

VOTO

O Senhor Ministro Gilmar Mendes (Relator): Trata-se da retomada do julgamento de arguição de descumprimento de preceito fundamental, com pedido de medida liminar, proposta pela Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino CONFENEN.

O relatório da ação já foi lido em sessão anterior, mas rememoro, brevemente, que esta ADPF tem por objeto interpretação jurisprudencial conferida pelo Tribunal Superior do Trabalho (TST) e pelos Tribunais Regionais do Trabalho da 1ª e da 2ª Região ao art. 114, § 2º, da Constituição Federal, na redação dada pela Emenda Constitucional 45, de 30 de dezembro de 2004, consubstanciada na Súmula 277 do TST, na versão atribuída pela Resolução 185, de 27 de setembro de 2012.

De acordo com a nova redação sumular, as cláusulas normativas restam incorporadas ao contrato de trabalho individual até que novo acordo ou convenção coletiva seja firmado. Trata-se do chamado princípio da ultratividade da norma coletiva, que já fora objeto de legislação específica (art. 1º, § 1º, da Lei 8.542/1992), posteriormente revogada pela Lei 10.192/2001.

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

Pois bem.

Em respeito à economia processual e considerando que a presente ação está devidamente instruída, manifesto-me no sentido deste Plenário analisar desde já o seu mérito.

1. Cabimento

Indico, inicialmente, que a presente arguição de descumprimento de preceito fundamental é cabível, nos termos da Lei 9.882/1999.

1.1. Legitimidade

A requerente, Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino, é entidade de classe, em nível nacional, que representa todos os estabelecimentos particulares de ensino do país.

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

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

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

1.2. Subsidiariedade

No que se refere à subsidiariedade, a Lei 9.882/1999 impõe que a arguição de descumprimento de preceito fundamental somente será admitida se não houver outro meio eficaz de sanar a lesividade (art. 4º, § 1º).

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

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

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

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

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

É fácil ver também que a fórmula da relevância do interesse público para justificar a admissão da arguição de descumprimento (explícita no

modelo alemão) está implícita no sistema criado pelo legislador brasileiro, tendo em vista especialmente o caráter marcadamente objetivo que se conferiu ao instituto.

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

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

1.3. Objeto

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

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

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

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

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

Anoto, ademais, que não se sustenta o argumento de que esta ação teria perdido o objeto em razão da nova redação conferida ao § 3º do art. 614 da CLT pela chamada Reforma Trabalhista, que expressamente vedou a ultratividade. O que se analisa, aqui, é a alteração de entendimento jurisprudencial consubstanciada em súmula do TST aplicada à apreciação de convenções e acordos coletivos pretéritos.

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

1.4. Parâmetro de controle

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Verifica-se, pois, que a presente arguição de descumprimento de preceito fundamental é cabível, nos termos da Lei 9.882/1999.

2. Ato lesivo

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

Para tanto, entendo ser necessário, primeiramente, realizar breve sistematização doutrinária das principais questões relacionadas à adoção do princípio da ultratividade da norma coletiva, além de mencionar as ações deste Supremo Tribunal Federal em que o tema da ultratividade de normas já foi apreciado.

Breve sistematização doutrinária das principais questões relacionadas à adoção do princípio da ultratividade da norma coletiva

Destaco, inicialmente, que a doutrina trabalhista indica que o princípio da ultratividade da norma coletiva parte da premissa de buscar neutralizar

a hegemonia da posição do empregador sobre a do trabalhador no momento de nova negociação coletiva.

Entende-se que não há negociação livre entre partes desiguais e estipula-se que a norma coletiva deve seguir eficaz, mesmo após o seu termo final de vigência, como forma de garantir ao trabalhador um patamar mínimo transacional. Garantias já alcançadas serviriam de ferramentas para buscar melhores condições em tratativas futuras, ao mesmo tempo em que seria evitada uma espécie de “vácuo normativo”.

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

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

Vê-se que, ao menos teoricamente, o chamado **princípio da ultratividade condicionada** aceita a ideia de eventual redução de direitos por novo instrumento negocial, já que determinada condição de trabalho poderá ser alterada, suprimida ou mantida em acordo seguinte.

