



PROCESSO Nº TST-ArgInc-696-25.2012.5.05.0463

ACÓRDÃO
(PLENO)
GMARPJ/A

ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONTROLE DIFUSO. MÉTODO CONCRETO E REPRESSIVO REALIZADO PELO PODER JUDICIÁRIO. POSSIBILIDADE.

1. A supremacia da Constituição traduz-se na impossibilidade de existência válida de normas jurídicas e atos do Poder Público que violem o seu texto.

2. Inspirado no modelo norte-americano (*Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137 (1803)), compõe a tradição jurídica brasileira, desde a Constituição da República de 1891 (Art. 59, §1º), a não aplicação de normas manifestamente incompatíveis com a Constituição (Lei nº 221/1894, 13, §10).

3. Cabe a todos os juízes o dever de observância da Constituição, compromisso assumido ao tomarem posse (Lcp. nº 35/1979, 79).

REQUISITOS PARA A PRONÚNCIA DE INCONSTITUCIONALIDADE PELOS TRIBUNAIS. CLÁUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO.

1. Na declaração de inconstitucionalidade pelos tribunais, a elocução não pode ser feita por meio de seus órgãos fracionários, sendo tarefa destinada ao Tribunal Pleno ou Órgão Especial.

2. A chamada "cláusula de reserva de plenário" (CF, 97 c/c Súmula Vinculante nº 10) tem raízes profundas que remontam à Constituição da República de 1934, quando já se proclamava que "*só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus Juízes, poderão os Tribunais*



PROCESSO Nº TST-ArgInc-696-25.2012.5.05.0463

declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato do Poder Público" (Art. 179).

EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE POR TRIBUNAIS.

1. A competência precípua de guardião da Constituição é do Supremo Tribunal Federal, somente a ele competindo a realização de controle abstrato de constitucionalidade, com efeito vinculante e *erga omnes* (CF, 102, *caput* e §2º).

2. Conquanto os demais tribunais também possam exercer controle de constitucionalidade, suas decisões vinculam seus órgãos fracionários, constituindo precedentes persuasivos para os demais.

ILEGALIDADE DO ARTIGO 702, I, ALÍNEA "F" E PARÁGRAFO 3º DA CLT. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE (CF, 5º, II). OFENSA INDIRETA. IMPOSSIBILIDADE DE DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE SOB ESSE FUNDAMENTO. CONTROLE DE LEGALIDADE E NÃO DE CONSTITUCIONALIDADE.

1. O artigo 702, I, alínea "f" da CLT e §3º são manifestamente ilegais, na medida em que procedem à reciclagem de dispositivo revogado pela Lei nº 7.701/1988 (Art. 16) para inserção de nova regra jurídica.

2. Inexistência de repristinação tácita em nosso ordenamento jurídico (Decreto-lei nº 4.657/1942, 2º, §3º).

3. Vedação expressa ao reaproveitamento de dispositivo revogado (Lei Complementar nº 95, 1998, 12, III, alínea "c").

4. Impossibilidade de declarar a inconstitucionalidade sob esse fundamento, uma vez que as discussões constitucionais



PROCESSO Nº TST-ArgInc-696-25.2012.5.05.0463

sobre a questão se resumem à possível violação ao “princípio da reserva legal” (CF, 5º, II), inutilizável quando a “sua verificação pressuponha rever a interpretação dada a normas infraconstitucionais” (STF, Súmula 636).

ARTIGO 702, I, ALÍNEA “F” E PARÁGRAFO 3º DA CLT. FIXAÇÃO DE EXIGÊNCIAS PARA O ESTABELECIMENTO E ALTERAÇÃO DE SÚMULAS E OUTROS ENUNCIADOS DE JURISPRUDÊNCIA UNIFORME. INCONSTITUCIONALIDADE. AFRONTA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES (CF, 2º) E À AUTONOMIA DOS TRIBUNAIS (CF, 96, I, “a” e 99).

1. Não cabe, na atividade judicante, perscrutar o acerto ou desacerto do Poder Legislativo. No Estado Democrático de Direito (CF, 1º, *caput*), o pressuposto axiomático é o de que o Parlamento detém legitimidade para legislar, e o Judiciário deve “*respeito as escolhas legítimas do legislador*” (STF, RE 760.931, Pleno, red. para o acórdão min. LUIZ FUX, DJ 11/9/2017).

2. A tarefa a ser desempenhada pelo magistrado resume-se à avaliação da compatibilidade ou não do texto normativo com a Lei Maior. Essa é, sem dúvida, uma das facetas do princípio da “separação dos Poderes”, cuja convivência harmônica e independente entre si decorre de mandamento constitucional (CF, 2º).

