garantia de uma **superior legalidade**, que o **controle judicial de constitucionalidade** das leis encontra sua razão de ser: e trata-se de uma **garantia** que, por muitos, já é considerada como um importante, se não necessário, **coroamento do Estado de direito** e que, contraposta à concepção do Estado absoluto, representa um dos valores mais preciosos do pensamento jurídico e político contemporâneo¹². (grifo nosso)

O Controle de Constitucionalidade é la garantía jurisdiccional de la primacía de la Constitución sobre el resto del ordenamiento, pero de forma primordial sobre la leyes como suprema manifestación ordinaria de la potestad normativa del Estado¹³. (Pedro Cruz Villalon).

1.2 Modelos de Controle de Constitucionalidade

Existem três clássicos modelos de garantia da supremacia constitucional, são eles: o norte-americano; o austríaco e o de fiscalização política (francês¹⁴ ou de fiscalização por órgão político), de acordo com Jorge Miranda.

¹⁰BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal Anotada**, 7. ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2007. Ob. cit. p.34.

¹¹CUNHA JR., Dirley da. **Controle de Constitucionalidade**: análise detida das Leis n. 9.868/99 e 9.882/99.2. ed., Bahia: Editora JusPodivm, 2007. p.39.

¹²CAPPELLETTI, Mauro. O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1992. Ob cit. p. 129 *apud* CUNHA JR., Dirley da. **Controle de Constitucionalidade**: análise detida das Leis n. 9.868/99 e 9.882/99. 2. ed., Bahia: Editora JusPodivm, 2007. p.109.

¹³CUNHA JR., Dirley da. **Controle de Constitucionalidade**: análise detida das Leis n. 9.868/99 e 9.882/99. 2. ed., Bahia: Editora JusPodivm, 2007. p. 38.

¹⁴“Por remontar à ‘*juria* constitucional’ de Siyès e ao Senado Conservador napoleônico e hoje se traduzir no Conselho Constitucional da Constituição de 1958 e que pode também entender-se ser o que prevalece, de

O **modelo norte-americano**, no relevante caso *Marbury v. Madison*¹⁵, estabeleceu a possibilidade do Poder Judiciário interpretar a Carta Magna, adequando às normas infraconstitucionais a esta. Contudo, o controle seria viável, apenas, nos julgamentos dos casos concretos. Vale ressaltar que “[...] não se trata de uma declaração de inconstitucionalidade, mas sim de uma não aplicação da lei ou ato normativo ao caso concreto”¹⁶. Logo, haverá a nulidade da lei ou do ato normativo. Os julgamentos, nesses casos, geram a figura do precedente, que corrobora para a vinculação da interpretação da lei ou ato normativo.

O **modelo austríaco** teve respaldo na doutrina Kelseniana. Em 1920, a Constituição Austríaca criou um tribunal especializado para tratar da Justiça Constitucional. O **Tribunal Supremo Constitucional Austríaco**, diferente do norte-americano, trata, genericamente, da anulação das normas que possuem incompatibilidade como o texto constitucional. Após a Segunda Guerra Mundial, houve a criação dos Tribunais Constitucionais Europeus. Estes, em razão do contexto histórico, deram primazia à supremacia das normas constitucionais em detrimento da vontade popular, pois os atos dos Poderes Legislativo e Executivo passaram a ser passíveis de Controle de Constitucionalidade. Contudo, referida medida não implicaria em desrespeito àquela, mas uma coadunação do ordenamento e efetividade da segurança jurídica.

A Emenda Constitucional n.º 7/29 modificou o modelo austríaco, destarte admitiu-se “que o STJ e o Tribunal de Justiça Administrativa elevem a controvérsia

harmonia com uma concepção jurídica diversa, nas Constituições marxistas-leninistas, excepto na Jugoslávia”. MIRANDA, Jorge. Manual de direito constitucional. 2. ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1988. t. 2. p.320-322 *apud* CUNHA JR., Dirley da. **Controle de Constitucionalidade**: análise detida das Leis n. 9.868/99 e 9.882/99. 2. ed., Bahia: Editora JusPodivm, 2007. p. 62.

¹⁵Nas eleições de 1800, os republicanos (liderados por Thomas Jefferson) derrotaram os federalistas (liderados por Alexander Hamilton). Em 1801, pouco antes de deixar o poder, os federalistas criaram judicaturas, que os republicanos não pretendiam manter, entre as quais juizados de paz do Distrito de Colúmbia. Esse entracheque agravou o contexto político em que se iniciava a prática da federação do Estados Unidos, pondo em risco a sua Constituição. Nesse contexto, o Presidente John Adams (eleito após George Washington, de quem fora vice-presidente) havia nomeado juízes de paz William Marbury e outros, mas o seu Secretário de Estado, John Marshall, que estava deixando este cargo para assumir o de juiz-presidente da Suprema Corte, não se apressara nas providências finais para que aqueles juízes tomassem posse, negligência essa em que persistiu o novo Secretário de Estado, James Madison, da gestão do recém-eleito Presidente Jefferson. Após tentarem administrativamente tomar posse, os juízes de paz – William Marbury e outros – impetraram uma “ação *mandamus*” contra James Madison diretamente na Suprema Corte, com base na Lei Judiciária (*Judiciary Act*) de 1789, que facultara esse tipo de mandado. Resultou daí o celeberrimo caso *Marbury vs. Madison*, o pioneiro dessa espécie de ação perante Suprema Corte norte-americana. Mas não foi esse o pioneirismo que celebrou o caso. Foi outro: o de consolidar em mãos dos juízes o poder de revisão judicial – *the power of judicial review* – firmando-lhes a competência de rever em face da Constituição os atos legislativos do Congresso e, assim, controlar a constitucionalidade.

¹⁶PELICOLI, Angela Cristina. **A Sentença Normativa na Jurisdição Constitucional**: o Supremo Tribunal Federal como Poder Legislador. São Paulo: LTr, 2008. p. 75.

constitucional perante a Corte Constitucional”¹⁷. Dessa forma, os juízes e Tribunais passaram a ser responsáveis pela provocação do Controle de Constitucionalidade. Gilmar Ferreira Mendes considera, em razão dessa atribuição, que houve uma mitigação dos sistemas clássicos de controle (austriaco e norte-americano).

O **modelo de fiscalização política** é realizado pelo Conselho Constitucional. Este, via de regra, exerce o controle preventivo de constitucionalidade¹⁸, ou seja, no transcorrer do processo legislativo. Contudo, requerer uma provocação do Governador, ou do presidente de qualquer das Casas Legislativas.

Dentre eles, os que perduram são os dois primeiros modelos. Os Estados Unidos aplicam o controle difuso de constitucionalidade, enquanto, na Europa, adota-se o controle concentrado. No Brasil, adota-se o modelo misto, mas, no momento oportuno, trataremos do assunto (1.3.).

1.3 As Funções da Jurisdição Constitucional

A jurisdição é função precípua do Poder Judiciário. Atualmente, há uma tendência de jurisdição constitucional¹⁹ deste, principalmente, do Supremo Tribunal Federal, que se amolda, cada vez mais, com o espírito dos Tribunais Constitucionais, que têm por principal característica, de acordo com a teoria pluralista, legislar positiva e negativamente.

Referida tendência do Pretório Excelso pode ser vislumbrada, *e.g.*, nos casos dos Mandados de Injunção²⁰ 670-ES, 708-DF e 712-PA²¹, que os Servidores Públicos moveram

¹⁷MARTINS, Ives Gandra da Silva e Mendes, Gilmar Ferreira. **Controle Concentrado de Constitucionalidade**. 2. ed., 2ª tiragem. São Paulo: Editora Saraiva, 2008. p. 01.

¹⁸“[...] no art. 37.2 da Constituição francesas, que previu uma forma de controle repressivo de constitucionalidade. Trata-se da possibilidade de o Conselho Constitucional francês analisar abstratamente a repartição constitucional de competências entre o Governo e o Parlamento”. MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 19. ed., São Paulo: Editora Atlas, 2006. Ob. cit. p. 642.

¹⁹“[...] defesa da Constituição sob todos os seus aspectos, desde que operada por um tribunal (exercício de jurisdição) com função exclusiva (eliminando desse conceito tribunais que desempenhem a jurisdição comum concomitantemente)”. TAVARES, André Ramos. **Teoria da Justiça Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005. Ob. cit. p. 145. De acordo com Angela Cristina Pelicoli, a “[...] jurisdição constitucional, portanto, é a forma processual como cada Estado trata, em seu ordenamento jurídico, a resolução de conflitos sobre a interpretação e aplicação da sua Constituição”.

²⁰*En passant*, “[...] o mandado de injunção é o único dos meios constitucionais que possibilita o controle difuso da constitucionalidade de forma não incidental, pois é objeto do próprio mandado de injunção a omissão constitucional”. PELICOLI, Angela Cristina. **A Sentença Normativa na Jurisdição Constitucional: o Supremo Tribunal Federal como Poder Legislador**. São Paulo: LTr, 2008. p. 111.

²¹Brasil. Supremo Tribunal Federal. Boletim informativo n. 485, de 31 de outubro de 2007.

em razão da inexistência de lei que regulamentasse o seu direito de greve (art. 37, inc VII da CRFB/1998). Contrariando posicionamento outrora tomado, aquele aplicou uma regulamentação de maneira provisória (Lei n. 7.783/89), a fim de suprir a lacuna até a feitura da Lei pelo Congresso Nacional.

Além da função de Controle de Constitucionalidade das jurisdições constitucionais, há também a de interpretação de efeito vinculante e a normativa ou legislativa²². Daremos enfoque aquela função e a esta (*vide* 2.4. - sentença normativa).

1.4 Controle de Constitucionalidade Repressivo pelo Poder Judiciário

O modelo adotado no Brasil é controle misto, mas nem sempre foi assim. Desde a República Velha, as Constituições brasileiras passaram por mudanças quanto ao assunto em estudo. Por isso, trataremos, em breves linhas, da evolução do Controle de Constitucionalidade em nosso ordenamento.

A primeira Constituição Republicana, a de 1891 – essa Constituição sofreu influências da norte-americana –, tratou de maneira indireta sobre o instituto do controle difuso de constitucionalidade (art. 59, par. 1.º, letras “a” e “b”). Com o advento da Lei n. 221, de 20 de novembro de 1894, este passou a figurar de maneira expressa no texto constitucional.

A Constituição de 1934 estabeleceu que o Controle de Constitucionalidade pela via difusa, somente, caberia quando a maioria absoluta dos votos da totalidade dos juízes do Tribunal dispusesse pela inconstitucionalidade de lei ou ato do Poder Público.

Em razão do período ditatorial do Estado Novo de Getúlio Vargas (1937-45), a Carta de 1937 retrocedeu, pois, além de não inovar no controle difuso, tratou de uma modalidade de revisão constitucional, na qual a declaração da inconstitucionalidade de uma lei, que fosse necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderia ser submetida novamente ao Parlamento. Vale ressaltar que fica a critério do Chefe do Executivo, em sua discricionariedade, essa “revisão constitucional” – a lei era submetida ao crivo de constitucionalidade pelas duas Casas do Parlamento, caso entendessem, por 2/3 dos parlamentares, pela constitucionalidade, a decisão do Tribunal, que a julgou

²²PELICOLI, Angela Cristina. **A Sentença Normativa na Jurisdição Constitucional**: o Supremo Tribunal Federal como Poder Legislador. São Paulo: LTr, 2008. p. 102.

inconstitucional, restaria prejudicado²³. A Constituição de 1946 retirou do ordenamento este instituto de cunho extremamente autoritarista.

O Brasil passou a ter um controle misto de constitucionalidade com o advento da Emenda Constitucional n.º16/65, que determinou como sendo competência do Supremo Tribunal controlar, abstratamente, a constitucionalidade de ato normativo federal ou estadual em face da Constituição Federal.

Na atual Constituição, persiste o controle misto, que ocorre de maneira preventiva ou repressiva. O Controle Repressivo, no ordenamento brasileiro, é realizado, via de regra, pelo Poder Judiciário, que avalia se o ato normativo ou a lei, já editados, encontra-se em consonância com o texto constitucional. Pode realizá-lo por duas vias: a concentrada (Kelsen), inteligência do art.102, inc. I, alínea “a” (ADIn genérica e ADCon), – o Controle de Constitucionalidade tem por fim salvaguardar a Lei Maior (controle objetivo)–, em que um dos legitimados do art.103 da CRFB/1998 argúi a inconstitucionalidade de uma lei em tese; a difusa (Marshall²⁴) – o controle com finalidade subjetiva visa à proteção dos direitos ou interesses da parte e, não, propriamente da Constituição –, por sua vez, dá-se em razão de um caso concreto em que a decisão proferida viola o texto constitucional. A alegação de inconstitucionalidade, neste caso, gera um incidente processual, restando, portanto, ao magistrado tratá-lo para poder julgar a demanda principal, uma vez que a questão encontra-se prejudicada, sendo *conditio sine qua non* da resolução do conflito. Alguns doutrinadores o chamam de via de ação e de via de exceção, respectivamente.

Excepcionalmente, a Constituição admite, pela inteligência dos arts. 49, inc. XI e 62, o controle repressivo pelo Poder Legislativo. Não iremos nos imiscuir nesta questão, pois não se encontra nos objetivos deste texto.

1.4.1 Controle difuso

Esse controle também é chamado de via de exceção ou de defesa. Pode ser alegado, no caso concreto, tanto pelo autor como pelo réu, não se trata, portanto, de

²³ MARTINS, Ives Gandra da Silva e Mendes, Gilmar Ferreira. **Controle Concentrado de Constitucionalidade**. 2. ed., 2ª tiragem. São Paulo: Editora Saraiva, 2008. p. 41.