Difere-se, nesse ponto, do **princípio da ultratividade absoluta**, de acordo com o qual a norma coletiva favorável ao trabalhador automaticamente passa a integrar seu contrato individual de trabalho e não pode ser jamais suprimida.

No direito comparado, **apesar das características peculiares inerentes a cada ordenamento jurídico**, é possível identificar ao menos quatro grandes grupos de formulações do princípio da ultratividade de normas (Cf. CARVALHO, Augusto César Leite de; ARRUDA, Kátia Magalhães; DELGADO, Maurício Godinho. A Súmula 277 e a defesa da Constituição. **Rev. TST**, Brasília, vol. 78, no 4, out/dez 2012; CRUZ VILLALÓN, Jesús (Coord.). **La negociación colectiva en Europa. Una perspectiva transversal.**

Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social. Subdirección General de Información Administrativa y Publicaciones RET. 19-2.372, n. 115. Disponível em: . Acesso em: 27.7.2021)

No primeiro grupo, países que adotam a **ultratividade absoluta ou incondicionada** , isto é, os direitos negociados coletivamente passam a integrar o contrato individual após a vigência do acordo coletivo, não podendo mais ser suprimidos. São exemplos **Argentina, Bélgica, México, Paraguai e Venezuela**.

Já dentre os países que aceitam a **ultratividade condicionada**, há ordenamentos em que o acordo permanece válido por **tempo indefinido** , até que novo pacto, individual ou coletivo, o substitua, reduzindo, suprimindo ou aumentando os direitos anteriormente previstos, como ocorre na **Letônia, Eslovênia, Áustria, Holanda, Finlândia, Dinamarca**.

Nesse sentido, na Alemanha, por exemplo, as cláusulas dos instrumentos coletivos seguem válidas, ainda que vencidas, até que não entre em vigor outra convenção que as substitua, de acordo com o § 4.5, em combinação com o § 3.3 do *Tarifgesetz*.

Há, ainda, sistemas que aceitam a **ultratividade condicionada**, mas mantêm o acordo vencido válido por um **limite temporal específico**. É o modelo adotado na **França**, na **Grécia**, em **Portugal**, na **Polônia** e na **Espanha**.

Por fim, ordenamentos jurídicos em que a regra é a ausência de ultratividade. Na **Irlanda** e no **Reino Unido** , por exemplo, não existe regra geral que trate da ultratividade, que, se existir, deve ser acordada entre empregador e trabalhadores. Na **Bulgária** , a única hipótese em que permitida a ultratividade é na ocorrência de aquisição de empresa por outra, situação em que novo acordo precisa ser convencionado (CRUZ VILLALÓN, Jesús. *Op. cit.* , p. 358).

Em todos os casos mencionados, a ultratividade pode estar expressamente prevista na legislação, bem como ser construção jurisprudencial, a partir de características próprias do ordenamento jurídico nacional.

Nesse aspecto, **Bélgica, Estônia, Suécia e Itália** , apesar de não terem previsão expressa sobre a ultratividade, possuem mecanismos alternativos que determinam sua aplicação. Na Itália, entende-se que, na prática, a

ultratividade é norma implícita, e a jurisprudência exige manifestação expressa das partes para afastá-la (CRUZ VILLALÓN, Jesús, *op. cit.*, p. 359).

Na **Espanha**, reforma trabalhista ocorrida em 2012 dispôs que os acordos coletivos seguiriam válidos por um ano após o término de sua vigência. O Tribunal Supremo espanhol decidiu, todavia, que os instrumentos coletivos têm natureza contratual e devem seguir exigíveis entre empresa e trabalhador, ainda que passado um ano após sua vigência, podendo ser modificados por circunstâncias econômicas, técnicas, organizacionais e produtivas. (PODER JUDICIAL DE ESPAÑA. **El TS se pronuncia sobre la vigencia de un convenio de empresa y el mantenimiento de condiciones laborales tras la reforma laboral de 2012**. Notícia publicada em 19.12.2014. Disponível em: Acesso em: 27.7.2021).