3. O princípio da “separação dos Poderes”, não obstante, constitui uma via de mão de dupla, sendo igualmente interdito, ao Poder Legislativo, apossar-se de agendas visceralmente conectadas ao próprio exercício da atividade judicante.



PROCESSO Nº TST-ArgInc-696-25.2012.5.05.0463

4. É inconstitucional a norma que vilipendia a prerrogativa de os tribunais – no exercício da autonomia administrativa (CF, 99) – elaborarem os seus próprios regimentos internos (CF, 96, I, “a”) e, por conseguinte, os requisitos de padronização da jurisprudência (CPC, 926, §1º). **Arguição de inconstitucionalidade admitida parcialmente e acolhida declarar inconstitucional o artigo 702, I, alínea “f” e § 3º da CLT, por incompatível com os artigos 2º, 96, I, “a” e 99, caput da Constitucional Federal.**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Arguição de Inconstitucionalidade n.º **TST-ArgInc- 696-25.2012.5.05.0463**, em que é Suscitante a **Subseção I Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho**; Suscitado o **Tribunal Pleno do Tribunal Superior do Trabalho**; Embargante **Itabuna têxtil S/A**; Embargado **Murilo Eduardo Silva Santos**; *Amicus Curiae* **Confederação Nacional do Comércio de Bens e Serviços e Turismo – CNC, Confederação Nacional dos Trabalhadores em Estabelecimentos de Ensino – CONTEE, Confederação Nacional do Transporte– CNT, Confederação Nacional dos Trabalhadores no Comércio – CNTC, Confederação da Agricultura e Pecuária do Brasil – CNA, Confederação Nacional de Saúde – CNSAÚDE, Confederação Nacional da Indústria – CNI, Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde, Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho – ANAMATRA e Instituto dos Advogados Brasileiros.**

Trata-se de arguição de inconstitucionalidade acolhida pela SBDI-1 do TST e remetida ao crivo do Tribunal Pleno, com fulcro nos art. 275, §3º e art. 276, ambos do Regimento Interno do TST, nos termos da decisão de f. 508-514. O incidente tem como objeto o controle difuso de constitucionalidade das normas dispostas na alínea “f” do inciso I e nos §3º e §4º do art. 702 da CLT, com redação dada pela Lei n.º 13.467/2017.



PROCESSO Nº TST-ArgInc-696-25.2012.5.05.0463

Foram intimados a União e o Ministério Público do Trabalho. Publicado edital para ciência dos demais interessados.

A União defendeu a constitucionalidade da lei, consoante manifestação acostada à f. 525-537. O MPT, em documento juntado à f. 539-555, opinou pela invalidade das normas. Na sequência, intervieram diversas pessoas interessadas em participar da relação processual, oferecendo, cada qual, sua manifestação. Foram admitidos como *amicus curiae* os entes acima discriminados, pelos fundamentos expostos na decisão saneadora de f. 2417-2424.

É o relatório.

V O T O

1. CONHECIMENTO

1.1. PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO. CONTROLE REPRESSIVO DE CONSTITUCIONALIDADE. CONTROLE DIFUSO PELOS TRIBUNAIS. EXERCÍCIO DE PODER/DEVER.

A primeira controvérsia a ser debelada concerne à possibilidade de este Tribunal Superior do Trabalho apreciar a Arguição de Inconstitucionalidade de norma jurídica, à luz dos preceitos legais que regem a matéria, sem que isso transborde os lindes de suas atribuições ou implique usurpação de competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal.

Diante do esporádico enfrentamento de incidentes desse jaez perante esta Corte, proceder-se-á, doravante, a um breve escorço histórico do instituto, com o objetivo de demarcar seus limites e o cenário em que a decisão se baseará.

A Constituição Federal constitui o eixo axiológico-normativo dotado de mandamentos de otimização por meio dos quais se pretende estruturar uma sociedade livre, justa e solidária (CF, 3º, I). Por se consubstanciar em *"lei suprema de uma nação, de vasto conteúdo simbólico e ideológico, presta-se à função de maestrina da*



PROCESSO Nº TST-ArgInc-696-25.2012.5.05.0463

*atuação dos poderes republicanos.*¹, ela está no vértice do ordenamento jurídico, de modo que o seu *"incontrastável valor jurídico atua como pressuposto de validade de toda a ordem positiva instituída pelo Estado"* (STF, RE 107.869, Rel. Min. Célio Borja, DJ 21/8/1992).

O corolário imediato do postulado de supremacia constitucional é o de que *"nenhum ato jurídico, nenhuma manifestação de vontade pode subsistir validamente se for incompatível com a lei fundamental"*.² Afinal, é secular o ensinamento segundo o qual *"a lei inconstitucional não é lei de modo algum"* ³.