²⁴ Valeu-se da doutrina de Hamilton, no clássico “The Federalist” para julgar o caso Marbury v. Madison. Com isso, estabeleceu que a Suprema Corte norte-americana seria competente para interpretar, em última instância, a Constituição Federal, e consagrou o controle incidental-difuso de constitucionalidade das leis.

mecanismo típico de defesa, como a alegação de incompetência. A defesa deve ser concebida *lato sensu*, de acordo com o que dispõe o art. 5.º, inc. XXXV da CRFB/1998. Logo, a alegação de inconstitucionalidade pode ocorrer em qualquer ação, processo e procedimento²⁵. As partes, o Ministério Público, como *custo legis*, pois, do contrário, estaria no conceito de parte, e terceiros intervenientes são legitimados para interpô-la. Entendemos que a Fazenda Pública, quando realiza a assistência anômala, também se encontra legitimada.

Dirley da Cunha Júnior dispõe que é legitimado o juiz ou o Tribunal para alegar a inconstitucionalidade, *ex officio*, nas causas submetidas à sua apreciação²⁶. Entende o Supremo Tribunal que é inconcebível aplicar a apreciação *ex officio* nos Recursos Extraordinários, pois um dos requisitos deste é o prequestionamento, que, nos dizeres de Fredie Didier Jr. e Leonardo José Carneiro da Cunha, trata-se do prévio debate acerca de questão federal/constitucional na instância inferior, onde fora suscitada e analisada. José Miguel Garcia Medina dispõe ainda que o prequestionamento trata-se de ato da parte²⁷. Diante dessas considerações, seria possível a interposição de Recurso Extraordinário, quando o Tribunal *a quo* realiza controle difuso de constitucionalidade, *ex officio*, no reexame necessário? Entendemos que é incabível, desde que neste seja agravada a condenação imposta. Valemo-nos do raciocínio exarado na Orientação Jurisprudencial da SDI-1/TST n.º334²⁸.

Como já foi dito supra, o Controle Difuso de Constitucionalidade é realizado por qualquer juiz ou pelo Tribunal, o qual detenha competência para processar e julgar a causa, originariamente ou em sede recursal²⁹. Naquele não há um procedimento a ser seguido.

²⁵“[...] é possível suscitar o incidente até o final do julgamento, mesmo em sustentação oral, antes do Presidente do órgão colegiado proclamar o resultado”, MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 12. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. 5., Ob. cit. p. 37-38.

²⁶CUNHA JR., Dirley da. **Controle de Constitucionalidade**: análise detida das Leis n. 9.868/99 e 9.882/99. 2. ed., Bahia: Editora JusPodivm, 2007. Ob. cit. p.155.

²⁷DIDIER JR., Fredie e Cunha, Leonardo José Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil**: Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos Tribunais. 7. ed., Bahia: JusPodivm, 2009. v. 3., p.260 e ss.

²⁸**OJ-SDI1-334 REMESSA "EX OFFICIO". RECURSO DE REVISTA. INEXISTÊNCIA DE RECURSO ORDINÁRIO VOLUNTÁRIO DE ENTE PÚBLICO. INCABÍVEL (DJ 09.12.2003)**: Incabível recurso de revista de ente público que não interpôs recurso ordinário voluntário da decisão de primeira instância, ressalvada a hipótese de ter sido agravada, na segunda instância, a condenação imposta. ERR 522601/1998, Tribunal Pleno. Em 28.10.03, o Tribunal Pleno decidiu, por maioria, ser incabível recurso de revista de ente público que não interpôs recurso ordinário voluntário.(grifo próprio)

²⁹Vale ressaltar que não cabe Recurso Extraordinário contra decisão liminar. Neste diapasão, “A jurisprudência desta Corte se firmou no sentido de não ser cabível recurso extraordinário contra decisão que defere liminar, pois a verificação da existência dos requisitos para sua concessão, além de se situar na esfera de avaliação subjetiva do magistrado, não é manifestação conclusiva de sua procedência para ocorrer a hipótese de cabimento do recurso extraordinário [...] A mesma fundamentação serve para não conhecer de recurso extraordinário não interposto contra acórdão que mantivera a decisão que concedera antecipação de tutela, a fim de que o agravante retirasse (ou se abstivesse de enviar) o nome do agravado dos órgãos de restrição de

Contudo, nos Tribunais, o controle difuso faz-se observando os procedimentos expostos nos arts. 480 a 482 do CPC, bem como o que dispõem os seus Regimentos Internos. Além destas regras a serem observadas, há, ainda, a Cláusula de Reserva de Plenário³⁰, que se encontra albergada em texto constitucional desde 1934, *in verbis*:

Art.97, CRFB/1998-Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.

Ou seja, somente pode ser declarada a inconstitucionalidade, pela via difusa, caso sejam observados os votos da maioria absoluta dos membros do Tribunal nesse sentido, pois, do contrário, não surtirá efeito. Nos dizeres de Fredie Didier Jr. e Leonardo José Carneiro da Cunha, trata-se de uma competência (absoluta) funcional³¹. Da mesma forma, culminará a decisão tomada por órgão fracionário, que mesmo não declarando a inconstitucionalidade, afasta a sua aplicação seja totalmente ou em parte, inteligência da Súmula Vinculante n. 10 do STF³². Caso não seja respeitada, poderá o prejudicado interpor Reclamação Constitucional para o Pretório Excelso.

Sabemos que existem Tribunais, em nosso País, cuja composição do pleno é de uma monta considerável. Vislumbrando referida inviabilidade de reunir todos os juizes ou desembargadores, a Constituição criou o chamado órgão especial, o qual, de acordo com o que dispõe o art. 93, inc. XI, é formado nos Tribunais que detenham mais de 25(vinte e cinco) julgadores. É constituído por, no mínimo, 11 e, no máximo, 25 membros, cujas vagas serão preenchidas por antigüidade e por eleição do Tribunal Pleno. Trata-se de uma desconcentração das atribuições deste.

Argüida a inconstitucionalidade, o relator do processo dará vista ao Ministério Público para que ofereça o seu parecer. Após, a Turma ou Câmara expedirá um acórdão, o qual poderá ser pela procedência ou improcedência da alegação. Se a decisão for neste sentido, o julgamento continuará, pois, do contrário, o acórdão, já lavrado, será submetido ao Pleno do Tribunal ou Órgão Especial para decidir sobre a questão. Há casos em que a remessa

crédito”, AI-AgR n. 533.378/PR, rel. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 25.04.06, publicado no DJ de 19.05.06.

³⁰Há exceção no caso das turmas recursais dos Juizados Especiais. Nesse sentido já se posicionou o Supremo Tribunal.

³¹DIDIER JR., Fredie e Cunha, Leonardo José Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil: Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos Tribunais**. 7. ed., Bahia: JusPodivm, 2009. v. 3., p. 569.

³²**Súmula Vinculante nº.10 - Viola a cláusula de reserva de plenário (CRFB, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de Tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte** (grifo nosso).

torna-se desnecessária, são elas: a) quando há uma rejeição da inconstitucionalidade; b) quando o Plenário ou Órgão Especial do Tribunal, bem como o Plenário do STF já tenha se pronunciado sobre a questão (inteligência do par. único, art.481 do CPC) e c) obviamente, quando a causa já estiver tramitando no pleno ou órgão especial do Tribunal³³.

Vale ressaltar que aquele “primeiro juízo sobre a arguição de inconstitucionalidade” é realizado sem observância de determinações quanto ao *quorum*, tanto que a decisão é dada por uma maioria simples do Tribunal. Contudo, a decisão do Pleno ou Órgão Especial, como supracitado, deve observar a inteligência do art. 97 da CRFB/1998. Desta decisão não cabe recurso, pois, de acordo com a Súmula n.513 do STF, *grifo nosso*, a “[...] que enseja a interposição de **recurso** [...] **extraordinário**, não é a decisão do Plenário, que resolve o incidente de inconstitucionalidade, mas a do órgão que completa o julgamento do feito”³⁴.

A exigência do art. 22 da Lei n. 9.868/99 aplica-se, também, ao controle difuso na sessão de julgamento de questões constitucionais no Supremo Tribunal, ou seja, “a decisão [...] somente será tomada se presentes na sessão pelo menos oito Ministros”. Logo, o *quorum* de deliberação é de 2/3 dos Ministros do STF. Já o art. 23 da referida Lei dispõe que, para efetuação do julgamento, faz-se necessária a presença de, pelo menos, 6 Ministros.

O par. 3.º, art. 482 do CPC trata da figura do *amicus curiae*, que, de acordo com Gilmar Ferreira Mendes:

[...] confere um **caráter pluralista** também ao processo incidental de controle da constitucionalidade, permitindo que o Tribunal decida com pleno conhecimento dos diversos aspectos envolvidos na questão. A possibilidade de manifestação de outros órgãos ou entidades representativas cria, outrossim, a figura do *amicus curiae* no processo de controle de constitucionalidade³⁵. (grifo próprio)

A decisão que julga o incidente processual não terá efeito de coisa julgada, de acordo com a inteligência do art.469, inc. III do CPC.

Destarte, não poderíamos deixar de estabelecer, em linhas gerais, o que dispõe o clássico livro de Lúcio Bittencourt, onde há regras basilares do Controle de Constitucionalidade na via difusa, a saber: o Poder Judiciário somente se pronuncia em face de um caso concreto, para cuja decisão seja mister o exame da constitucionalidade de lei

³³*Ibidem*, p.572.

³⁴O STF exige que, para o conhecimento do Recurso Extraordinário, o recorrente junte cópia integral da decisão plenária. AgRegRE n. 158.540-4, rel. Min. Celso de Mello, DJ de 23.05.1997, p. 21.375.

³⁵MENDES, Gilmar Ferreira. **O controle incidental de normas no direito brasileiro**. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, n. 23, Ob. cit. p. 38.

aplicável à espécie; na dúvida, decidir-se-á pela constitucionalidade; o juiz deve abster-se de se manifestar sobre a inconstitucionalidade toda vez que, sem isso, possa julgar a causa e restituir o direito violado; sempre que possível, adotar-se-á a exegese que torne a lei compatível com a Constituição; a tradicional aplicação dos princípios constantes de uma lei, sem que se ponha em dúvida a sua constitucionalidade, é elemento importante no reconhecimento desta; e a inconstitucionalidade é imprescritível, podendo ser declarada em qualquer tempo³⁶.

a) Efeitos da declaração de inconstitucionalidade no Controle Difuso

A sentença, que declara a inconstitucionalidade de lei ou atos normativos, gera efeitos *inter partes* e, temporalmente, *ex tunc*. Logo, os efeitos da inconstitucionalidade serão, apenas, para os que se encontravam no processo. Apesar de não ter efeitos *erga omnes*, a decisão que decreta a inconstitucionalidade, no caso concreto, abre um precedente no Tribunal (“leading case”).

Contudo, de acordo com o exarado pelo texto constitucional, o Senado Federal detém a competência para “suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal” (art.52, inc. X da CRFB/1998). Em razão de referida prerrogativa, o efeito da sentença será *erga omnes*, atingindo, portanto, a todos que não figuravam na relação processual inicial, mas, temporalmente, será *ex nunc*. Logo, garante-se que haja o respeito da coisa julgada, da segurança jurídica, da boa-fé e do direito adquirido.

O procedimento dá-se da seguinte forma: o Pretório Excelso oficia o Senado, que, por meio de Resolução, suspende a executoriedade da lei ou ato normativo considerado inconstitucional.

Mas, qual a natureza dessa competência do Senado? Vinculada ou discricionária?

Em 2007, o Supremo Tribunal posicionou-se pela vinculação do Senado Federal à decisão proferida, em sede de RExt, que declarasse a inconstitucionalidade de lei no caso concreto, pois o texto do inc. X, art.52 da CRFB/1998 teria passado por uma mutação constitucional.

³⁶Apud MOREIRA, José Carlos Alves. **Controle de Constitucionalidade Difuso e Concentrado**. Revista Fórum Administrativo – Direito Público, 2008. p. 09.

Contudo, várias críticas foram exaradas pelos defensores da Separação dos Poderes, que afirmaram ser um autoritarismo do Pretório Excelso ao imiscuir-se nas competências, que foram atribuídas, com exclusividade, ao Senado Federal pelo texto constitucional. Trata-se, portanto, de ato político.

Acompanhamos o que defendem esta tese. Para respaldar nosso posicionamento, valemo-nos do seguinte julgado e doutrina, respectivamente.

Tanto o Supremo Tribunal como o Senado entendem que a Câmara Alta não está obrigada a proceder à edição da resolução suspensiva do ato estatal cuja inconstitucionalidade, em caráter irrecorrível, foi declarada, na via de exceção, pelo Pretório Excelso (STF, MI 460-9/RJ, rel. Min. Celso de Mello, DJ, de 16-6-1994, p.15.509; Senado Federal – Pareceres n. 154/71, 261/71, 282/71, *RIL*, 48:265).

Tudo está a indicar que o Senado é o juiz exclusivo do momento em que convém exercer a competência, a ele e só a ele atribuída, de suspender a lei ou decreto declarado inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal. No exercício dessa competência cabe-lhe proceder com equilíbrio e isenção, sobretudo com prudência, como convém à tarefa delicada e relevante, assim para os indivíduos, como para a ordem jurídica (Paulo Brossard, O Senado e as leis inconstitucionais)³⁷.

1.5 Modulação dos Efeitos Temporais na decisão declaratória de inconstitucionalidade – art. 27 da Lei n. 9.868/99

O Controle de Constitucionalidade brasileiro, apesar de ser um sistema misto, adota como o sistema norte-americano a **teoria da nulidade** da lei ou ato normativo declarado inconstitucional, pois o controle de constitucionalidade recai sobre a validade daqueles, como bem dispõe Alfredo Buzaid³⁸:

Sempre se entendeu **entre nós**, de conformidade com a lição dos constitucionalistas norte-americanos, que toda **lei, adversa à Constituição, é absolutamente nula**; não simplesmente anulável. A eiva de inconstitucionalidade a atinge no berço, fere-a **ab initio**. Ela não chegou a viver. Nasceu morta. Não teve, pois, nenhum único momento de validade. (grifo nosso)

Uma vez declarada a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo do Poder Público, o efeito da sentença será *ex tunc*, e as partes galgarão ao *status quo ante*. A

³⁷BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal Anotada**, 7. ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2007. Ob. cit. p. 767.