Já na **Polônia**, lei do ano 2000 previa a ultratividade até a entrada em vigor de novo acordo coletivo. Em decisão de 2002, o Tribunal Constitucional nacional entendeu que esse modelo seria incompatível com a liberdade de negociação coletiva e de atividade econômica. Determinou, então, que instrumentos coletivos não mais valeriam após seu vencimento, desde que não convencionado expressamente em contrário pelas partes. A Corte especificou, entretanto, que condições salariais e de trabalho acordadas passam a integrar o contrato individual, de forma que podem ser substituídas por condições posteriores mais favoráveis, mas, caso desfavoráveis, necessário prévio aviso e denúncia antes da entrada em vigor das novas disposições (CRUZ VILLALÓN, Jesús. *Op. cit.*, p. 363).

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

No **Brasil**, tal argumentação ignora, todavia, o amplo plexo de garantias constitucionais e legais já asseguradas aos trabalhadores, independentemente de acordo ou convenção coletiva. Na inexistência destes, os empregados não ficam desamparados, pois têm diversos direitos essenciais resguardados.

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

Em posição crítica, Julio Bernardo do Carmo aponta:

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

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

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

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

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

Sobre o tema, Antonio Carlos de Aguiar anota:

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

E segue:

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

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

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

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

A convenção coletiva pode, portanto, ter tanto regras para melhorar as condições de trabalho como condições *in peius*. Assim, se as partes não quiseram a incorporação, esta não ocorrerá, pois há barganha para obtenção de novas condições de trabalho, implicando concessões recíprocas. A negociação entre as partes é feita no sentido

de estabelecer concessões recíprocas para a outorga de outros benefícios. Se foi suprimido determinado benefício, pode ter ocorrido de, no conjunto, terem atribuído melhores benefícios aos trabalhadores.” (MARTINS, Sérgio Pinto. **Comentários às súmulas do TST**. São Paulo: Atlas, 2015).

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

São questões que já foram apreciadas pelo Poder Legislativo ao menos em três ocasiões – na elaboração e na revogação da Lei 8.542/1992 e na Reforma Trabalhista – e que deixam claro que este tema precisa ser definido por processo legislativo específico.

Ações que tratam do tema da ultratividade de normas

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

O AI 731.954-RG, Rel. Min. Cezar Peluso (tema 193) teve como objeto a ultratividade da norma coletiva e a possibilidade de incorporação de vantagens conferidas mediante acordo ou convenção coletivos ao contrato individual de trabalho, nos termos definidos pela Súmula 277 do TST, em sua redação original.

O Supremo Tribunal Federal entendeu que essa matéria teria índole infraconstitucional, já que demandaria a análise das Leis 8.542/92 e 10.192/01, que tratavam da ultratividade de cláusulas de acordos, convenções ou contratos coletivos de trabalho e de sua respectiva revogação do ordenamento jurídico.

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

O mérito do tema 193 da sistemática da repercussão geral, julgado em 18 de setembro de 2009, teve como questão de fundo a Súmula 277 em sua

redação original, que previa que “ *as condições de trabalho alcançadas por força de sentença normativa vigoram no prazo assinado, não integrando, de forma definitiva, os contratos*” .

Contudo, a nova orientação do Tribunal Superior do Trabalho, consubstanciada na Súmula 277, em redação de 2012, baseia-se diretamente no texto constitucional. Na presente ação não estamos a tratar de mera ofensa reflexa à Constituição Federal, mas, sim, de alteração de interpretação judicial que, ao não estar compatível com o texto constitucional, ofende preceitos fundamentais.

Destaco, ainda, que em 4 de junho de 2020 este Plenário finalizou o julgamento conjunto das ADIs 2.200 e 2.288, relatoria Min. Cármen Lúcia, nas quais se questionou justamente a constitucionalidade da Lei n. 10.192/01, no ponto em que revogou dispositivos da Lei n. 8.542/1992 que tratavam da ultratividade de cláusulas de acordos, convenções ou contratos coletivos de trabalho.

Nos termos dos §§ 1º e 2º do art. 1º da Lei n. 8.542/1992, revogados pelo art. 19 da Medida Provisória n. 1.950-62/2000, convertida no art. 18 da Lei n. 10.192/01:

Art. 1º A política nacional de salários, respeitado o princípio da irredutibilidade, tem por fundamento a livre negociação coletiva e reger-se-á pelas normas estabelecidas nesta lei.