Essa é uma característica universal. Na Colômbia, por exemplo, a Constituição define a si própria como *"a norma das normas"*⁴. Em consequência, *"cuando una norma de inferior jerarquía a la Constitución la desconoce, dicha norma está viciada de inconstitucionalidad. Como consecuencia, debe ser retirada del orden jurídico"*⁵.

O sistema jurídico, como se evidencia, impõe uma *"compatibilização vertical"* do ambiente normativo, *"no sentido de que as normas de grau inferior somente valerão se forem compatíveis com a norma de grau superior, que é a constituição. As que não forem compatíveis com ela serão inválidas, pois a incompatibilidade vertical resolve-se em favor das normas de grau mais elevado, que funcionam como fundamento de validade das inferiores"*⁶. Ademais, a verificação da constitucionalidade da norma jurídica proporciona o controle do *"padrão básico de moralidade constitucional"*⁷.

¹ JUNQUEIRA, Fernanda Antunes Marques; HIGA, Flávio da Costa. Limites epistêmicos do *judicial review* norte-americano: uma análise comparativa. *Revista de Processo*. vol. 318. ano 46. p. 403-424. São Paulo: Ed. RT, agosto 2021, p. 404

² BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 161.

³ *"The unconstitutional statute is not law at all"* (WILLOUGHBY, Westel Woodbury. *The constitutional law of the United States*. New York: Baker, Voorhis, v. 1, 1910. p. 9-10).

⁴ ARTÍCULO 4o. *La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales.* (Constitución Política de la República de Colombia. Gaceta Constitucional No. 116 de 20 de julio de 1991. Disponível em: <<http://www.secretariasenado.gov.co>>. Acesso em: 18 abr.2022.

⁵ CLAVIJO. José Gerardo Rey. El control constitucional en Colombia a partir de la Constitución de 1991. *Revista VIA IURIS*, núm. 4, enero-junio, 2008, pp. 63-74, p. 65.

⁶ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 9 ed. São Paulo: Malheiros, 1992, p. 49

⁷ *"Judicial review, in other words, is concerned with basic standards of constitutional morality."* (ALDER, John. *The Purpose of Judicial Review in English Law*, 22 *B. L. J.* 37 (1990), pp. 37-46, p. 38)



PROCESSO Nº TST-ArgInc-696-25.2012.5.05.0463

Os tribunais e juízes não são, por conseguinte, aquilo que Montesquieu descreveu meramente como “*a boca que pronuncia as palavras da lei, seres inanimados que não podem moderar nem a sua força nem o seu rigor*”⁸. **Todos (tribunais e juízes) têm, dentro de suas respectivas competências, um dever ontológico – e até mesmo deontológico – de guardar o império e a primazia da Constituição**⁹. Nesse sentido, vale lembrar o *Chief Justice* Marshall ao questionar a razão de um juiz jurar que cumprirá seus deveres de acordo com a Constituição dos Estados Unidos se essa Constituição não estabelece nenhuma regra para seu governo. Em arremate, afirmou que se esse for o estado real das coisas (não houver um mecanismo judicial de controle de constitucionalidade), isso seria um solene deboche. Prescrever ou prestar esse juramento se tornaria um crime¹⁰.

O controle da constitucionalidade da lei é, pois, inerente à própria atividade do magistrado e no exercício responsável desse mister, mostra-se infundada a preocupação de Cappelletti acerca da possibilidade de os juízes assumirem funções legislativas¹¹, pois não prestam senão reverência à Lei Maior, o que todo magistrado se compromete a fazer ao tomar posse¹².

⁸ No original - “*la bouche qui prononce les paroles de la loi, des êtres inanimés qui n’en peuvent modérer ni la force ni la rigueur*” (MONTESQUIEU. *De L’esprit de lois*. Tome Premier. Paris: Librairie Stéréotype, 1824, p. 320). Disponível em: < <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k9691133s/f15.item>>. Acesso em: 18 abr.2022.

⁹ Seja no *judicial review* ou no modelo kelseniano, a ideia que circunda o controle de constitucionalidade apresenta-se da mesma forma: a necessidade de que o Judiciário garanta a supremacia da Constituição por meio do controle dos atos estatais inferiores a ela, restando, assim, assegurado o projeto constitucional de outrora, mas sempre pendente de mutações interpretativas. (OLIVEIRA, Emerson Ademir Borges de. Controle de Constitucionalidade e Democracia na Alemanha e no Brasil. In: *RDU*, Porto Alegre, Volume 12, n. 64, 2015, 9-39, jul-ago 2015, p. 36).