³⁸*Apud* RODRIGUES, Francisca Iara de França. **Modulação dos efeitos temporais na decisão declaratória de inconstitucionalidade**: previsão do art.27 da Lei n. 9.868/99. Monografia – UFC. Ceará: Fortaleza, 2007. p.44.

incompatibilidade normativa com a Carta Magna gera sua nulidade *ab initio*, ou seja, tornam-se inexistentes desde a origem.

Há situações em que o retorno ao estado anterior pode ser mais prejudicial para as partes, bem como para a sociedade, do que a permanência da relação, ainda que inconstitucional. Em razão disto, é que se admite uma “declaração de inconstitucionalidade alternativa”³⁹, como bem se observa na Exposição de motivos n. 189, de 7-4-1997, ao Projeto de Lei n. 2.960/97:

[...] o próprio STF, por uma maioria diferenciada, decida sobre os efeitos da declaração da inconstitucionalidade, fazendo um juízo rigoroso de ponderação entre o princípio da nulidade da lei inconstitucional, de um lado, e os postulados da segurança jurídica e do interesse social, de outro (art. 27). Assim, o princípio da nulidade somente será afastado in concreto se, a juízo do próprio Tribunal, se puder afirmar que a declaração de nulidade acabaria por distanciar-se ainda mais da vontade constitucional.

O art. 27 da Lei n. 9.868/99 passou a contemplar a modulação temporal dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade. Referido dispositivo foi objeto de ADIn, mas esta foi julgada improcedente.

O Pretório Excelso admite a figura, em algumas hipóteses, da declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade, típico da Corte Constitucional alemã, que se trata, apesar da não passividade do conceito, da possibilidade do Tribunal reconhecer a situação como ainda constitucional⁴⁰, pois “[...] a sua utilização é justificada com fundamento na unidade do ordenamento jurídico (Einheit der Rechtsordnung) e no princípio da conservação da norma, que recomenda o respeito à vontade do legislador”⁴¹. Logo, a inconstitucionalidade, somente, surtiria efeito *ex nunc* ou *prospectivo*.

Importante mencionarmos o que foi salientado pelo Ministro do STF, Gilmar Mendes, na obra *Jurisdição Constitucional – O Controle Abstrato de Normas no Brasil e na Alemanha*, a par da controvérsia acerca da aplicação da declaração da inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade:

[...]ela representa um juízo de desvalor da norma questionada que obriga o legislador a empreender as medidas necessárias para a supressão da inconstitucionalidade apontada pelo Tribunal. Envolve, especialmente, casos em que a inconstitucionalidade de lei, que violaria o princípio da igualdade, favoreceria

³⁹Cf. MARTINS, Ives Gandra da Silva e Mendes, Gilmar Ferreira. **Controle Concentrado de Constitucionalidade**. 2. ed., 2ª tiragem. São Paulo: Editora Saraiva, 2008. Ob. cit. p. 484.

⁴⁰*Ibidem*, ob. cit. p. 449.

⁴¹Cf. Skouris, Teilnichtigkeit Von Gesetzen, Berlim, 1973, p. 108; Moench, Verfassungswidriges Gesetz und Normenkontrolle, Baden-Baden, 1977, p. 19 *apud* ROBINSON, Carlos Alberto. **A Efetividade da Súmula Vinculante nº 04 do STF e suas Repercussões na Esfera Trabalhista**. Revista eletrônica do TRT-4ª R.: acórdão, sentenças, ementas, artigos e informações. Rio Grande do Sul: 2008, ano IV, nº 68, p.64.

determinado grupo em detrimento de outro. Assim, reconhecida a inconstitucionalidade, o Tribunal se absteria de declarar a nulidade, deixando à liberdade de conformação do legislador a tarefa de editar a lei, em determinado prazo, a fim de atender aos ditames constitucionais⁴².

1.5.1 Tese da nulidade absoluta (Marshall) versus a tese da anulabilidade da norma inconstitucional (Kant)

Hans Kelsen trouxe o Controle de Constitucionalidade para a Europa. Ao idealizar o controle concentrado, este fez com que o Tribunal Constitucional ficasse responsável pela “legislação negativa”, logo a lei ou ato normativo seriam considerados constitucionais até que fosse proferida sentença dispondo o contrário. Defendia que seriam aqueles, portanto, considerados anuláveis, mas a decisão teria efeitos *ex nunc*.

O posicionamento tem respaldo no contexto histórico vivenciado por aquele jurista, pois as correntes hermenêuticas (Escola Livre do Direito e Jurisprudência Livre), em voga, possibilitavam o afastamento das normas jurídicas pelos magistrados, desde que as considerassem injustas. Vale ressaltar que não se observava nenhum critério para tanto, ou seja, estavam aqueles se valendo de sua discricionariedade para aplicar a lei ou não. A fim de salvaguardar a divisão dos Poderes e impedir os devaneios de alguns magistrados, fez-se mister a criação do Tribunal Constitucional, cujas decisões sobre a inconstitucionalidade das leis somente surtiriam efeitos dali em diante.

Entendia Hans Kelsen que a lei ou ato normativo partiam de um pressuposto de constitucionalidade, contudo caberia prova em contrário (*iuris tantum*). Logo, os efeitos produzidos até a declaração de sua inconstitucionalidade eram reputados válidos, resguardando, dessa forma, a segurança jurídica.

Contudo, essa teoria não teve muita força, apesar de existirem defensores veementes, dentre os quais, podemos citar, no ordenamento pátrio, Regina Macedo Nery Ferrari, em sede doutrinária, e o Min. Leito de Abreu (STF).

Difere desse sistema, mais uma vez, o norte-americano, pois a decisão que declara a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo culmina na nulidade *ab initio*. Estariam prejudicados todos os efeitos que essa lei produzira enquanto estava vigente no ordenamento.

⁴²Apud *ibidem*, p. 65.

Para os idealizadores da teoria da nulidade, conceber algum efeito produzido por esta, bem como pelo ato normativo inconstitucional, seria afrontar o que o Texto Maior do ordenamento jurídico dispôs sobre determinado assunto. Logo, haveria uma insegurança jurídica, pois o respaldo do ordenamento de um Estado poderia sofrer mitigação por normas inferiores.

Dentre os doutrinadores pátrios de respaldo sobre a matéria, podemos citar Clèmerson Merlin Clève⁴³ e Alfredo Buzaid, susomencionado.

Contudo, apesar de ser adotado de maneira unânime, a teoria da nulidade passou por uma relativização. No direito norte-americano, *leading case* *Mapp v. Ohio* 367 US HC 643 (1961)⁴⁴, em razão da segurança jurídica, admitiu a mitigação dos efeitos da declaração da inconstitucionalidade, onde os efeitos serão *ex nunc* ou pró-futuro, dependendo da determinação da sentença. No sistema brasileiro, a relativização somente foi possível a partir de 1999, quando entrou em vigor a Lei que trata do processamento da ADIn e da ADCon.

1.5.2 Atenuações à teoria da inconstitucionalidade como nulidade *ab initio*

A segurança jurídica do ordenamento é a principal preocupação das teorias tratadas *retro*. A rígida teoria da nulidade precisou passar por uma relativização, a fim de garantir consonância com os anseios sociais.

A lei ou ato normativo, ainda que inconstitucionais, produzem efeitos, sendo impossível negar essa realidade sem que provoque alguma ofensa, também, a princípios albergados no texto constitucional, tais como: boa-fé das partes, direito adquirido, coisa julgada⁴⁵ e presunção de constitucionalidade da norma, além da segurança jurídica.

⁴³“A decisão judicial, segundo a doutrina consagrada, é declaratória (declarada um Estado pré-existente) e não constitutiva-negativa. O ato judicial não desconstitui (puro efeito revogatório) a lei, tal como ocorre, por exemplo, no modelo austríaco, mas apenas reconhece a existência de um ato viciado. E, por esse motivo, a decisão produz efeito *ex tunc*, retroagindo até o nascimento da norma impugnada”. CLÈVE, Clèmerson Merlin. A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 163-164 *apud* RODRIGUES, Francisca Iara de França. **Modulação dos efeitos temporais na decisão declaratória de inconstitucionalidade**: previsão do art.27 da Lei n. 9.868/99. Monografia – UFC. Ceará: Fortaleza, 2007. p.56.

⁴⁴Neste caso, entendeu a Corte norte-americana pela impossibilidade de se admitir prova obtida ilicitamente, mas em razão de referido precedente, que culminaria na insegurança jurídica e descrédito no ordenamento, a decisão somente teria efeito *ex nunc* ou pró-futuro. Com isso, evitou-se uma avalanche de *Habeas Corpus*, sem, contudo, prejudicar o *due process of law*.

⁴⁵RECURSO EXTRAORDINÁRIO. EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE EM TESE PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ALEGAÇÃO DE DIREITO ADQUIRIDO. Acórdão que prestigiou lei estadual à revelia da declaração de inconstitucionalidade desta última pelo Supremo. Subsistência

O Supremo Tribunal posicionou-se, por um tempo considerável, pela aplicação absoluta da teoria da nulidade *ab initio*, como podemos observar na questão de ordem da ADIn 652-MA, rel. Min.Celso de Mello, publicada em meados de 1993:

A declaração de inconstitucionalidade de uma lei alcança, inclusive, os atos pretéritos com base nela praticados, visto que o reconhecimento desse supremo vício jurídico, que inquina de total nulidade os atos emanados do Poder Público, desampara as situações constituídas sob a sua égide e inibe – ante a sua inaptidão para produzir efeitos jurídicos válidos – a possibilidade de invocação de qualquer direito.

Contudo, no decorrer dos anos, o Pretório Excelso tem atenuado a aplicação daquela. Há casos, como bem dispõe Gilmar Ferreira Mendes, em que as leis ou atos normativos encontram-se tão arraigados no contexto das relações jurídicas de uma sociedade, que a sua retirada abrupta pode culminar maiores prejuízos, sendo mais viável, portanto, regulá-las do que expurgá-las, totalmente, do ordenamento.

Não podemos nos furtar de comentar que, desde a década de 60, esse Tribunal tem demonstrado uma tendência, tímida, vale ressaltar, de relativização daquela teoria. Contudo, eram os defensores da teoria da anulabilidade, cuja voz mais afluente era a do Min. Leito de Abreu, que apregoavam referidas mudanças no comportamento daquele.

Nesta tendência de atenuação dos efeitos da nulidade *ab initio* surgiu a modulação temporal dos efeitos, que se encontra disposta no art. 27 da Lei n. 9.868/99. Não se está afirmando que o ordenamento pátrio adota a teoria da anulabilidade proposta por Hans Kelsen, mas que, em casos de segurança jurídica ou excepcional interesse público, desde que assim entenda o Supremo Tribunal, possa o efeito da sentença, que declara a inconstitucionalidade, ser *ex nunc* ou prospectivos.

1.5.3 Aplicação da Modulação Temporal dos Efeitos no Controle Difuso

de pagamento de gratificação mesmo após a decisão *erga omnes* da Corte. Jurisprudência do STF no sentido de que a retribuição declarada inconstitucional não é de ser devolvida no período de validade inquestionada da lei de origem – mas tampouco paga após a declaração de inconstitucionalidade. Recurso provido em parte. AgRegRE n. 158.540-4, rel. Min. Francisco Rezec, DJ de 8-4-1994, p. 7.243.

A modulação temporal dos efeitos é um dos mecanismos de relativização da teoria da nulidade *ab initio*. Mas, há possibilidade de ocorrer em todo e qualquer Controle de Constitucionalidade?

No controle concentrado, a modulação é viável, mas foi à inserção, no ordenamento pátrio, dos arts. 27 e 11 das Leis, respectivamente, ns. 9.868 e 9.882, ambas de 1999, que firmou um posicionamento que, aos poucos, vinha sendo tomado pelo Supremo Tribunal.

No sistema austríaco, de acordo com a inteligência do art.140, n. 7, 2ª parte da Constituição austríaca, o Controle de Constitucionalidade realizado, na via de exceção, gera efeito, excepcionalmente, *ex tunc*. No sistema norte-americano, apesar de adotar a teoria da nulidade, a sentença proferida, no controle difuso, pode sofrer uma modulação temporal dos efeitos, principalmente, quando introduz alteração de jurisprudência. Em algumas hipóteses, a decisão atinge os processos pendentes; mas, há casos em que a decisão gera efeito *ex nunc*. Dessa forma, a modulação temporal dos efeitos pode ser aplicada no controle incidental-difuso de constitucionalidade.

Neste diapasão, dispõe Gilmar Ferreira Mendes:

Se o sistema constitucional legitima a declaração de inconstitucionalidade restrita no controle abstrato, essa decisão poderá afetar, igualmente, os processos do modelo concreto ou incidental de normas. Do contrário, poder-se-ia ter inclusive um esvaziamento ou uma perda de significado da própria declaração de inconstitucionalidade restrita ou limitada⁴⁶.

A decisão proferida naquele gera um precedente. Tendo em vista a nulidade *ab initio*, a sentença que declara a inconstitucionalidade, *in concreto*, tem, por regra, o efeito *ex tunc*. Logo, outras demandas surgirão para tratar da mesma questão e almejando aos mesmos efeitos proferidos por àquela. Contudo, pode ser proferida, durante o processamento ou trânsito destas, sentença declarando a inconstitucionalidade, *in abstracto*, mas o efeito será *ex nunc*.

Como solucionar a questão sem que culmine em insegurança jurídica, ofensa à coisa julgada e ao direito adquirido?

Valemo-nos da lição de Gilmar Ferreira Mendes, com o qual seguimos o entendimento.

⁴⁶MARTINS, Ives Gandra da Silva e Mendes, Gilmar Ferreira. **Controle Concentrado de Constitucionalidade**. 2. ed., 2ª tiragem. São Paulo: Editora Saraiva, 2008. Ob. cit. p. 514.