§ 1º As cláusulas dos acordos, convenções ou contratos coletivos de trabalho integram os contratos individuais de trabalho e somente poderão ser reduzidas ou suprimidas por posterior acordo, convenção ou contrato coletivo de trabalho . (Revogado pela Lei 10.192, de 14.2.2001)

§ 2º As condições de trabalho, bem como as cláusulas salariais, inclusive os aumentos reais, ganhos de produtividade do trabalho e pisos salariais proporcionais à extensão e à complexidade do trabalho, serão fixados em contrato, convenção ou acordo coletivo de trabalho, laudo arbitral ou sentença normativa, observadas dentre outros fatores, a produtividade e a lucratividade do setor ou da empresa. (Revogado pela Lei 10.192, de 14.2.2001)

Entendeu-se no julgamento que, com a superveniência da Lei n. 13.467/2017, conhecida como “Reforma trabalhista”, a discussão restou esvaziada quanto à lei revogadora, uma vez que passou a ser expressamente vedada a ultratividade no direito do trabalho brasileiro, de acordo com a nova

redação do § 3º do art. 614 da CLT, que estipula que “ *não será permitido estipular duração de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho superior a dois anos, sendo vedada a ultratividade* ” .

Sobre a manutenção de direitos e garantias dos trabalhadores, apesar do fim do acordo ou convenção coletiva, a relatora, Ministra Cármen Lúcia, explicitou em seu voto que, “ *independente da existência de lei ordinária, permanecem híidas no ordenamento jurídico brasileiro as normas constitucionais assecuratórias do direito à “irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo” (inc. VI do art. 7º da Constituição da República) e o “reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho” (inc. XXVI do art. 7º da Constituição) como instrumentos válidos para a criação de obrigações entre as partes contratantes* ”.

As ações ficaram assim ementadas:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA PROVISÓRIA N. 1.950-62/2000, CONVERTIDA NA LEI N. 10.192/2001. REVOGAÇÃO DOS §§ 1º E 2º DO ART. 1º DA LEI N. 8.542/1992. ACORDOS E CONVENÇÕES COLETIVOS DE TRABALHO. SUPERVENIÊNCIA DA LEI N. 13.467/2017. PREJUÍZO DA AÇÃO.

1. Argumentação genérica quanto à indicação de afronta ao inc. XXXVII do art. 5º da Constituição da República.

2. A conversão da Medida Provisória n. 1.950-62/2000 na Lei n. 10.192/2001 torna prejudicado o debate sobre o preenchimento da excepcionalidade exigida pelo art. 62 da Constituição da República.

3. Nos incs. VI e XXVI do art. 7º da Constituição da República não se disciplinam a vigência e a eficácia das convenções e dos acordos coletivos de trabalho. A conformação desses institutos compete ao legislador ordinário, que deverá, à luz das demais normas constitucionais, eleger políticas legislativas aptas a viabilizar a concretização dos direitos dos trabalhadores.

4. Superveniência da Lei n. 13.467/2017, que expressamente veda ultratividade no direito do trabalho brasileiro. Esvaziamento da discussão quanto à lei revogadora. Impossibilidade de repristinação das normas revogadas pelos dispositivos questionados. 5. Ação direta de inconstitucionalidade prejudicada”.

Anoto, nesse ponto, que o art. 19 da Medida Provisória 1.875/99, que revogou os §§ 1º e 2º da Lei 8.542/1992, já fora objeto de duas ações diretas de inconstitucionalidade.

A primeira, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, teve liminar deferida, mas, em razão da ausência de aditamento da inicial, acabou por ser julgada extinta (ADI 1.849, DJU 4.8.1998). A segunda foi julgada prejudicada, em virtude da revogação de seu objeto (ADI-MC 2081, Rel. Min. Octavio Galloti, Tribunal Pleno, julgado em 21.10.1999).

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

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

Parece-me evidente que a alteração jurisdicional consubstanciada na nova redação da Súmula 277 do TST não é compatível com os princípios da legalidade, da separação dos Poderes e da segurança jurídica. Ademais, causa igual perplexidade o caráter casuístico da aplicação do princípio da ultratividade das normas coletivas, como indicarei a seguir.