¹⁰ Suas exatas palavras foram as seguintes: “*Why does a judge swear to discharge his duties agreeably to the Constitution of the United States if that Constitution forms no rule for his government? If it is closed upon him and cannot be inspected by him? If such be the real state of things, this is worse than solemn mockery. To prescribe or to take this oath becomes equally a crime. It is also not entirely unworthy of observation that, in declaring what shall be the supreme law of the land, the Constitution itself is first mentioned, and not the laws of the United States generally, but those only which shall be made in pursuance of the Constitution, have that rank.*”. (*US Supreme Court. Marbury v. Madison, 5 U.S. 137 (1803)*). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/5/137/>>. Acesso em: 20 abr.2022)

¹¹ A provocação é assim apresentada pelo jurista italiano: “Devemos inquirir se a atividade judiciária, ou sua mais acentuada medida, torna o juiz legislador; se, em outras palavras, assumindo os juízes (ou alguns deles, como os constitucionais e comunitários) papel acentuadamente criativo, a função jurisdicional termina por se igualar à legislativa, e os juízes (ou aqueles outros juízes) acabam por invadir
Firmado por assinatura digital em 17/05/2022 pelo sistema Assinejus da Justiça do Trabalho, conforme MP 2.200-2/2001, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira.



PROCESSO Nº TST-ArgInc-696-25.2012.5.05.0463

Na verdade, a ideia de “revisão judicial” (*judicial review*) de atos normativos *lato sensu* incompatíveis com a Carta Magna deixa raízes profundas e multisseculares em nossa civilização, tanto no Brasil quanto fora dele.

Já no final do século XVIII, os “Pais Fundadores”¹³ – afirmaram, no *Federalist* nº 78¹⁴, caber às Cortes de Justiça declarar a nulidade dos atos contrários à Constituição, sob pena de todas as garantias e todos os privilégios nela consagrados nada significarem¹⁵. Foi com esse norte¹⁶ que, a Constituição norte-americana, promulgada em 1788, estabeleceu, em seu art. 4º, que “a Constituição [...] deve ser a lei

o domínio do poder legislativo”. (CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999, p. 73).

¹² Lcp. nº 35/1979. Art. 79 - O Juiz, no ato da posse, deverá apresentar a declaração pública de seus bens, e prestará o compromisso de desempenhar com retidão as funções do cargo, cumprindo a Constituição e as leis.

¹³ Nos Estados Unidos da América, “*Founding Fathers*” é o nome que se dá aos patriotas que tiveram um papel de liderança na fundação do país, na Revolução Americana e na confecção do texto constitucional. (USLEGAL. *Founding Father*. Disponível em: <<https://definitions.uslegal.com/f/founding-father/>>. Acesso em: 19 abr.2022).

¹⁴ *Federalist Papers*, é uma série de 85 ensaios escritos por Alexander Hamilton, John Jay e James Madison entre outubro de 1787 e maio de 1788. Os ensaios foram publicados anonimamente, sob o pseudônimo “Publius”, em vários jornais do estado de Nova York da época..

¹⁵ Além dessa questão, o documento também enfrentou o questionamento acerca de uma possível superioridade do Judiciário em relação ao Legislativo: “*Some perplexity respecting the right of the courts to pronounce legislative acts void, because contrary to the constitution, has arisen from an imagination that the doctrine would imply a superiority of the judiciary to the legislative power. It is urged that the authority which can declare the acts of another void, must necessarily be superior to the one whose acts may be declared void. As this doctrine is of great importance in all the American constitutions, a brief discussion of the grounds on which it rests cannot be unacceptable. There is no position which depends on clearer principles, than that every act of a delegated authority, contrary to the tenor of the commission under which it is exercised, is void. No legislative act therefore contrary to the constitution can be valid. To deny this would be to affirm that the deputy is greater than his principal; that the servant is above his master; that the representatives of the people are superior to the people themselves; that men acting by virtue of powers may do not only what their powers do not authorise, but what they forbid.*”. (*The Federalist* No. 78. New York, May 28, 1788. Disponível em: <<https://founders.archives.gov/>>. Acesso em: 18 abr.2022)

¹⁶ A doutrina assevera que há muitas evidências a demonstrar que os “*founding fathers*” desejavam que todos juízes exercessem o controle de constitucionalidade das leis que eram instados a aplicar no caso concreto: “*There is a great deal of evidence that the Founding Fathers intended to establish the practice of judicial review in the Constitution.*”. (RABIN, Yoram; GUTFELDP, Arnon. *Marbury v. Madison and its Impact on Israeli Constitutional Law*. In: (2007) 15 U Miami Int'l & Comp L Rev 30, pp. 303-335, p. 309)

Firmado por assinatura digital em 17/05/2022 pelo sistema Assinejus da Justiça do Trabalho, conforme MP 2.200-2/2001, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira.