[...] tendo em vista os próprios fundamentos legitimadores da restrição de efeitos, poderá o Tribunal declarar a inconstitucionalidade com efeitos limitados, fazendo, porém, a ressalva dos casos já decididos ou dos casos pendentes até determinado momento (v.g., até a decisão *in abstracto*). Contudo, [...] se o STF declarar a inconstitucionalidade restrita, sem qualquer ressalva, essa decisão afeta os demais processos com pedidos idênticos pendentes de decisão nas diversas instâncias. Em suma, [...] razoável que o próprio STF declare, nesses casos, a inconstitucionalidade com eficácia *ex nunc* na ação direta, ressaltando, porém, os casos concretos já julgados ou, em determinadas situações, até mesmo os casos *sub judice*, até a data de ajuizamento da ação direta de inconstitucionalidade⁴⁷.

Há esse posicionamento em razão do princípio constitucional da segurança jurídica. Da mesma forma resolve-se a questão no direito português.

Em suma:

[...] não só no controle concentrado, como no controle difuso, é possível a determinação de “eficácia *ex nunc*” ou “prospectiva” em situações especiais, tendo em conta não só irreversibilidade das relações ou situações decorrentes de orientação anterior ou ainda de gravíssima lesão a direitos patrimoniais e/ou fundamentais [...] (STF, REExt. 197.917-8, rel. Min. Maurício Corrêa, decisão: 04.2008)⁴⁸.

Dentre os vários textos lidos para este trabalho, nos chamou atenção que o direito argentino aplica o controle difuso, contudo, seus efeitos, via de regra, são prospectivos, por entenderem que o juiz não anula a lei, mas declara a sua inaplicação por deter alguma nulidade ou vício.

La eficacia *inter partes* de la sentencia significa que el juez **no anula la ley** que interpreta, sino que declara su inaplicación por encontrar una nulidad o vicio que la invalida. El juez argentino, arquetipo del sistema difuso, puede declarar la inconstitucionalidad de las leyes, pero **el alcance** de su **pronunciamiento siempre es hacia el futuro**, con mínimas excepciones⁴⁹ (*grifo nosso*).

Lembre-se que dispusemos, em linhas pretéritas, que o afastamento da aplicação de uma lei ou ato normativo, somente, é possível com a declaração da inconstitucionalidade.

⁴⁷*Ibidem*, ob. cit. p. 514-515.

⁴⁸MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Estudos de direito constitucional em homenagem a César Asfor Rocha**: Teoria da Constituição, Direitos Fundamentais e Jurisdição. A Súmula 8 e os efeitos prospectivos das decisões da Suprema Corte. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. Ob. cit. p.419.

⁴⁹GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. **Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano**: Sobre sentencias constitucionales y el efecto *erga omnes*. Uruguay: Konrad-Adenauer-Stiftung E. V., 2008, 14.º año. Ob. cit. p. 181/184.

2 DISSÍDIO COLETIVO

Das relações entre empregado e empregador, podem surgir conflitos de conotação individual e coletiva. De acordo com o texto da Constituição Federal, compete a Justiça do Trabalho dirimir esses conflitos, como, também, os advindos das relações de trabalho (inteligência do inc. I, art.114 da CRFB/1998, alterado pela EC n.º 45/04).

Antes de qualquer consideração, façamos um parêntese, a fim de explicar o que se entende por relação de trabalho e relação de emprego, após o advento da Emenda Constitucional n.º 45/04. Relação de trabalho tem um viés mais genérico, comporta toda “prestação essencial centrada em uma obrigação de fazer consubstanciada em labor humano”⁵⁰. A relação de emprego, por sua vez, é gênero daquela, que “do ponto de vista técnico-jurídico, é apenas uma das modalidades específicas de relação de trabalho juridicamente configuradas”⁵¹, ou seja, deve comportar as seguintes características: pessoa física, pessoalidade, onerosidade, não-eventualidade e subordinação jurídica. Contudo, o STF, em apreciação de medida cautelar requerida nos autos da ADIn n.º 3.395, excluiu a constitucionalidade de qualquer interpretação do inc.I, art.114 da CRFB/1998 que implicasse reconhecer à Justiça do Trabalho como competente para processar e julgar causas entre o Poder Público e seus servidores estatutários. Vale-se do argumento de que o vínculo estabelecido entre o Poder Público e seus servidores é de natureza jurídico-estatutária, não se enquadrando no conceito de relação de trabalho. Logo, o conceito é estrito.

A Constituição Federal de 1946, diferente das Cartas de 1934 e de 1937, estabeleceu, em seu art. 123, que a Justiça do Trabalho⁵² é competente para solucionar tanto conflitos coletivos como os individuais. No par. 1.º daquele mesmo artigo, vislumbrou-se para essa Justiça Especializada não somente a possibilidade de conciliar e julgar, mas, também, de estabelecer normas e condições de Trabalho. Teremos, portanto, o surgimento do Poder Normativo na Justiça do Trabalho. Neste diapasão, está a Constituição de 1964, bem como a Emenda Constitucional n.º 1/67. Apesar da inovação da Constituição de 1946 em estabelecer o Poder Normativo, este se encontrava cerceado por uma lei que iria dispor os casos em que poderia ser aplicado.

⁵⁰ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**, 7. ed., São Paulo: LTr., 2008. Ob. cit. p. 285.

⁵¹ *Ibidem*, p.286.

⁵² A Justiça do Trabalho desvinculou-se do Poder Executivo (Ministério do Trabalho) na Constituição de 1946.

A Constituição de 1988 retirou essa limitação⁵³, permanecendo, porém, a necessidade de se esgotar a negociação coletiva (*vide* 2.2.2.), quando os dissídios forem de natureza econômica. Logo, não restou prejudicado o par. 4.º, art. 616 da CLT⁵⁴.

A ação coletiva trabalhista tem por **pressuposto objetivo** e essencial a ocorrência de tratativas conciliatórias prévias ou a recusa à negociação ou à arbitragem, segundo disposição expressa dos arts. 114, par. 2.º, da Constituição Federal e 616, par. 4.º, da CLT, que de modo cabal **deve ser comprovado pelo suscitante** (TST, RO-DC 54.189/92.1, Ursulino Santos, Ac. SDC 207/93)⁵⁵. (grifo nosso)

Em momento oportuno faremos algumas críticas a jurisprudência ora transcrita, pois entendemos que a necessidade de esgotamento da negociação coletiva não se trata de um pressuposto, mas de uma condição da ação.

Em suma, os dissídios coletivos, que tenham natureza econômica, serão solucionados por sentenças normativas, que se valerão do Poder Normativo para coadunar as mudanças existentes nas relações trabalhistas, que ocorrem na progressão geométrica, enquanto o direito, que as rege, em progressão aritmética, em virtude da morosidade do Poder Legislativo.

2.1 Conceito e formas de solução dos conflitos coletivos

Os conflitos coletivos trabalhistas solucionam-se de duas formas: pela **autocomposição** – as partes coletivas ajustam-se de maneira autônoma, via de regra, sem a ingerência de terceiro, formando um instrumento de negociação coletiva, que poderá ser o acordo ou convenção. Contudo, pode haver a participação de um terceiro, que não irá intervir no conflito, mas, apenas auxiliar as partes, aconselhando-as; ou pela **heterocomposição** – em que existe um intermediador para solucionar o conflito. Este pode ser escolhido pelas partes ou ser exigida a sua intervenção. Logo, temos, respectivamente, a heterocomposição extrajudicial e a judicial. Naquela, vale ressaltar, pode figurar como árbitro o Ministério

⁵³O Supremo Tribunal Federal entende que é cabível a atuação do Poder Normativo, quando há lacuna. Faz-se necessária a observância dos parâmetros legais, sob pena de incidência de Controle de Constitucionalidade.

⁵⁴**Art. 616, par. 4.º, in verbis:** Nenhum processo de dissídio coletivo de natureza econômica será admitido sem antes se esgotarem as medidas relativas à formalização da Convenção ou Acordo correspondente.

⁵⁵CARRION, Valentin. **Comentários à Consolidação das Leis Trabalhistas:** legislação complementar e jurisprudência, 32. ed., São Paulo: Saraiva, 2007. p. 476.

Público do Trabalho (*vide* art. 83, XI, da Lei Complementar n. 75/93), desde que as partes o convoque, e o dissídio seja da competência da Justiça do Trabalho (art.114 da CRFB/1998).

O Brasil tem, por regra, a solução dos conflitos pela heterocomposição judicial, que vem a ser realizada pelo dissídio coletivo, que, nos dizeres de Amauri Mascaro do Nascimento:

É um processo destinado à solução de conflitos coletivos de Trabalho, por meio de **pronunciamentos normativos constitutivos de novas condições de trabalho**, equivalentes a uma regulamentação para os grupos conflitantes. Assim, dissídios coletivos são relações jurídicas formais, geralmente da competência originária dos Tribunais, destinadas à elaboração de normas gerais. Confia-se, assim, à jurisdição, a **função de criar direito novo**, como meio para resolver as **controvérsias dos grupos**⁵⁶. (grifo nosso)

Entendemos que este renomado doutrinador conceituou, apenas, os dissídios coletivos de natureza econômica. Logo, o leitor poderá ter a ilusão de que os dissídios coletivos somente possuem essa finalidade. Um equívoco. O Regimento Interno do TST dispõe, em seu art. 216, que os dissídios coletivos podem ser, também, de natureza **jurídica** – ocorre quando for necessária a interpretação de cláusulas de sentenças normativas, de instrumentos de negociação coletiva, acordos e convenções coletivas, de disposições legais particulares de categoria profissional ou econômica e de atos normativos; **originários** – inexistentes ou em vigor normas e condições especiais de trabalho decretadas em sentença normativa; **de revisão** – reavaliar normas e condições coletivas de trabalho preexistentes que se hajam tornado injustas ou ineficazes pela modificação das circunstâncias que as ditaram; e de **declaração** sobre a **paralisação do trabalho**.

O conceito de dissídio coletivo apresentado por Valentin Carrion nos parece mais coerente:

O dissídio coletivo visa direitos coletivos, ou seja, contém as pretensões de um grupo, coletividade ou categoria profissional de trabalhadores, sem distinção dos membros que a compõem, de forma genérica⁵⁷.

Carlos Henrique Bezerra Leite, a fim de acrescentar a conceituação apresentada, trata o dissídio coletivo como uma espécie de ação coletiva⁵⁸, que é interposta, geralmente,

⁵⁶NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho**: história e teoria geral do direito do trabalho, relações individuais e coletivas do trabalho. 24. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009. Ob. cit. p. 377.

⁵⁷CARRION, Valentin. **Comentários à Consolidação das Leis Trabalhistas**: legislação complementar e jurisprudência, 32. ed., São Paulo: Saraiva, 2007. Ob. cit. p.709.

pelos sindicatos. Estes são responsáveis pela defesa de interesses grupos ou categorias econômicas, profissionais ou diferenciadas.

Apesar dessa solução de conflito ter advindo de sistemas autoritaristas (Carta del Lavoro, durante o período fascista), a Constituição democrática de 1988, a exceção de outras legislações alienígenas, continuou albergando em seu texto, pois cria normas de direito trabalhista, por força do Poder Normativo existente na sentença proferida pelos Tribunais do Trabalho, quando solucionam os conflitos coletivos. Para centros menos desenvolvidos, onde o domínio econômico do empregador é mais consubstancial, a extinção dessa forma de solução do conflito acarreta na inviabilidade de reivindicações por parte dos trabalhadores, que, salvo exceções, não poderão exercer, sem que prejuízos maiores sejam auferidos, a livre negociação⁵⁹.

Neste diapasão, dispõe Enoque Ribeiro dos Santos⁶⁰:

A União Européia e os Estados Unidos tiveram [...] negociação coletiva de trabalho como fruto de uma conquista histórica de luta entre trabalhadores e empregadores, tendo nascido de baixo para cima, diversamente, na **América Latina**, os **legisladores**, tendo percebido sua utilidade social e jurídica, baseados na experiência européia e norte-americana, **trataram de adotá-la nas leis e nos códigos**, colocando este poderoso instrumento de reivindicação ao alcance dos **trabalhadores**, que, no entanto, **não dispunham de força ou densidade política suficiente** para manejá-lo, na maior parte das vezes pela **ausência de massa crítica** de trabalhadores e de um processo de **industrialização** mais **intenso**.(grifo nosso)

2.2 Condições da ação coletiva *strictu sensu*

Valemo-nos das disposições processuais civis, que tratam das condições da ação, que são: legitimidade das partes, interesse de agir – necessidade de negociação coletiva prévia – e possibilidade jurídica do pedido.

São requisitos que devem existir antes de começar o processo. A ausência de qualquer um deles implica em carência da ação ou do direito de ação, logo será proferida uma sentença sem julgamento de mérito (art. 267, inc. VI do CPC c/c o art.769 da CLT).

⁵⁸LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Curso de Direito Processual do Trabalho. 7. ed., São Paulo: LTr, 2009. p. 1076.

⁵⁹FONSECA, Vicente José Malheiros da. **O Poder Normativo da Justiça do Trabalho**. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região: doutrina, jurisprudência e legislação. Belém: 2005, v. 38, nº 75, p. 27.

⁶⁰SANTOS, Enoque Ribeiro dos. **Dissídio Coletivo e Emenda Constitucional nº 45/04**: Considerações sobre as Teses Jurídicas da Exigência do "Comum Acordo". Disponível em:< <http://www.editoramagister.com/>>, acesso em 10.01.2010.

2.2.1 Legitimação *ad causam*

De acordo com o par. 2.º, art. 114 da CRFB/1998, os legitimados para propor o dissídio coletivo são, no pólo ativo, os sindicatos profissionais e, no passivo, a empresa isoladamente considerada, quando for infrutífero o acordo coletivo, ou o sindicato econômico, quando não se realizar a convenção coletiva.