Legalidade e separação dos Poderes

O entendimento do Tribunal Superior do Trabalho objeto desta ADPF tem como fundamento a alteração redacional feita pela EC 45/2004 no § 2º do art. 114 da Constituição Federal, que passou a prever que, na recusa de “*qualquer das partes à negociação coletiva ou à arbitragem, é facultado às mesmas, de comum acordo, ajuizar dissídio coletivo de natureza econômica, podendo a Justiça do Trabalho decidir o conflito, respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente*”.

A Corte trabalhista passou a interpretar a introdução do vocábulo “anteriormente” à expressão “convencionadas” como suposta reinserção do princípio da ultratividade condicionada da norma coletiva ao ordenamento jurídico brasileiro, revogada, como já dito, no ano de 2001 pela Lei n. 10.192/01.

Em consulta à jurisprudência, vê-se que o entendimento aqui contestado era reiteradamente aplicado, com trechos da fundamentação em destaque:

“RECURSO DE REVISTA. 1. PRESCRIÇÃO TOTAL DECLARADA EM PRIMEIRA INSTÂNCIA E AFASTADA PELO

TRIBUNAL REGIONAL. PROSSEGUIMENTO NO EXAME DA CONTROVÉRSIA. POSSIBILIDADE. ARTIGO 515, § 3º DA CLT. CAUSA MADURA. (...) INTEGRAÇÃO DE REAJUSTE SALARIAL. PRAZO DE VIGÊNCIA DO INSTRUMENTO NORMATIVO. SÚMULA 277/TST. A controvérsia está centrada em definir se a condenação à integração dos reajustes deve ser limitada ao prazo de vigência do instrumento normativo que os autorizou. **A discussão sobre o limite temporal da eficácia das cláusulas inscritas em acordos e convenções coletivas de trabalho, com fundamento nos arts. 613, II, e 614, § 3º, da CLT, está superada pela compreensão imposta por esta Corte na Súmula 277, segundo a qual 'integram os contratos individuais de trabalho e somente poderão ser modificadas ou suprimidas mediante negociação coletiva de trabalho.'** **A diretriz inscrita na referida súmula deriva da nova realidade instituída pela EC 45/2004, que, ao introduzir reforma expressiva na estrutura do Poder Judiciário, dispôs que a Justiça do Trabalho apenas poderia solucionar conflitos coletivos de trabalho mediante comum acordo das partes interessadas (CF, art. 114, § 2º), situação que acabou impondo retrocesso social inadmissível e inconstitucional, por afronta 'caput' do art. 7º da CF, ante a recusa sistemática da classe patronal em submeter, após frustradas as tentativas de negociação coletiva, as disputas ao crivo do Poder Judiciário. Mas, para além desses aspectos, determinadas cláusulas ajustadas coletivamente incorporam-se, pela sua própria natureza, de forma definitiva aos contratos de trabalho, não podendo ser suprimida, como no caso dos reajustes salariais.** Afora a circunstância de que tais reajustes, fruto de negociação coletiva, apenas objetivam a recomposição do equilíbrio entre as obrigações contratuais assumidas por empregados e empregadores, equilíbrio esse rompido pelo natural desgaste do poder aquisitivo da moeda advindo do processo econômico inflacionário, é fato que a própria Constituição impede a redução de salários, salvo por meio de negociação coletiva (CF, art. 7º, VI), o que não se verifica no caso dos autos. **Nesse cenário, a integração de reajustes salariais previstos em normas coletivas não configura contrariedade à Súmula 277 do TST.** Recurso de revista não conhecido". (RR - 1412-26.2012.5.05.0019 , Relator Ministro: Douglas Alencar Rodrigues, Data de Julgamento: 05/08/2015, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 07/08/2015, grifos nossos)

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

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

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

E complementa:

“a incorporação apenas é garantida no caso específico de norma convencional anterior, se o conflito for apreciado pelo judiciário Trabalhista, já que este não poderá deixar de incluir na sentença normativa as vantagens previstas no acordo cuja vigência expirou. A manutenção das conquistas anteriores, nesse caso, fica condicionada apenas à sua especificação quanto às cláusulas que se deseja ver mantidas na nova norma coletiva de trabalho.