PROCESSO Nº TST-ArgInc-696-25.2012.5.05.0463

suprema e os juízes de todos os estados são obrigados a segui-la, não obstante algo em contrário conste da Constituição ou das leis de algum estado”¹⁷.

Mas foi somente em 1803, na decisão do célebre caso *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137¹⁸, que o controle de constitucionalidade passou a ser um dos cânones do constitucionalismo norte-americano, outorgando ao Poder Judiciário a incumbência de decidir, em última instância, sobre a conformação da lei/decisão às diretrizes constitucionais¹⁹.

No Brasil, a tradição remonta à primeira Constituição da República, de 1891, que já adotava mecanismo de controle de constitucionalidade (art. 59, §1º), possibilitando a interposição de recurso ao Supremo Tribunal Federal.

A bem da verdade, já no texto constitucional provisório promulgado um ano antes (Decreto nº 510/1890) constava a existência da ferramenta de controle constitucional. Mas a questão ficou absolutamente esclarecida com a edição da Lei nº 221/1894 – Lei de Organização da Justiça Federal da República –, que, em seu art. 13, §10, trouxe as bases do controle difuso, nos seguintes termos:

Lei nº 221, de 20 de novembro de 1894.

Art. 13. [...].

§ 10. Os juizes e tribunaes apreciarão a validade das leis e regulamentos e deixarão de aplicar aos casos occurrentes as leis manifestamente

¹⁷ No original: “*Article VI. This Constitution, and the Laws of the United States which shall be made in Pursuance thereof; and all Treaties made, or which shall be made under the Authority of the United States, shall be the supreme Law of the Land; and the Judges in every State shall be bound thereby, any Thing in the Constitution or Laws of any State to the Contrary notwithstanding.*”. (US CONSTITUTION (1788). Disponível em: <<https://www.govinfo.gov>>. Acesso em: 18 abr.2022. Sem destaques no original)

¹⁸ Na decisão, afirmou-se que toda lei contrária à Constituição seria nula e que todas as cortes, assim como os outros departamentos, estavam a ela vinculados: “Thus, the particular phraseology of the Constitution of the United States confirms and strengthens the principle, supposed to be essential to all written Constitutions, that a law repugnant to the Constitution is void, and that courts, as well as other departments, are bound by that instrument.”(US Supreme Court. *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137 (1803). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/5/137/>>. Acesso em: 20 abr.2022)

¹⁹ Conquanto seja citada como um precedente icônico, tal decisão não nasceu com essa vocação, tendo chamado pouca atenção à época, vindo a ser tratada como tal apenas mais de um século e meio depois, quando então Justice Black, ao decidir *Cooper v. Aaron*, 358 U.S. 1 (1958), jogou luzes sobre o caso, que passou a ser tratado como referência do *judicial review*.



PROCESSO Nº TST-ArgInc-696-25.2012.5.05.0463

inconstitucionaes e os regulamentos manifestamente incompatíveis com as leis ou com a Constituição. (Sem destaques no original)

Observe-se que a espinha dorsal do controle difuso no Brasil tem mais de 127 anos, com boa parte das características ainda preservadas, quais sejam, **(i)** a necessidade de veiculação do incidente a um caso concreto²⁰; **(ii)** a solução como questão prejudicial/incidental²¹ (antecedente necessário ao deslinde meritório); **(iii)** o efeito *inter partes* e, **(iv)** a extensão de tal poder a “qualquer magistrado, em qualquer processo”²².

Mas é somente com a Constituição de 1934 que se inaugura a exigência da chamada “cláusula de reserva de plenário”²³, segundo a qual o pronunciamento de inconstitucionalidade em órgãos colegiados só pode ocorrer pelo

²⁰ Segundo a cátedra de Moraes: “O controle difuso caracteriza-se, principalmente, pelo fato de ser exercitável somente perante um caso concreto a ser decidido pelo Poder Judiciário. Assim, posto um litígio em juízo, o Poder Judiciário deverá solucioná-lo e, para tanto, incidentalmente, deverá analisar a constitucionalidade ou não da lei ou do ato normativo. A declaração de inconstitucionalidade é necessária para o deslinde do caso concreto, não sendo o objeto principal da ação.” (MORAES; Alexandre de. *Direito Constitucional*. 17 ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 637)

²¹ O controle de constitucionalidade verifica-se em um caso concreto, e a declaração de inconstitucionalidade dá-se de forma incidental (*incidenter tantum*), prejudicialmente ao exame do mérito.” (LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquemático*. 13 ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 178).