Precisamos nos defrontar com uma questão importante, o sindicato atuará, no dissídio coletivo, como substituto ou representante processual?

Antes de entrarmos no mérito da questão, algumas considerações deverão ser feitas. Há diferença entre a legitimidade ordinária e a extraordinária, também chamada de substituição processual. Naquela, as partes litigantes são titulares do direito material; enquanto nesta, não a paridade entre os titulares de direito material e processual. Logo, na substituição processual, o substituto atua em nome próprio para defender os interesses dos substituídos, que serão **membros do sindicato**. Coadunam com esse posicionamento Uadi Lammêgo Bulos e alguns julgados, dentre os quais citamos o seguinte:

O art.852 da CLT, ao **garantir a substituição** processual ao sindicato, fê-lo de forma ampla em relação ao objeto da ação de cumprimento, e **não** em relação aos **substituídos não associados** (TST, RR 283.215/96.7, Francisco Fausto, Ac. 3ªT. 6.890/96). (grifo nosso)

[...] cabe ao ente sindical defender quem quer que seja ou, apenas, os seus sócios? Poderá postular em nome dos seus sócios, particularmente tomados, ou só em nome da categoria? Salvo melhor análise, estamos que o sindicato só estará legitimado para proteger seus membros. Logo, os não-sócios ficam fora do preceito constitucional. Só a categoria é titular do direito, razão que desautoriza o sindicato ir além dos limites da lei, substituindo na relação processual seus associados em questões notadamente particulares⁶¹.

Diverge, porém, desse posicionamento, que, vale ressaltar, não é pacífico na doutrina e, tampouco, na jurisprudência, Valentin Carrion, que dispõe:

“[...] pelo art.8.º, III, recebe essa legitimidade não só para filiados, mas também (quanto aos interesses coletivos e individuais dos membros da categoria) para os não filiados”⁶².

⁶¹BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal Anotada**, 7. ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2007. p. 467.

⁶²CARRION, Valentin. **Comentários à Consolidação das Leis Trabalhistas**: legislação complementar e jurisprudência, 32. ed., São Paulo: Saraiva, 2007. p. 428.

De acordo com Chiovenda e Liebman (Instituições de direito processual civil, trad. bras. com notas de Enrico Túlio Liebman, Saraiva, São Paulo, 1965, p. 253⁶³), não há necessidade de interesse ou direito próprio, ligando o substituto e o substituído, que deva ser amparado por decisão judicial.

Com fulcro no art. 8.º, inc. III, CRFB/1998, entende-se que há é uma substituição processual, mas atípica. Doutrinadores como Valentin Carrion e Carlos Henrique Bezerra Leite entendem que o mais coerente seria falarmos em representação processual, pois, diferente daquela, atua em nome alheio na defesa de interesse alheio. Logo, o representado pode desistir da ação – nesse sentido já se posicionou o TST, antiga Súmula 255 –, bem como reconvir, transigir, ou seja, mitigar ou excluir direitos que lhe pertençam.

Art.859, CLT - A representação dos sindicatos para instauração da instância fica subordinada à aprovação de assembléia, da qual participemos associados interessados na solução do dissídio coletivo, em primeira convocação, por maioria de 2/3 dos mesmos, ou, em segunda convocação, por 2/3 dos presentes.

Entendeu o Supremo Tribunal do Trabalho pela atipicidade da substituição processual no RR - 38017/2002-900-16-00.6, eis algumas partes que merecem destaque:

O relator do processo, ministro Fernando Eizo Ono, apresentou entendimento divergente. Para ele, a prerrogativa de o sindicato atuar como substituto processual na defesa dos trabalhadores de sua categoria não impossibilita que os empregados busquem a tutela jurisdicional, desistam da demanda ou mesmo disponham do direito material discutido, cujo único titular seria os representados, e não o sindicato. A vontade dos substituídos é soberana em relação à vontade do substituto processual.

Ele ressaltou que a doutrina e a legislação apontam para a legitimidade do substituído para agir em juízo. A Lei n.º 7.788/89 – cujo artigo 8º dispunha que não teriam eficácia a desistência, a renúncia e a transação – foi expressamente revogada pela Lei n.º 8.030/90, que também foi anulada pela Lei n.º 8.178/91, não fez menção à substituição processual dos sindicatos.

O sindicato, portanto, somente atuará em nome da categoria se admitido, com o respectivo *quorum*, pela Assembléia Geral, a fim de defender interesses daquela. Por isso, no processo do trabalho, a substituição processual será atípica e concorrente, pois poderá vir a juízo tanto o substituído como o substituto, contudo é inadmissível a concomitância.

Francisco Antonio de Oliveira afirma que, na substituição concorrente, há a possibilidade do titular da relação material vir a juízo defender os seus direitos, mesmo

⁶³Apud OLIVEIRA, Francisco Antonio de. **Comentários às súmulas do TST**, 6. ed., rev., atual. e ampl. da obra Comentários aos enunciados do TST. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 795.

quando a substituição tenha sido levada a efeito pelo sindicato. Quando ocorrer tal fato, este perde a condição de substituto.

LITISPENDÊNCIA – SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL – Não há como **concordar** com aqueles que, ao examinar a **configuração de coisa julgada e litispendência**, numa análise de cunho **puramente processual**, afirmam **inexistir identidade de partes** entre a **ação** em que o **Sindicato figura como substituto processual** e aquela em que o **seu representado, individualmente, deduz, com igual fundamento, idêntica pretensão**, pois o que **deve ser considerada** é a **titularidade do direito material controvertido** e, caso apurada a **igualdade desta**, restarão plenamente **caracterizadas**, conforme o caso, a **litispendência e a coisa julgada**. **Apenas** em se tratando de **dissídio coletivo**, ante a **absoluta diversidade do provimento jurisdicional pretendido**, é que as mesmas **não se configuram**. (TRT 15ª R. – RO 38.336/2000 – 5ª T. – Relª Juíza Olga Aida Joaquim Gomieri – DOESP 18.02.2002)⁶⁴. (grifo nosso)

EXCEÇÃO LITISPENDÊNCIA – 1. **Litispendência. Dissídio Individual x Dissídio Coletivo. Descaracterização.** Não induz **litispendência** ação individual ajuizada por um ou mais trabalhadores **objetivando vantagens pessoais** em função de ação coletiva promovida pelo sindicato de classe na defesa de interesses do grupo representado. Se é assim, à evidência que a **decisão** proferida em **dissídio coletivo** não produz **efeitos de coisa julgada** em relação a **ações individuais**. (grifo nosso)

O Sindicato defende os direitos da categoria (inc. III, art. 8.º da CRFB/1998), contudo pode o sindicalizado, visando interesse pessoal, mas decorrente de direito material da categoria a qual pertença, interpor ação com idêntico fundamento e igual pretensão da interposta por aquele. Há um equívoco das decisões colacionadas supra, pois há possibilidade de litispendência, em razão da substituição, no processo trabalhista, ser concorrente, independentemente da “absoluta diversidade do provimento jurisdicional pretendido”. Compreendemos que a sentença proferida em dissídio coletivo faz coisa julgada em relação às ações individuais.

Neste diapasão, colacionamos o seguinte julgado e jurisprudência iterativa, notória e atual do Tribunal Superior do Trabalho:

RECURSO DE REVISTA. LITISPENDÊNCIA. AÇÃO AJUIZADA PELO SINDICATO E AÇÃO INDIVIDUAL. A existência de ação proposta pelo **Sindicato, na condição de substituto processual**, dá **ensejo** à configuração de **litispendência** se **outra ação**, proposta pelo **empregado, integrante** daquela **categoria profissional**, persegue os mesmos **direitos ali vindicados**, com o **mesmo pedido e causa de pedir**. A postulação, pela entidade de classe, desonera, ainda que parcialmente, o trabalhador do ônus de enfrentar individualmente seu empregador em juízo. (Precedentes desta Corte). Recurso de revista não conhecido. (RR - 1363/2005-028-01-00, publicado no DEJT - 20/02/2009, proferido pela 7ª Turma, Rel. Ministro Caputo Bastos)⁶⁵. (grifo nosso)

⁶⁴Disponível em:< <http://www.editoramagister.com/>>, acesso em 10.01.2010.

⁶⁵Disponível em: <<http://brs02.tst.jus.br/cgi-bin/nph-brs?s1=4641008.nia.&u=/Brs/it01.html&p=1&=1&d=blnk&f=g&r=1>>, acesso em 24.01.2010.

OJ-SDI1-188 DECISÃO NORMATIVA QUE DEFERE DIREITOS. FALTA DE INTERESSE DE AGIR PARA AÇÃO INDIVIDUAL: Falta interesse de agir para a ação individual, singular ou plúrima, quando o direito já foi reconhecido através de decisão normativa, cabendo, no caso, ação de cumprimento. (grifo próprio)

De acordo com Hugo Nigro Mazzilli:

O sindicato pode ser substituto para defender interesses coletivos ou individuais homogêneos e interesses individuais não homogêneos. Pode defender interesses transindividuais não só em matérias diretamente ligadas à própria relação trabalhista em si mesma, mas também em questões relativas ao meio ambiente do trabalho ou à condição de consumidores de seus associados, ou ainda para defesa de interesses da respectiva classe, grupo ou categoria quando autorizado pelos estatutos ou assembléias.

[...] expressão coletivos do art. 8.º da CF/88 tem sentido *lato* e não distingue os interesses coletivos, em sentido *lato*, e coletivos, em sentido estrito, só adveio com o Código de Defesa do consumidor, mais de um ano após a promulgação da Constituição Federal⁶⁶.

Lembrem-se que não existindo sindicato da categoria econômica ou profissional, que a represente nos dissídios coletivos, caberá à federação correspondente e, na sua ausência, a confederação respectiva, inteligência do par. único, art.857 da CLT.

O art. 856 da CLT vaticina que a instância será instaurada “[...] por iniciativa do presidente do Tribunal, ou, ainda, a requerimento do Ministério Público do Trabalho (MPT), sempre que ocorrer suspensão do trabalho”.

Para alguns doutrinadores como Carlos Henrique Bezerra Leite, a parte do artigo que se refere à instauração da instância por iniciativa do Presidente do Tribunal restou prejudicado pela redação do par. 2.º, art. 114 da CRFB/1998.

A Lei Complementar n.º 75/93 trata, em seu art. 83, das competências do MPT, dentre elas, a de “inc. VIII - interpor a instauração de instância em caso de greve, quando a defesa da ordem jurídica ou o interesse público assim o exigir”. O texto constitucional albergou referida possibilidade no par. 3.º, art. 114, mas entendemos que não somente nas greves em atividades essenciais. Com fulcro no próprio texto constitucional (arts. 127, caput c/c o 129, inc. IX), pode o MPT interpor dissídio coletivo quando estiverem sendo mitigados interesses sociais, culminando em desrespeito daquele.

⁶⁶SAKO, Emília Simeão Albino. **A atuação dinâmica e eficiente dos sindicatos como garantia de realização dos direitos fundamentais e sociais dos trabalhadores**. Revista de Direito do Trabalho, 2007, n. 126. Ob. cit. p.73.

En passant, entendemos, de acordo com a redação exarada na Súmula n.º 82 do TST, que não é admissível a assistência anômala da Fazenda Pública, uma vez que esta se embasa, apenas, no interesse econômico.

2.2.2 Interesse Processual

Para que possamos falar em interesse processual, importante observar os seguintes requisitos, sem os quais haveria carência do interesse de agir, são eles: a necessidade do provimento e a adequação do meio.

Logo, no processo trabalhista, deve haver, por determinação do texto constitucional, exaurimento da autocomposição ou a impossibilidade de se interpor recurso da decisão arbitral. Para alguns, trata-se de um pressuposto processual. Outros, com os quais coadunamos, entendem ser uma condição da ação, pois a necessidade de provimento restaria frustrada, resultando em carência no interesse de agir.

DISSÍDIO COLETIVO – AUSÊNCIA DE PRESSUPOSTOS DE CONSTITUIÇÃO E DE DESENVOLVIMENTO VALIDO E REGULAR DO PROCESSO – A ausência, nos autos, da listagem do total de trabalhadores da empresa SABESP (motoristas, operadores) que inviabiliza a comprovação do *quorum* estatuído pelo art.612 da CLT, bem como a não-comprovação de que tenham as partes, efetivamente, **tentado a prévia composição do conflito, pressuposto indispensável ao ajuizamento da ação** (inobservância do art.114, par. 2.º, da Constituição da Republica), acarretam a extinção do processo sem julgamento do mérito nos termos do art.267, IV, do CPC (TST – RODC 789773-SDC- rel. Min. Ronaldo José Lopes Leal – SJU 15.3.2002). (grifo nosso)

O exaurimento das tratativas negociais é requisito indispensável à propositura da ação coletiva (STF, Ag. 166962-4, rel. Min. Carlos Velloso, 2ª Turma, decisão:30-4-1996, p.30607)⁶⁷.

Reside ainda a grande polêmica advinda com a nova redação do par. 2.º, art. 114 da CRFB/1998, sobre a necessidade de **comum acordo** para a instauração do dissídio coletivo de natureza econômica, depois de superadas as medidas conciliatórias iniciais, que restaram infrutíferas.

Nos dizeres de Vicente José Malheiros da Fonseca, embasado pelo posicionamento do Ministro José Luciano de Castilho Pereira, do TST, a decisão proferida no

⁶⁷BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal Anotada**, 7. ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2007. p. 1100.

dissídio coletivo não comportaria recurso, pois “o árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita ao recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário”, inteligência do art. 18, Lei n.º 9.307/96. Para aquele magistrado, a sentença normativa e a arbitral confundem-se, pois o dissídio coletivo assemelha-se a uma arbitragem pública, exercida pela Justiça do Trabalho. Em razão disto, para referido autor, consta, no texto constitucional, à determinação do **comum acordo** – que pode ser expressa ou tácita – das partes para a instauração do dissídio⁶⁸.