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

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

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

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

Daí se percebe que o espírito do legislador constituinte passou longe da ideia de suposta revitalização do princípio da ultratividade da norma coletiva.

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

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

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

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

O chamado “Movimento do Direito Livre”, do qual é considerado precursor o escrito *Gesetz und Richteramt*, de Oskar Bülow, publicado em 1885, seguia o princípio de que haveria pluralidade de significados para a aplicação de determinado texto de lei, cabendo ao juiz ponderar o que acreditava ser a mais justa, em verdadeira livre investigação do direito. O

magistrado não teria limites no momento de decidir litígios. (LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 78).

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

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

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

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

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

Ademais, a existência de norma legal sobre o tema é aspecto que não pode ser igualmente ignorado.

O §1º do art. 1º da Lei 8.542/1992 expressamente estabelecia que “as cláusulas dos acordos, convenções ou contratos coletivos de trabalho integram os contratos individuais de trabalho e somente poderão ser reduzidas ou suprimidas por posterior acordo, convenção ou contrato coletivo de trabalho”.

Assim como qualquer outro diploma legislativo, esse também foi submetido a ampla discussão no Congresso Nacional. Com observância da publicidade, da transparência, foi analisado sob a perspectiva da necessidade e da proporcionalidade de suas medidas.

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

Trata-se de decisão expressamente mantida, posteriormente, pela chamada Reforma Trabalhista, que, ao dar nova redação ao § 3º do art. 614 da CLT, consignou a vedação da ultratividade (*§ 3º - Não será permitido estipular duração de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho superior a dois anos, sendo vedada a ultratividade*).

Destaco, ademais, que o princípio da legalidade, entendido aqui tanto como princípio da supremacia ou da preeminência da lei (*Vorrang des Gesetzes*), quanto como princípio da reserva legal (*Vorbehalt des Gesetzes*), contém limites não só para o Legislativo, mas também para o Poder Executivo e para o Poder Judiciário.

A ideia de supremacia da Constituição, por outro lado, impõe que os órgãos aplicadores do direito não façam tabula rasa das normas constitucionais, ainda quando estiverem ocupados com a aplicação do direito ordinário. Daí porque se cogita, muitas vezes, sobre a necessidade de utilização da interpretação sistemática sob a modalidade da interpretação conforme à Constituição.

O princípio da reserva legal explicita as matérias que devem ser disciplinadas diretamente pela lei. Este princípio, em sua dimensão negativa, afirma a inadmissibilidade de utilização de qualquer outra fonte de direito diferente da lei. Na dimensão positiva, admite que apenas a lei pode estabelecer eventuais limitações ou restrições (CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional. 5. ed., Coimbra, 1992, p. 799).

Por seu turno, o princípio da supremacia ou da preeminência da lei submete a Administração e os tribunais ao regime da lei, impondo tanto a exigência de aplicação da lei (dimensão positiva) quanto a proibição de desrespeito ou de violação da lei (dimensão negativa) (CANOTILHO. Direito Constitucional, op. cit., p. 796-795).

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

Uma decisão judicial que, sem fundamento legal, afete situação individual revela-se igualmente contrária à ordem constitucional, pelo menos ao direito subsidiário da liberdade de ação (*Auffanggrundrecht*) (SCHLAICH, Klaus. *Das Bundesverfassungsgericht* . Munique, 1985, p. 108).

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

A propósito, assinalou a Corte Constitucional alemã:

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

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

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

Enfim, é possível aferir uma questão constitucional na violação da lei pela decisão ou ato dos poderes Executivo, Legislativo ou Judiciário. **A decisão ou ato sem fundamento legal ou contrário ao direito ordinário viola, dessa forma, o princípio da legalidade.**

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

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

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

E conclui:

“Como se vê, o caso é paradigmático de substituição ao legislador, e com contundente impacto no mundo jurídico, gerando, da noite para o dia, passivos trabalhistas, sem que se tivesse algum processo sendo julgado para se discutir a matéria, até com sustentações orais e entrega de memoriais. Em debate fechado - ao contrário do que aconteceria se a matéria fosse debatida no Congresso Nacional ou seguidos os trâmites regimentais para alteração de súmula, com parecer da Comissão de Jurisprudência (RITST, art. 163, §§ 1º e 2º) - criou-se direito novo ao operariado, que praticamente sepulta a negociação coletiva, desestimulando a concessão de vantagens por parte do empresariado, sabendo que serão definitivamente incorporadas ao contrato de trabalho, quando é da natureza da negociação ser periódica e limitada.