²² “Em síntese, o controle difuso de constitucionalidade das leis caracteriza-se por uma peculiaridade: qualquer magistrado, em qualquer processo, pode identificar a inconstitucionalidade e examiná-la como fundamento da decisão. A inconstitucionalidade de lei federal, cuja aplicação in concreto se discute judicialmente, é questão prejudicial que pode ser examinada por qualquer órgão do Poder Judiciário. Como questão prejudicial, o magistrado resolverá *incidenter tantum*. [...] Note-se: enquanto todos os juízes podem ‘conhecer’ desta questão (*incidenter tantum*; simples fundamento) objeto de julgamento, somente o STF pode ‘decidir’ sobre ela (*principaliter tantum*; *thema decidendum*; objeto de julgamento)”. (DIDIER JR.; Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Aspectos da ADIN (Ação Direta de Inconstitucionalidade) e da ADC (Ação Declaratória de Inconstitucionalidade. In: DIDIER JR.; Fredie (Org.). *Ações Constitucionais*. Salvador: JusPodyum, 2006, pp. 339-428, p. 343)

²³ “A Constituição de 1934 introduziu profundas e significativas alterações no nosso sistema de controle de constitucionalidade. A par de manter, no art. 76, III, b e c, as disposições contidas na Constituição de 1891, o constituinte determinou que a declaração de inconstitucionalidade somente poderia ser realizada pela maioria da totalidade dos membros dos tribunais. Evitava-se a insegurança jurídica decorrente das contínuas flutuações de entendimento nos tribunais (art. 179).” (MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle Concentrado de Constitucionalidade: comentário à lei n. 9.868, de 10-11-1999*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 23).



PROCESSO Nº TST-ArgInc-696-25.2012.5.05.0463

voto da maioria absoluta de seus membros. Com pequenas alterações de redação, mas não de sentido, a regra esteve presente tanto na aludida Constituição de 1934 (Art. 179)²⁴ quanto nas de 1937 (Art. 96)²⁵, 1946 (Art. 200)²⁶, 1967 (Art. 111)²⁷ e na Emenda Constitucional de 1969 (Art. 116)²⁸, até chegar à Constituição de 1988 (Art. 97)²⁹.

É longínqua, portanto, a tradição brasileira de realizar o controle repressivo de constitucionalidade por todos os juízes e tribunais, em que pese a incumbência ser realizada de modos diversos e com diferentes amplitudes, mas somente a Suprema Corte poderá fazê-lo tanto em concreto quanto em abstrato (como objeto principal da demanda), em decisão munida de efeito vinculante e *erga omnes*.

Além do Brasil, alguns outros Estados, como a Colômbia e Portugal, adotam o mesmo sistema. No primeiro, a questão está disciplinada na Ley nº 393/1997, em que se instituiu a chamada "*excepción de inconstitucionalidad*", determinando ao juiz que resolva a questão suscitada em sentença, sem prejuízo de o fazer de ofício³⁰. De seu turno, Portugal consagra o "princípio da constitucionalidade"³¹, e o art. 204.º da Constituição lusitana prevê a figura da "apreciação da inconstitucionalidade", a dizer que "*nos feitos submetidos a julgamento não podem os*

²⁴ CF. 1934. Art 179 - Só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus Juízes, poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato do Poder Público.

²⁵ CF. 1937. Art 96 - Só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus Juízes poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato do Presidente da República.

²⁶ CF. 1946. Art 200 - Só pelo voto da maioria absoluta dos seus membros poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato do Poder Público.

²⁷ CF. 1967. Art 111 - Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros, poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato do Poder Público.

²⁸ EC nº 1/1969. Art. 116. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros, poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato do poder público.

²⁹ Art. 97. 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.

³⁰ *ARTICULO 20. EXCEPCION DE INCONSTITUCIONALIDAD. Cuando el incumplimiento de norma con fuerza de Ley o Acto Administrativo sea proveniente del ejercicio de la excepción de inconstitucionalidad, el Juez de cumplimiento deberá resolver el asunto en la sentencia. Lo anterior sin perjuicio de que el Juez la aplique oficiosamente.*

PARAGRAFO. El incumplido no podrá alegar la excepción de inconstitucionalidad sobre normas que hayan sido objeto de análisis de exequibilidad por el Consejo de Estado o la Corte Constitucional, según sea el caso. (COLÔMBIA LEY 393 DE 1997, Por la cual se desarrolla el artículo 87 de la Constitución Política. Disponível em: <http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0393_1997.html>. Acesso em: 19 abr.2022)

³¹ JERÓNIMO, Patrícia. *Lições de Direito Comparado*. Braga: Elsa Uminho, 2015, p. 54.



PROCESSO Nº TST-ArgInc-696-25.2012.5.05.0463

*tribunais aplicar normas que infrinjam o disposto na Constituição ou os princípios nela consignados*³².