Consideramos tudo isto um grande equívoco. Primeiramente, não há que se falar em arbitragem em razão de constar, no texto constitucional, a determinação de **comum acordo** para interpor o dissídio coletivo de natureza econômica e, tampouco, a partir dessa constatação, aplicar o que dispõe o art. 18 da Lei n.º 9.307/96. Da sentença normativa cabe recurso, com fulcro no inc. II, art. 895 da CLT, ou seja, cabe recurso ordinário para o Tribunal Superior do Trabalho.

Compreendemos que essa necessidade de anuência das partes litigantes para instauração da instância é inconstitucional, pois fere garantia fundamental, o acesso a Justiça (art. 5.º, inc. XXXV da CRFB/1998), cerceando, por consequência, o que dispõe o art. 7.º, *caput*, CRFB/1998.

Em razão da subordinação econômica que, infelizmente, perdura na relação empregado e empregador, alguns sindicatos de categorias profissionais são, por vezes, apenas de trabalhadores desunidos, não por discordarem das medidas tomadas por aqueles, mas por não quererem envolvimento consubstancial com as reivindicações da classe. Ora, patronato forte e sindicato profissional desorganizado, logicamente resultarão em negociações coletivas prejudiciais para este ou nem mesmo existirão. Aquele tendo ciência de que sua discordância, em instaurar o dissídio coletivo, resultará na extinção do processo sem julgamento do mérito, prova o quanto prejudicial mostra-se essa condição da ação, e a fragilidade de pleitear judicialmente um direito.

Outro ponto nebuloso é a **inexistência de norma coletiva em vigor**, acompanhamos o posicionamento do TST, ao entender que:

[...] o ajuizamento de ação coletiva de natureza econômica na vigência de convenção coletiva, regendo as relações de trabalho entre as categorias profissional e econômica envolvidas, **sem que se tenha ressalvado a possibilidade de continuação ou de reabertura de negociação durante a vigência do ajuste ou demonstrado a ocorrência de fato imprevisível posterior à celebração do**

⁶⁸FONSECA, Vicente José Malheiros da. **O Poder Normativo da Justiça do Trabalho**. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região: doutrina, jurisprudência e legislação. Belém: 2005, v. 38, n.º 75, p.25-27.

instrumento coletivo que justificasse a alteração das condições pactuadas mediante a intervenção do Poder Judiciário, em período muito maior à data-base, configura a **falta de interesse de agir** do Sindicato-suscitante [...] (TST-AG-DC 167901/2006-000-00-00-00.9, ac. SDC – rel. Min. Carlos Alberto Reis Paula, DJU 27.10.2006). (grifo nosso)

Logo, em razão do caráter temporário da negociação coletiva (par. 3.º, art.614 da CLT), não seria cabível o ajuizamento de dissídio coletivo, exceto nas ressalvas feitas pelo julgado supracitado, bem como no caso do par. único, art. 14 da Lei n.º. 7.783/89 (greve).

2.2.3 Possibilidade Jurídica do Pedido

O pedido deve ser avaliado, *in abstracto*, no ordenamento jurídico. A possibilidade jurídica daquele respalda-se pela inexistência neste de disposições que o impossibilitem. Caso haja impossibilidade, o processo será extinto sem julgamento do mérito.

Logo, são inviáveis os pedidos que ofendam o texto constitucional, por exemplo, a instauração de dissídio coletivo de caráter econômico em que figurem como partes o sindicato dos servidores públicos e a pessoa jurídica de direito público, pois se trata de competência exclusiva do Presidente da República (arts. 61, par. 1.º, II, a, e 169, par. 1.º, ambos da CRFB/1998). Entendimento já pacífico no TST, OJ 5 SDC/TST⁶⁹.

2.3 Pressupostos de Cabimento

Estando presentes as condições da ação, o processo efetivamente começará. Neste momento precisamos avaliar os pressupostos processuais, que compreendem os de existência e de validade, cuja ausência, de acordo com o inc. IV, art. 267 do CPC, resultará numa sentença sem julgamento do mérito.

⁶⁹**OJ-SDC-5 DISSÍDIO COLETIVO CONTRA PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA:** Aos servidores públicos não foi assegurado o direito ao reconhecimento de acordos e convenções coletivos de trabalho, pelo que, por conseguinte, também não lhes é facultada a via do dissídio coletivo, à falta de previsão legal.

A Consolidação Trabalhista nada dispõe sobre os pressupostos processuais. Contudo, podemos abstrair os seguintes, que serão divididos em subjetivos – competência e capacidade processual – e objetivos – observância da época própria para o ajuizamento e a petição inicial apta.

2.3.1. Subjetivos

Falaremos, primeiramente, da **competência**. De acordo o art.678, inc. I, alínea “a” da CLT, compete, originariamente, ao Pleno do Tribunal Regional do Trabalho processar, conciliar e julgar o dissídio coletivo do lugar onde ocorreu cizânia entre as partes litigantes. Temos, portanto, uma competência funcional e territorial. Contudo, se exceder à base territorial de competência do Tribunal Regional do Trabalho, o dissídio coletivo será da competência do Pleno do Tribunal Superior do Trabalho, que o fará em última instância.

A **capacidade processual**, por sua vez, conforme já dispusemos supra, é do sindicato, que substitui os empregados nos dissídios coletivos. Não se deve confundir com a capacidade de ser parte, pois esta trata da legitimidade, enquanto aquela se refere à de estar em juízo.

2.3.2. Objetivos

Como o dissídio coletivo visa à criação de normas gerais e abstratas, não há **necessidade de observância de prazo** para a sua propositura.

A petição inicial (ou representação) apta deve observar os seguintes requisitos: o edital de convocação da assembléia geral da categoria; ata da assembléia geral; listagem de presença da assembléia geral – de acordo com a inteligência do art.859 da CLT –, o registros da frustração da negociação coletiva, mandato, mútuo consentimento. Quando se tratar de dissídio coletivo revisional, a representação deve ter a norma coletiva anterior. Dentre os elementos típicos presentes em qualquer petição inicial (o endereçamento, a qualificação das partes e os fundamentos da demanda), devem constar às bases da conciliação. Contudo, para

cada cláusula da conciliação deve constar o fundamento, que deverá ser econômico ou social, sob pena de ser indeferido de plano sem julgamento de mérito (entendimento já pacífico no TST, Precedente Normativo n.º 37).

2.4. Sentença Normativa ou Coletiva

A função normativa ou legislativa na jurisdição trabalhista surgiu com o Decreto n.º 1.237/39. A questão sempre foi polêmica, Oliveira Viana e Waldemar Ferreira foram os precursores da cizânia doutrinária sobre a sentença normativa ter caráter genérico e abstrato, fixando regras para o futuro. Entendia este que “a tradição republicana ‘se limitara ao pronunciamento do direito apenas *in specie* e *inter partes*’”, bem como a incompatibilidade com os princípios da Constituição – em razão da usurpação de competência do Poder Legislativo – e do Direito Processual – a sentença de qualquer juiz só obriga as partes litigantes. Aquele, por sua vez, arrematou, valendo-se das seguintes argumentações: a) o exacerbado apego à teoria da separação dos poderes; b) como a sentença normativa vem dirimir os conflitos coletivos, interessa não somente as partes litigantes, mas toda a categoria ou parte dela, bem como determinado grupo de trabalhadores de uma empresa; e c) a competência dos Tribunais do Trabalho para decidir de maneira genérica, formulando normas gerais, deveria ter aplicação obrigatória a outras pessoas que não os que participaram do litígio, pois aqueles têm métodos exclusivamente seus, bem como uma autonomia de interpretação diversa dos outros tribunais⁷⁰. Neste diapasão, podemos citar Kelsen, quando refuta a tripartição dos Poderes do Estado: “[...] é impossível atribuir à criação do direito a um órgão e sua aplicação a outro, de modo tão exclusivo que nenhum órgão venha a cumprir simultaneamente ambas as funções”⁷¹.

A sentença normativa soluciona o conflito coletivo estabelecendo para as partes cláusulas ou condições, contudo o seu texto não comporta execução. Logo, para terem efetivadas aquelas determinações, faz-se necessária a interposição de outra demanda, esta de competência do juiz singular de primeiro grau, que é a Ação de Cumprimento.

⁷⁰ PELICIONI, Angela Cristina. **A Sentença Normativa na Jurisdição Constitucional**: o Supremo Tribunal Federal como Poder Legislador. São Paulo: LTr, 2008. Ob. cit. p.35.

⁷¹ *Ibidem*, ob. cit. p.231.

A ação de cumprimento de convenção ou acordo coletivo não homologado judicialmente é da competência da Justiça Comum. Apenas às ações de cumprimento de sentenças – não às contravenções ou aos acordos coletivos – refere-se à Justiça Obreira (STF, *RTJ*, 146:648; STF, *RT*, 676:247)⁷².

Em razão dessas considerações, entendemos que não deve ser aplicado o texto do art.877 da CLT, que dispõe “é competente para a execução das decisões o [...] Presidente do Tribunal que tiver conciliado ou julgado originariamente o dissídio”, pois desviaria das atribuições precípua dos Tribunais.

A decisão proferida, pelos Tribunais Regionais ou pelo Tribunal Superior do Trabalho, nesses dissídios produz efeitos *erga omnes*, pois, como dito *alhures*, os interesses que estão sendo tratados correspondem, genericamente, a uma categoria de empregados. Por isso, as sentenças normativas podem ter seus efeitos disseminados a terceiros estranhos a relação inicial (v. 2.4.2.). Possui, portanto, como característica **norma** geral e abstrata.

Nos dizeres de Oliveira Viana, a sentença normativa tem caráter constitutivo e não declaratório, bem como não há que se falar na aplicação do princípio da imodificabilidade da coisa julgada. Angela Cristina Pelicioli alerta-nos que a sentença proferida, em dissídio coletivo de **natureza jurídica**, tem caráter declaratório, por isso constitui coisa julgada.

Há cizânia doutrinária quanto à produção de coisa julgada das sentenças normativas. Alguns se posicionam pela produção de **coisa julgada meramente formal**, enumeremos: a) a possibilidade de cumprimento (definitivo) antes de ter transitado em julgado – ou seja, no prazo (8 dias) para a interposição de Recurso Ordinário; b) a possibilidade de revisão, após mais de 1 ano de sua vigência; c) não comporta execução, requer a interposição de ação de cumprimento; d) a sentença normativa não integra os contratos de trabalho alcançados por suas disposições, pois esta tem prazo de vigência de, no máximo, 4 anos. Outros entendem que a sentença normativa detém a **coisa julgada formal e material**, neste diapasão podemos citar a lição de Carlos Henrique Bezerra Leite.

[...] o art.2.º, I, c, da Lei n. 7.701/88 dispõe expressamente que compete originariamente, à sessão especializada em dissídios coletivos ‘julgar as ações rescisórias propostas contra suas próprias sentenças normativas’. [...] se cabe ação rescisória contra sentença normativa, então ela está apta a produzir a coisa julgada material (CPC, art. 269)⁷³.

Victor Nunes Leal conforma com aquele doutrinador, pois:

⁷² BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal Anotada**, 7. ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2007. p. 1095.

⁷³ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 7. ed., São Paulo: LTr, 2009. p. 1091.

Nada disso impede que tais decisões transitem em julgado, porque a diferença entre estas e as demais sentenças não está no menor ou maior rigor da coisa julgada (cuja autoridade é sempre a mesma), mas na natureza da própria relação jurídica reconhecida pela sentença [...]. A afirmação de que as sentenças que estabelecem novas condições de trabalho também constituem coisa julgada, apesar de sua natureza dispositiva e temporária, é comprovada ainda por este argumento: os efeitos que elas tiverem produzido enquanto hajam vigorado (até que tenham sido revistas ou durante o prazo normal de sua duração) são imutáveis, isto é, estão protegidos pela autoridade da coisa julgada, no aspecto comumente denominado de coisa julgada material. Se a possibilidade de revisão da sentença significasse inexistência da coisa julgada, os efeitos do julgamento revisor seriam retroativos, como ocorre com as decisões proferidas em recurso. Mas isso não acontece na revisão, que dispõe para o futuro, e que não é, por isso mesmo, um recurso, mas juridicamente uma nova ação⁷⁴.

Contudo, posicionou-se o TST, na Súmula 397, pela impossibilidade de aplicação da ação rescisória nas ações de cumprimento, por ter sido a sentença normativa modificada em grau de recurso, pois “[...] em dissídio coletivo somente se consubstancia coisa julgada formal”. Gera, portanto, nos dizeres de Fredie Didier Jr., “a imutabilidade da decisão judicial dentro do processo em que foi proferida, porquanto não possa mais ser impugnada por recursos – seja pelo esgotamento das vias recursais, seja pelo decurso do prazo do recurso cabível”⁷⁵. Coadunamos com o posicionamento exarado pelo TST, apesar de constar, no texto da Consolidação Trabalhista, o seguinte dispositivo:

Art. 872 – Celebrado o **acordo, ou transitada em julgado a decisão**, seguir-se-á o seu **cumprimento**, sob as penas estabelecidas neste Título.

Parágrafo único - Quando os empregadores deixarem de satisfazer o pagamento de salários, na conformidade da decisão proferida, poderão os empregados ou seus sindicatos, independentes de outorga de poderes de seus associados, juntando certidão de tal decisão, apresentar reclamação à Junta ou Juízo competente, [...], **sendo vedado, porém, questionar sobre a matéria de fato e de direito já apreciada na decisão.** (grifo nosso)

Contudo, corrobora para o nosso posicionamento a dicção de Valentin Carrion, que entende “está revogado o art.872, *caput*, quando exige para execução o trânsito em julgado”⁷⁶. Ratificando, o Tribunal Superior do Trabalho, na Súmula 246, dispõe que é “**dispensável** o trânsito em julgado da sentença normativa para a propositura da ação de cumprimento”.