(...)

Esse caso é típico de ativismo judiciário e voluntarismo jurídico que transmuda a função do magistrado, de julgador para a de legislador, pois sequer houve caso julgado a dar supedâneo à nova súmula. E nem se diga que algum precedente da SDC anterior à nova redação da súmula poderia ser invocado como justificador da nova orientação, na medida em que o art. 165 do RITST só admite precedentes da SDI para edição de súmulas, uma vez que a SDC

exerce poder normativo, gerando precedentes normativos e não súmulas, sendo que estas últimas é que são aplicadas aos dissídios individuais, onde se exerce jurisdição e não o poder normativo da Seção de Dissídios Coletivos.” (MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. Os pilares do direito do trabalho: os princípios jurídicos e as teorias gerais (uma reflexão sobre sua aplicação). **Os pilares do direito do trabalho**. São Paulo: Lex, 2013).

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

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

E prossegue:

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

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

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

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

Ou seja, uma coisa é invocar a inalterabilidade de uma cláusula mais favorável ao trabalhador quando oriunda de uma lei trabalhista cogente, imperativa e inalterável *ad libito* das partes; outra bem diversa é invocar a inalterabilidade ou perpetuidade de uma cláusula favorável ao trabalhador quando advinda, não de lei imperativa e categórica, mas sim da autonomia privada coletiva de que desfrutam

os entes sindicais quando celebram um acordo ou uma convenção coletiva de trabalho. Ou mesmo quando a norma coletiva, como é curial, provém de uma sentença normativa, que substitui a autonomia privada coletiva malograda pela imposição da vontade do Estado-Juiz.

No plano individual trabalhista, o contrato de trabalho tende para a indeterminação de prazo e, mesmo nos chamados contratos por prazo determinado, a inalterabilidade da cláusula mais favorável decorre diretamente da lei, muito embora transite antes pela vontade manifesta do empregador que cogita a benesse, a exterioriza no mundo físico e torna-a realidade imutável no mundo do direito do trabalho.

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

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

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

Sobre o tema, anoto, ademais:

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

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

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

Segurança jurídica

A interpretação conferida pelo Tribunal Superior do Trabalho, consubstanciada na última redação da Súmula 277 do TST, também claramente ofende o princípio da segurança jurídica.

Nos termos da Consolidação das Leis do Trabalho, acordos e convenções coletivas devem conter obrigatoriamente o seu prazo de vigência (art. 613, II, CLT), que não poderá ter duração superior a dois anos. Para tornar a limitação ainda mais explícita, a Reforma Trabalhista manifestamente dispôs que, além de não ser permitida a duração superior a dois anos, é vedada a ultratividade (art. 613, II, § 3º, CLT).

Entretanto, mesmo antes dessa cristalina proibição, pela simples limitação temporal existente, já era claro que a duração de acordos e convenções coletivas não poderia exceder o prazo legalmente estabelecido. Trata-se de regra que deveria ser observada e da qual as partes tinham ciência.

Registre-se que a segurança jurídica é pedra angular do Estado de Direito sob a forma de proteção à confiança. É o que destaca Karl Larenz, que tem na consecução da paz jurídica um elemento nuclear do Estado de Direito material e também vê como aspecto do princípio da segurança o da confiança:

“O ordenamento jurídico protege a confiança suscitada pelo comportamento do outro e não tem mais remédio que protegê-la, porque poder confiar (...) é condição fundamental para uma pacífica vida coletiva e uma conduta de cooperação entre os homens e, portanto, da paz jurídica” (LARENZ, Karl. **Derecho justo: fundamentos de ética jurídica**, Madrid: Civitas, 1985, p. 91.)