Até mesmo na França, onde a noção de soberania popular – e de supremacia do Parlamento, enquanto expressão da genuína *vox populi* – tornava o país refratário a um Poder Judiciário no qual os juízes deixassem de aplicar a literalidade das regras jurídicas³³ e praticamente sacralizava as regras do Código Napoleônico de 1804, já existe, hoje, uma forma (bem mais tímida, é verdade) de preservação da Constituição, por meio do qual o controle de constitucionalidade suscitado como meio de impugnação *lato sensu* em tais países leva ao controle concentrado³⁴. Nessa linha, o art. 61-1 da Constituição³⁵ prevê que quando houver alegação de que uma disposição legal atenta contra direitos e liberdades garantidos pela Constituição, a questão pode ser submetida ao Conselho Constitucional pelo Conselho de Estado ou pela Corte de Cassação, que deve se pronunciar dentro de um prazo determinado^{36 37}.

³² Constituição da República Portuguesa. Disponível em: <<https://www.parlamento.pt>>. Acesso em: 19 abr.2022.

³³ Consoante Zauli e Zauli: “O caráter relativamente tardio da introdução e difusão do controle de constitucionalidade na Europa decorreu em parte de uma associação entre a noção de soberania popular e supremacia do parlamento que se afirma a partir da Revolução Francesa de 1789. Daí uma hostilidade com relação a qualquer tipo de controle, especialmente de constitucionalidade, exercido por um órgão extraparlamentar”. (ZAULI, Eduardo Meira; ZAULI, Guilherme Sales Meira. O controle de constitucionalidade na Itália. *E-legis*, Brasília, n. 36, p. 315-334, set./dez. 2021, ISSN 2175.0688, p. 317-318).

³⁴ CLÉVE, Clémerson Merlin. *A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 77.

³⁵ Com redação dada pela *LOI constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la Ve République*.

³⁶ “Article 61-1. Lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé”. (Constitution du 4 octobre 1958. Disponível em: <<https://www.legifrance.gouv.fr>>. Acesso em: 19 abr.2022)

³⁷ A Lei Orgânica do Conselho Constitucional estabelece algumas condições à “*transmission de la question prioritaire de constitutionnalité*”, a saber: 1º Que a disposição contestada seja aplicável à controvérsia ou constitui seu fundamento; 2º Que a disposição ainda não tenha sido declarada em conformidade com a Constituição na fundamentação e ou no dispositivo de uma decisão do Conselho Constitucional, a menos que as circunstâncias se tenham alterado e, 3º Que a questão seja séria. (Ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel. Article 23-2. Disponível em: <<https://www.legifrance.gouv.fr>>. Acesso em: 19 abr.2022)



PROCESSO Nº TST-ArgInc-696-25.2012.5.05.0463

Em síntese, os dois meios de controle de normas (abstrato e concreto)³⁸ existem e fazem parte de diversos ordenamentos, em maior ou menor grau. O Brasil mistura os dois sistemas, sendo certo que, no presente caso, está-se diante do primeiro – *rectius*, de exercício de controle difuso.

Na Constituição Federal vigente, a regra matricial do exercício do controle difuso pelos tribunais está no art. 97, cujo teor é o seguinte:

Art. 97. 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

Trata-se de *norma agendi* e não de *facultas agendi*. O respeito à cláusula de reserva de plenário atua como condição de eficácia jurídica da própria declaração jurisdicional de inconstitucionalidade dos atos do Poder Público³⁹, aplicável a todos os tribunais, pela via difusa, e para o STF, no exercício do controle concentrado⁴⁰. A questão, portanto, ao que parece, não é se este Tribunal Superior pode ou não exercer o controle difuso das leis e sim de como o deve fazer de forma escorreita.

A jurisprudência da Suprema Corte é assente no sentido de que **o disposto no art. 97 está direcionado a todos os tribunais catalogados no art. 92 da**

³⁸ Nas palavras de Hesse: "Controle de normas é o exame de compatibilidade de uma norma com uma norma de hierarquia superior. Ele pode ser efetuado ou 'abstratamente', desprendido de um caso particular a ser decidido, ou 'concretamente', isto é, em conexão com um caso particular para cuja decisão importa a validade da norma a ser examinada.". (HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federativa da Alemanha*. Trad. da 20ª ed. alemã de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 494).

³⁹ "É preciso ter presente, por necessário, que o respeito ao postulado da reserva de plenário - consagrado pelo art. 97 da Constituição (e introduzido, em nosso sistema de direito constitucional positivo, pela Constituição de 1934) - atua como verdadeira condição de eficácia jurídica da própria declaração jurisdicional de inconstitucionalidade dos atos do Poder Público, consoante adverte o magistério da doutrina". (BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. *O Contrôlo Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis*. Rio de Janeiro: Forense, 1949).