⁷⁴LEAL, Victor Nunes. **Problemas de direito público e outros problemas**. Brasília: Ministério da Justiça, 1997, v. 1. Ob. cit. 212.

⁷⁵DIDIER JR., Fredie (et al). **Curso de Direito Processual Civil**: Teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 4.ed., Bahia: JusPodivm, 2009. v. 2., p.408.

⁷⁶CARRION, Valentin. **Comentários à Consolidação das Leis Trabalhistas**: legislação complementar e jurisprudência, 32. ed., São Paulo: Saraiva, 2007. p.717.

2.4.1 Poder Normativo

Para alguns doutrinadores, o Poder Normativo trata-se de um retrocesso típico dos Estados que sofreram influências autoritaristas. Muito nos sensibilizou a argumentação de Maria Ervanis Brito, que se posicionou neste sentido, valendo-se de José Janguê Bezerra Diniz: o Poder Normativo da Justiça do Trabalho cerceia os mecanismos alternativos de solução de conflitos, além de provocar a morosidade, em razão dos vários recursos, na efetivação destes, quando são dirimidos pelo Judiciário⁷⁷.

Prossegue, em suas críticas, contra os defensores que encontram, no Poder Normativo, o mecanismo de salvaguarda dos interesses coletivos dos proletariados, hipossuficientes, frente aos apelos do patronato. Em sua tese de mestrado, utiliza como azo elementos históricos, que, dentro de um contexto de repressão política e econômica, foram notáveis, *e.g.* os movimentos dos seringueiros no Acre, sob a liderança de Chico Mendes, e dos metalúrgicos no ABC Paulista.

Afirmar que o sindicato profissional é sempre hipossuficiente trata-se de uma atitude imatura, contudo, não podemos refutar que a consciência do proletariado, na maioria das vezes, é de salvaguardar seus interesses individuais, ou seja, o seu emprego, submetendo-se, algumas vezes, às condições degradantes. Ora, a instabilidade constante nos empregos, culminada pelo advento da Lei que instituiu o FGTS, e o instinto primário de sobrevivência, fazem com que os problemas sejam avaliados em dimensão microscópica (indivíduo) e não macroscópica (coletividade). Desta feita, a maioria dos sindicatos brasileiros são hipossuficientes nas negociações coletivas de trabalho, cabendo, portanto, ao Estado-juiz equilibrar a balança, mesmo que venha a dirimir o conflito de maneira que cerceie a criatividade das partes na sua solução, e esta, inclusive, não seja imediata. Autoritarismo, não; arrimo aos trabalhadores seria o termo mais coerente.

Infelizmente, não passamos por uma mudança contumaz como a que se deu na Itália. Nesta, a função normativa da Justiça trabalhista teve efetividade até o final do ordenamento corporativista. Depois de 1975, em razão da estruturação do sistema de negociação naquele País, as negociações coletivas extrajudiciais ganharam relevância e

⁷⁷Cf. BRITO, Maria Ervanis. **Solução de Conflitos Coletivos de Trabalho de Natureza Econômica e a Negociação Coletiva de Trabalho na Ordem Jurídica Brasileira**: Uma abordagem contemporânea. Tese de mestrado - UFC. Ceará: Fortaleza, 2004. p. 53.

desenvolvimento, possibilitando, atualmente, a existência de mecanismos eficazes de prevenção de conflitos trabalhistas.

2.4.2.Extensão das Decisões

Sendo as convenções coletivas ou sentenças proferidas nesses dissídios atos normativos e, como tais, fonte formal de direito do trabalho, nada impede que essas **decisões tenham força obrigatória** mesmo em **relação aos empregados** que venham a ser **admitidos após o dissídio, inexistindo** qualquer eiva de **inconstitucionalidade** quando a esses efeitos, vez que não há **norma expressa** na legislação pátria determinando que a **sentença coletiva** somente aproveite aos trabalhadores admitidos até a data do julgamento (STF, RE 77.650, Neder, Plenário)⁷⁸. (grifo próprio)

Começamos o tópico colacionando referida jurisprudência para deixarmos notório que é possível a extensão das sentenças normativas e, como já dispusemos em linhas pretéritas, não há violação a qualquer princípio de Direito Processual, pois os terceiros estranhos a relação inicial fazem parte de uma categoria, que pode ser albergada por disposições existentes naquela.

A disseminação dos efeitos da sentença normativa proferida, em dissídio coletivo, será estabelecida pelo Tribunal que a proferiu. Pela inteligência do art.868 da CLT, podemos abstrair que a medida tomada por este é discricionária – “[...] estender tais condições de trabalho, se julgar justo e conveniente [...]”. Vale ressaltar que neste caso houve a frustração de um acordo coletivo de trabalho, por isso há a possibilidade de estender para os demais empregados da empresa que forem da mesma profissão dos dissidentes.

O art.869 já trata da extensão da sentença coletiva, quando não logrou êxito a convenção coletiva de trabalho. Pode ser estendida, desde que:

Art.869- [...]

a) por **solicitação** de 1 (um) ou mais **empregadores, ou de qualquer sindicato** destes; b) por **solicitação** de 1 (um) ou mais **sindicatos de empregados**; c) *ex officio*, pelo **Tribunal** que houver **proferido a decisão**; e d) por **solicitação** da **Procuradoria** da Justiça do **Trabalho** (*grifo nosso*).

⁷⁸CARRION, Valentin. **Comentários à Consolidação das Leis Trabalhistas**: legislação complementar e jurisprudência, 32. ed., São Paulo: Saraiva, 2007. p. 471.

Vale ressaltar que requer a anuência de 3/4 dos empregadores e empregados, ou dos respectivos sindicatos, no prazo estabelecido pelo Tribunal, que não será inferior a 30 dias e, tampouco, superior a 60 dias. Faz-se necessária, vale ressaltar, a oitiva do Ministério Público do Trabalho. Após, o processo será submetido ao julgamento pelo Tribunal. Este estabelecerá a data em que a extensão deva entrar em vigor para os requerentes.

Contudo, já é posicionamento pacífico da Seção de Dissídios Coletivos do TST:

Acordo homologado. Extensão a partes não subscreventes. Inviabilidade. É inviável aplicar condições constantes de acordo homologado nos autos de dissídio coletivo, extensivamente, às partes que não o subscreveram, exceto se observado o procedimento previsto no art. 868 e seguintes, da CLT. (grifo nosso)

Não há que se falar em direito adquirido, quanto às condições de trabalho alcançadas por força de sentença normativa. Aquelas vigoram no prazo de vigência desta, inteligência da Súmula 277 do TST⁷⁹.

⁷⁹**SUM. 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 enunciada 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.

3 CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE DAS SENTENÇAS NORMATIVAS E A MODULAÇÃO TEMPORAL DOS EFEITOS

A sentença normativa possui normas de caráter abstrato e geral, podendo, por isso, ser estendida a “terceiros”. Contudo, seria possível falarmos em controle concentrado de constitucionalidade dessa sentença?

Não é admissível controle concentrado de constitucionalidade, em razão de a sentença normativa ter sido elaborada para dirimir um dissídio coletivo. Esta tem efeito vinculante, na região, para os membros das categorias profissionais e econômicas albergados por seu texto, não inova, contudo, para todos os trabalhadores que se encontram na jurisdição do Tribunal Regional do Trabalho que a proferiu. Dessa forma, não há que se falar em legislar no âmbito do Direito Trabalhista, por meio de sentenças normativas. É fato que elas harmonizam o ordenamento, por meio do Poder Normativo, aos anseios dos trabalhadores, mas não mais do que isto.

Logo, de acordo com a inteligência da alínea “a”, inciso I, art.102 da CRFB/1998, a ADIn será cabível para lei ou ato normativo federal ou estadual. Mas, o que significa e qual a abrangência dos atos normativos?

Atos normativos são aqueles que encerram um dever-ser, veiculando pauta prescritiva de comportamento, subordinante da vontade humana, **a ser cumprida e observada pelos órgãos do Estado**⁸⁰. (grifo nosso)

Não é forma que evidencia a compreensão do que sejam atos normativos, mas sim a substância que ele engendra em sua configuração. Para se saber se o **ato é normativo**, há que se **perquirir a sua qualidade jurídico-material**. Assim, um **ato** que **regula certo padrão de comportamento**, estabelecendo **critério** para se **decidir conflitos**, qualifica-se como **normativo**, podendo ser considerado para **fins de controle de constitucionalidade** (STF, ADIn 1352-1/DF, rel. Min. Celso de Mello, *DJ*, de 4-10-1995, p. 32736). (grifo nosso)

Por isso, não é possível o controle concentrado de constitucionalidade da sentença normativa, mas, apenas, o difuso, uma vez que não estabelece normas a serem cumpridas pelos órgãos do Estado, como bem dispõe Hans Kelsen. A definição, que o Supremo Tribunal apresentou no julgado colacionado, pode fazer com que os senhores pensem de maneira

⁸⁰Cf. Hans Kelsen. Teoria geral das normas, trad. José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, Editor, 1986. p. 2 e s. *apud* BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal Anotada**, 7. ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2007. p. 986.

contrária ao que depreendemos, mas, se observarem com atenção, o Pretório referiu-se, apenas, a possibilidade de realização de Controle de Constitucionalidade, sem, contudo, fazer menção por que via seria este realizado.

Entendemos que há possibilidade de aplicação do controle difuso nessas sentenças, contudo não há respaldo para que o magistrado de primeiro grau, nas ações de cumprimento, realize-o *ex officio*.

O Supremo Tribunal Federal, na maioria dos Recursos Extraordinários, tem se posicionado pela sua “objetivação”, que, nos dizeres de Fredie Didier Jr. e Leonardo José Carneiro da Cunha, vem a ser:

Nada impede, porém, que o Controle de Constitucionalidade seja difuso, mas abstrato: a análise da constitucionalidade é feita em tese, embora por qualquer órgão judicial.

[...] acobertada pela coisa julgada e será eficaz apenas *inter partes*. Mas a análise é feita em tese, que vincula o tribunal a adotar o mesmo posicionamento em outras oportunidades.

[...] se instaura o incidente de arguição de inconstitucionalidade perante os tribunais (art.97 da CRFB/1998 e arts. 480-482 do CPC): embora instrumento processual típico do controle difuso, a análise da constitucionalidade da lei, neste incidente, é feita em abstrato. Trata-se de incidente processual de natureza objetiva⁸¹.

Logo, podemos afirmar que o controle difuso de constitucionalidade encontra-se em processo de mitigação. As Súmulas Vinculantes, que foram criadas pela Emenda Constitucional n.º 45/04 e regulamentadas pela Lei n.º 11.417/06, a fim de “evitar a multiplicação de processos sobre questões idênticas e diversidade de decisões entre os Tribunais”⁸², corroboram para a mitigação daquele, bem como a exigência de repercussão geral (pressuposto de admissibilidade) para a interposição de referido recurso.

Sabemos que perduram, atualmente, dois sistemas jurídicos: o romano-germânico, que tem como fonte principal do Direito a lei; e a “common Law”, sistema adotado por ingleses e norte-americanos, cuja fonte é a jurisprudência. Aquele sistema influenciou a estruturação do judiciário brasileiro, tendo, contudo, por correspondente à Corte Constitucional daquele o Pretório Excelso, assim compreendemos. Uma das principais características das decisões da Corte Constitucional alemã é a força vinculante para todos os outros Tribunais. Essa tendência pode ser observada com mais veemência atualmente.

⁸¹DIDIER JR., Fredie e Cunha, Leonardo José Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil: Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos Tribunais**. 7. ed., Bahia: JusPodivm, 2009. v. 3., p. 343 e ss.

⁸²ROBINSON, Carlos Alberto. **A Efetividade da Súmula Vinculante nº 04 do STF e suas Repercussões na Esfera Trabalhista**. Revista eletrônica do TRT-4ª R.: acórdão, sentenças, ementas, artigos e informações. Rio Grande do Sul: 2008, ano IV, nº 68, p. 62.

Contudo, em um breve histórico, podemos vislumbrá-la. Primeiramente, com antecedentes portugueses, havia o instituto dos assentos, que eram uma interpretação única aos órgãos jurisdicionais e possuía uma natureza eminentemente normativa. Este instituto foi suprimido com o advento da República. Foi consagrado, na época do Estado Novo, o instituto do Prejulgado, com força vinculante no âmbito de cada Tribunal. Na década de 60, surgiu a súmula de jurisprudência predominante do Supremo Tribunal, que, diferente das atuais súmulas editadas em consonância com a Lei n. 11.417/06, servia, apenas, como orientação predominante sem efeito vinculante⁸³, obrigatório e definitivo⁸⁴. Efeitos estes presentes nas Súmulas Vinculantes que comportam tantas críticas por parte de alguns doutrinadores. Contudo, não podemos deixar de admitir que em razão delas haja uma celeridade processual, coadunando, portanto, com as garantias fundamentais, bem como uma segurança jurídica, tendo em vista a imparcialidade. Na Alemanha, vislumbramos referido instituto, que, diferente de nosso país, não é criticado como mecanismo de empecilho à liberdade dos Magistrados de julgarem. Ora, os magistrados de primeiro e segundo grau julgam processos que versam, às vezes, sobre questões Constitucionais e, dependendo da repercussão geral, pode caber Recurso Extraordinário para o Supremo Tribunal, como já explicamos. Por vezes, esse Tribunal vale-se de seus precedentes para julgar referidos recursos, há, portanto, uma exigüidade da efetivação da celeridade processual, uma vez que o posicionamento daquele já poderia ser aplicado pelo juiz de primeiro ou segundo grau ao se deparar com a questão. Não compartilhamos da opinião de que há uma maior segurança jurídica em razão da imparcialidade dos juízes ao aplicarem as Súmulas Vinculantes do Supremo Tribunal.

Vale ressaltar que a força vinculante não é para o Pretório Excelso. Nesta toada, pode o entendimento (reiterado) passar por mudanças e ir de encontro com Súmula Vinculante já editada, culminando, portanto, em sua respectiva alteração.