E prossegue, afirmando que o princípio da confiança tem um componente de ética jurídica, que se expressa no princípio da boa-fé: “ *Dito princípio consagra que uma confiança despertada de um modo imputável deve ser mantida quando efetivamente se creu nela. A suscitação da confiança é imputável, quando o que a suscita sabia ou tinha que saber que o outro ia confiar. Nesta medida é idêntico ao princípio da confiança a.*” (LARENZ, Karl. **Derecho justo: fundamentos de ética jurídica**, Madrid: Civitas, 1985, p. 91.)

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

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

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

A alteração de entendimento sumular sem a existência de precedentes que a justifiquem é proeza digna de figurar no livro do *Guinness*, tamanho o grau de ineditismo da decisão que a Justiça Trabalhista pretendeu criar.

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

Aplicação casuística

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

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

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

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

Mencione-se, nesse sentido:

“PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS EM FERIADOS. AUTORIZAÇÃO PREVISTA EM NORMA COLETIVA COM PERÍODO DE VIGÊNCIA JÁ EXPIRADO. PREVISÃO DE CONDIÇÃO MAIS GRAVOSA AO EMPREGADO. NORMA COLETIVA NÃO INCORPORADA AO CONTRATO DE TRABALHO. SÚMULA Nº 277 DO TST INAPLICÁVEL. A controvérsia cinge-se em saber se a autorização acerca do trabalho em feriados, prevista em norma coletiva, com prazo de vigência já expirado, possui eficácia ultrativa, aplicando-se aos biênios subsequentes, em razão da ausência de norma coletiva posterior dispendo em sentido contrário. Discute-se a aplicabilidade da nova redação da Súmula nº 277 do TST. Ressalta-se que, no caso dos autos, não há notícia acerca de nova negociação coletiva, disciplinando o labor em feriados para a categoria profissional do autor. **Importante salientar, entretanto, para que a ultratividade dos acordos coletivos e das convenções coletivas de trabalho, prevista na Súmula nº 277 do TST, na sua atual redação, seja, efetivamente, um instrumento de garantia dos direitos dos trabalhadores, a aplicação desse verbete deve se amoldar aos princípios da proteção e da condição mais benéfica. Ademais, cumpre salientar que a aplicação da**

nova redação da Súmula nº 277 desta Corte pressupõe a existência, no caso concreto, de norma que não seja prejudicial ao trabalhador, admitindo-se, assim, que determinada cláusula normativa se protraia no tempo até que sobrevenha alteração por meio de nova negociação coletiva, desde que, como referido, não prejudique os empregados, sendo essa a melhor exegese a respeito da matéria, à luz da citada **súmula**. Com efeito, a cláusula normativa invocada pela reclamada, pela qual se autorizou o labor em dias feriados, não aderiu ao contrato de trabalho do autor, porquanto a supressão do direito do trabalhador à folga no feriado consiste em condição mais gravosa, devendo ser limitada ao período subscrito na norma, qual seja, o biênio 2012/2013. Intacta a Súmula nº 277 do Tribunal Superior do Trabalho. Precedentes. Recurso de revista conhecido e desprovido". (RR - 10726-83.2013.5.15.0018 , Relator Ministro: José Roberto Freire Pimenta, Data de Julgamento: 26/04/2016, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 29/04/2016, grifos nossos)

Ao mesmo tempo que a própria doutrina exalta o princípio da ultratividade da norma coletiva como instrumento de manutenção de uma certa ordem para o suposto vácuo existente entre o antigo e o novo instrumento negocial, trata-se de lógica voltada para beneficiar apenas um dos lados.

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

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

Ante o exposto, voto pela procedência da presente arguição de descumprimento de preceito fundamental, **de modo a declarar a inconstitucionalidade da Súmula 277 do Tribunal Superior do Trabalho, na versão atribuída pela Resolução 185, de 27 de setembro de 2012, assim como a inconstitucionalidade de interpretações e de decisões judiciais que entendem que o art. 114, parágrafo segundo, da Constituição Federal, na redação dada pela Emenda Constitucional nº 45/2004, autoriza a aplicação**

do princípio da ultratividade de normas de acordos e de convenções coletivas.

Plenário Virtual - minuta de voto - 20/05/2022 00:00