Diante dessas considerações sobre as Súmulas Vinculantes, não podemos nos imiscuir da questão sobre a proibição da utilização do salário-mínimo como indexador para base de cálculo (Súmula Vinculante n.º4 do STF) e seus reflexos no adicional de

⁸³A denominada súmula vinculante obrigará os órgãos do Poder Judiciário submetidos à jurisdição do autor da edição à sua imprescindível observância, bem como à administração pública direta e indireta, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Significa dizer que a 'súmula vinculante' tem a mesma natureza obrigatória, genérica e abstrata que caracteriza a lei em sentido material. [...] Posta a 'súmula vinculante' à obrigatória obediência de todos, excluído apenas o Poder Legislativo pela natureza de suas funções, ou, dito de outra forma, positivada a norma nela contida, o que se tem, então, é uma modificação do sistema constitucional brasileiro em sua raiz, em seus fundamentos e em sua forma de aplicação. Cf. ROCHA, Cármen Lúcia Antunes *apud* ROBINSON, Carlos Alberto. **A Efetividade da Súmula Vinculante nº 04 do STF e suas Repercussões na Esfera Trabalhista**. Revista eletrônica do TRT-4ª R.: acórdão, sentenças, ementas, artigos e informações. Rio Grande do Sul: 2008, ano IV, nº 68, p. 62.

⁸⁴*Ibidem*, *apud* p. 57.

insalubridade recebido por alguns trabalhadores, bem como a proibição de ser substituído por decisão judicial.

A jurisprudência do STF entendia:

[...] que era **vedada** à utilização do referido parâmetro como **fator de indexação** para **obrigações sem conteúdo salarial ou familiar**. Entretanto, não pode abranger as hipóteses em que o objeto da prestação **expressa em salários mínimos** tem a finalidade de atender as mesmas garantias que a parte final do inciso IV, art.7.º **concede ao trabalhador e à sua família**, presumidamente capazes de suprir as necessidades vitais básicas. (grifo nosso)

Após o advento da Constituição de 1988, embora não houvesse uma harmonia do texto do art. 192 da CLT com a Constituição, os Tribunais do Trabalho, valendo-se do poder normativo que as sentenças proferidas, em dissídio de natureza econômica, têm, continuaram a aplicar referido indexador para os pleiteantes, bem com para os que requeriam e cumpriam as exigências estabelecidas na Consolidação Trabalhista para a extensão dessas decisões. Após a edição da Súmula Vinculante referida retro, o TST, no começo de 2009, em informativo, afirmou que continuaria a aplicá-lo, enquanto não houver regulamentação sobre o assunto. Neste contexto foi editada a Súmula 228, que estabeleceu como indexador “[...] o salário básico, salvo critério mais vantajoso fixado em instrumento coletivo”. Contudo, o STF, em sede de Reclamação Constitucional n.º 7.579, voltou a reiterar o entendimento da Súmula Vinculante, por isso a Súmula do TST foi cancelada.

Neste diapasão:

Súmula 190 do TST - Poder normativo do TST. Condições de trabalho. Inconstitucionalidade. Decisões contrárias ao STF.

Ao julgar ou homologar ação coletiva ou acordo nela havido, o Tribunal Superior do Trabalho exerce o poder normativo constitucional, não podendo criar ou homologar condições de trabalho que o Supremo Tribunal Federal julgue iterativamente inconstitucionais. (grifo próprio)

Mas, como coadunar o que dispõe a Súmula Vinculante n.º 4 do STF e os princípios da dignidade da pessoa humana, bem como os valores sociais do trabalho; além do princípio trabalhista da proteção do trabalhador – condição mais benéfica, que ajusta o princípio do direito adquirido à cambialidade; e à profusão normativa do direito do trabalho, que a aplicação de uma norma trabalhista nova não pode servir para dirimir as condições mais favoráveis já fruídas pelo trabalhador? Duas soluções parecem viáveis, quais sejam: a aplicação da declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade, que advém do direito alemão, ou do princípio da equidade, sendo esta solução realizada pelos Tribunais

Regionais do Trabalho, que proferirem a decisão. Entendemos que esta não é plausível em razão do grau de discricionariedade dos magistrados dos Tribunais Regionais do Trabalho.

Coadunando com o nosso posicionamento, o TST adotou a *priori*, frente a esta nova realidade jurídica, o seguinte posicionamento, que é sintetizado pelos dizeres do Ministro Ives Gandra Martins⁸⁵:

A Súmula Vinculante n.º 4 do Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade da utilização do salário-mínimo como base de cálculo do adicional de insalubridade, mas vedou a substituição desse parâmetro por meio de decisão judicial. Até que novo critério seja adotado, por lei ou por negociação ou sentença coletiva, ele continuará a ser aplicado quando a categoria não tiver piso salarial. Este fundamento foi adotado pela Sétima Turma do Tribunal Superior do Trabalho em duas decisões recentes sobre a matéria. O entendimento da Sétima Turma é de que o STF, ao analisar a questão constitucional sobre a base de cálculo do adicional de insalubridade e editar a Súmula Vinculante n.º 4, adotou técnica decisória, conhecida no direito constitucional alemão como **‘declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade’**: a norma, embora declarada inconstitucional, continua a reger as relações obrigacionais, em face da impossibilidade de o Poder Judiciário se sobrepor ao Legislativo para definir critério diverso para a regulação da matéria. A Súmula Vinculante n.º 4 estabelece que, ‘salvo os casos previstos na Constituição Federal, o salário-mínimo não pode ser usado como indexador de base de cálculo de vantagem de servidor público ou de empregado, nem ser substituído por decisão judicial. Para o relator, se não fosse a ressalva final, poder-se-ia cogitar a substituição do critério do artigo 192 da CLT, relativo ao adicional de insalubridade, pelo previsto no artigo 193, parágrafo 1.º, da CLT para o adicional de periculosidade – o salário-base do trabalhador, uma vez que insalubridade e periculosidade são ambas fatores de risco para o trabalhador. Mas a parte final da Súmula não permite criar novo critério. (grifo nosso)

A aplicação do instituto alemão, que é uma técnica de interpretação, para solucionar a questão concomitantemente com o princípio da segurança jurídica, levando-se em conta os interesses sociais, patente para trabalhadores que fazem jus a referido adicional foi a melhor decisão tomada por esse Tribunal, uma vez que as Súmulas Vinculantes detêm, como já dito alhures, referida força para os demais magistrados, exceto para o Supremo, que a editou. Logo, inconcebível seria a aplicação da modulação temporal dos efeitos pelo TST ou resolver a questão com base no princípio da equidade. Tanto que foi interposta Reclamação Constitucional para frear a tentativa de modulação temporal dos efeitos daquele Tribunal ao editar a Súmula 228.

Em outros casos de declaração de inconstitucionalidade das sentenças normativas pelo Supremo Tribunal Federal, desde que não tenha Súmula Vinculante sobre a questão, entendemos plausível a aplicação, apenas, da modulação temporal dos efeitos. Vale ressaltar

⁸⁵Fonte: RR 1118/2004-005-17-00-6 e RR 1814/2004-010-15-00-9. Disponível: <<http://www.tst.jus.br>>, acessado em: 11.04.2010.

que, como já dispusemos em linhas pretéritas, somente é cabível tal prerrogativa ao Supremo Tribunal Federal, em razão da segurança jurídica.

Lembremos que as sentenças normativas podem ser estendidas a outros trabalhadores que não sejam os litigantes iniciais. A depender do direito que está sendo alvo de inconstitucionalidade, podemos afirmar que haverá uma insegurança jurídica maior para as partes se esse direito for cessado do que a sua perpetuação por um lapso *ex nunc* ou pró-futuro.

CONCLUSÃO

Diante de tudo o que expusemos nesse texto, há, sim, possibilidade da aplicação da modulação temporal dos efeitos, figura típica do controle concentrado de constitucionalidade, no controle difuso-incidental. Afirmamos isto em razão do processo de “objetivação” que este vem sofrendo durante os anos em que o Pretório Excelso ganha um viés de Corte Constitucional Alemã.

Os conflitos coletivos, – principalmente, de natureza econômica –, deverão ser solucionados pelos Tribunais Regionais do Trabalho, pois não há um amadurecimento e, tampouco, integração de alguns sindicatos com os interesses dos seus associados. Logo, entre termos um prejuízo na diversidade de soluções para os conflitos trabalhistas e um cerceamento dos direitos dos trabalhadores é preferível que haja mitigação daquele, pois os Tribunais Regionais observam, conforme dito *alhures*, as determinações mínimas de proteção ao trabalhador, de acordo com o art. 114, par. 2.º da CRFB/1988.

Entendemos que é plausível a aplicação da interpretação que advém do direito alemão da declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade, quando for editada Súmula Vinculante, que tenha alguma implicação na segurança jurídica ou no interesse social. A modulação temporal dos efeitos da decisão que declara a inconstitucionalidade será realizada, somente, pelo Supremo Tribunal ao julgar os Recursos Extraordinários que lhe foram interpostos. Vale ressaltar que mesmo os juízes e Tribunais, com as ressalvas do art. 97 da CRFB/1988, realizando o controle difuso de constitucionalidade, não poderão aplicar a modulação temporal dos efeitos para as suas decisões, pois há possibilidade de interposição de recurso para a instância extraordinária, que será a legitimada para tanto. Os conceitos de segurança jurídica e interesse social são discricionários, por isso, a fim de evitar uma cizânia entre Tribunais sobre a aplicação daqueles, o coerente é que Supremo os aplique, já que o faz no controle concentrado de constitucionalidade.

Destarte, é possível o controle difuso de constitucionalidade das sentenças normativas, mas não é possível realizá-lo, *ex officio*, na ação de cumprimento, tendo em vista as questões hierárquicas existentes. Aplicar a modulação temporal dos efeitos a estas sentenças é possível, tendo em vista o interesse social e a segurança jurídica, atenuando dessa forma a teoria da anulabilidade de Marshall (nulidade *ab initio*).

REFERÊNCIA

BARROSO, Luís Roberto. **Controle de Constitucionalidade**. 2. ed. revista e atualizada. São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

BRITO, Maria Ervanis. **Solução de Conflitos Coletivos de Trabalho de Natureza Econômica e a Negociação Coletiva de Trabalho na Ordem Jurídica Brasileira: Uma abordagem contemporânea**. Tese de mestrado - UFC. Ceará: Fortaleza, 2004.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal Anotada**, 7. ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

CARRION, Valentin. **Comentários à Consolidação das Leis Trabalhistas**: legislação complementar e jurisprudência, 32. ed., São Paulo: Saraiva, 2007.

CUNHA JR., Dirley da. **Controle de Constitucionalidade**: análise detida das Leis n. 9.868/99 e 9.882/99. 2. ed., Bahia: Editora JusPodivm, 2007.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 7. ed., São Paulo: LTr., 2008.

DIDIER JR., Fredie e Cunha (et al). **Curso de Direito Processual Civil**: Teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 4. ed., Bahia: JusPodivm, 2009, v. 2.

_____. (et al) **Curso de Direito Processual Civil: Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos Tribunais**. 7. ed., Bahia: JusPodivm, 2009, v. 3.

FONSECA, Vicente José Malheiros da. **O Poder Normativo da Justiça do Trabalho**. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região: doutrina, jurisprudência e legislação. Belém: 2005, v. 38, n.75.

LEAL, Victor Nunes. **Problemas de direito público e outros problemas**. Brasília: Ministério da Justiça, 1997, v. 1.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 7. ed., São Paulo: LTr, 2009.

MARTINS, Ives Gandra da Silva e Mendes, Gilmar Ferreira. **Controle Concentrado de Constitucionalidade**. 2. ed., 2ª tiragem. São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

_____. **Estudos de direito constitucional em homenagem a César Asfor Rocha: Teoria da Constituição, Direitos Fundamentais e Jurisdição. A Súmula 8 e os efeitos prospectivos das decisões da Suprema Corte**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira. **O controle incidental de normas no direito brasileiro**. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, n. 23.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 19. ed., São Paulo: Editora Atlas, 2006.

MOREIRA, José Carlos Alves. **Controle de Constitucionalidade Difuso e Concentrado**. Revista Fórum Administrativo – Direito Público. Ano 8, n. 92, out. 2008. Belo Horizonte: Editora Fórum.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 12. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2005, v.5.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho, relações individuais e coletivas do trabalho**. 24. ed., rev., atual. e ampl., São Paulo: Saraiva, 2009.

OLIVEIRA, Francisco Antonio de. **Comentários às súmulas do TST**, 6. ed. rev., atual. e ampl. da obra Comentários aos enunciados do TST. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

PELICIOI, Angela Cristina. **A Sentença Normativa na Jurisdição Constitucional: o Supremo Tribunal Federal como Poder Legislador**. São Paulo: LTr, 2008.

ROBINSON, Carlos Alberto. **A Efetividade da Súmula Vinculante n.º 04 do STF e suas Repercussões na Esfera Trabalhista**. Revista eletrônica do TRT-4ª R.: acórdão, sentenças, ementas, artigos e informações. Rio Grande do Sul: 2008, ano IV, n. 68.

RODRIGUES, Francisca Iara de França. **Modulação dos efeitos temporais na decisão declaratória de inconstitucionalidade: previsão do art.27 da Lei n. 9.868/99**. Monografia – UFC. Ceará: Fortaleza, 2007.

SANTOS, Enoque Ribeiro dos. **Dissídio Coletivo e Emenda Constitucional n.º 45/04: Considerações sobre as Teses Jurídicas da Exigência do "Comum Acordo"**. Disponível em:< <http://www.editoramagister.com/>>, acesso em: 10.01.2010.

SAKO, Emília Simeão Albino. **A atuação dinâmica e eficiente dos sindicatos como garantia de realização dos direitos fundamentais e sociais dos trabalhadores**. Revista de Direito do Trabalho, 2007, n. 126.

TAVARES, André Ramos. **Teoria da Justiça Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005.