⁴⁰ "A cláusula de reserva de plenário atua como condição de eficácia jurídica da própria declaração jurisdicional de inconstitucionalidade dos atos do Poder Público, aplicando-se para todos os tribunais, via difusa, e para o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, também no controle concentrado (CF, art. 97 e SV 10)". (STF. ARE 791.932, rel. min. Alexandre de Moraes, j. 11-10-2018, P, DJE de 6-3-2019, Tema 739).



PROCESSO Nº TST-ArgInc-696-25.2012.5.05.0463

CF, entre eles o Tribunal Superior do Trabalho⁴¹, de modo que a cláusula de reserva de plenário é imprescindível tanto para a declaração de inconstitucionalidade⁴², como para decisões que afastem a aplicação da norma jurídica sem a pronúncia explícita de sua inconstitucionalidade⁴³.

Conforme observação registrada pelo Ministro Renato de Lacerda Paiva, a qual peço licença para incorporar, “[...] ***cabe ressaltar que a matéria é objeto da ADI nº 6188 e da ADC nº 62 no Supremo Tribunal Federal, distribuídas à relatoria do Min. Ricardo Lewandowski, sendo certo que, na citada ação direta de inconstitucionalidade, em 28/6/2021, o excelentíssimo Ministro relator já proferiu voto no sentido da procedência da ação para declarar a inconstitucionalidade do art. 702, I, “f”, § 3º e § 4º, da CLT, ocasião em que os autos seguiram em vista regimental para o Ministro Gilmar Mendes. Note-se que as referidas ações de controle concentrado foram ajuizadas no STF no ano de 2019, encontrando-se ainda pendentes de julgamento. Assim, diante da relevância e urgência na solução da referida matéria (ante a impossibilidade de qualquer criação, revisão ou cancelamento de súmulas e OJs até a definição da questão), levando em consideração ainda que não há qualquer determinação do STF no sentido de suspender o julgamento do presente incidente, penso ser o caso de prosseguir na sua análise***”.

Reitere-se, no entanto, que é do Excelso Supremo Tribunal Federal a última palavra a respeito da constitucionalidade de determinada norma jurídica.

⁴¹ **O art. 97 da Constituição, ao subordinar o reconhecimento da inconstitucionalidade de preceito normativo a decisão nesse sentido da "maioria absoluta de seus membros ou dos membros dos respectivos órgãos especiais", está se dirigindo aos tribunais indicados no art. 92 e aos respectivos órgãos especiais de que trata o art. 93, XI.** A referência, portanto, não atinge juizados de pequenas causas (art. 24, X) e juizados especiais (art. 98, I), os quais, pela configuração atribuída pelo legislador, não funcionam, na esfera recursal, sob regime de plenário ou de órgão especial. (STF, ARE 792.562 AgR, rel. min. Teori Zavascki, j. 18-3-2014, 2ª T, DJE de 2-4-2014).

⁴² “Controle incidente de constitucionalidade de normas: reserva de plenário (CF, art. 97): viola o dispositivo constitucional o acórdão proferido por órgão fracionário, que declara a inconstitucionalidade de lei, sem que haja declaração anterior proferida por órgão especial ou plenário.”. (STF, RE 385.982-AgR, rel. min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, DJ de 09.02.2007). No mesmo sentido (STF, RE 432.884 AgR, rel. min. Joaquim Barbosa, j. 26-6-2012, 2ª T, DJE de 13-8-2012).

⁴³ A questão foi consolidada pela Súmula Vinculante nº 10: “Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de Tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte”.



PROCESSO Nº TST-ArgInc-696-25.2012.5.05.0463

Para solucionar caso concreto, porém, essa filtragem constitucional pode e deve ser realizada, de forma incidental, por qualquer tribunal ou juiz⁴⁴, dentro de determinados limites, consoante escólio de Novelino:

O principal protagonista do controle repressivo é, sem dúvida, o Poder Judiciário. A competência para exercer o controle concentrado é reservada, quando o parâmetro violado for norma da constituição da República, ao Supremo Tribunal Federal (CF, art. 102, I, "a" e § 1º; art. 103, § 2º); quando for norma da constituição estadual, aos tribunais de justiça (CF, art. 125, § 2º). O controle difuso pode ser exercido por qualquer juiz ou tribunal, inclusive de ofício, dentro de suas respectivas competências⁴⁵. (Sem destaques no original)

A diferença procedimental básica consiste na "cisão funcional" ocorrente na segunda instância, na medida em que o juiz singular se limita a apreciar a questão na fundamentação e emitir pronunciamento no dispositivo, enquanto nos tribunais a inconstitucionalidade percebida por órgão fracionário tem a competência deslocada para julgamento pelo Tribunal Pleno⁴⁶.

Enfatizo que – a exemplo do que ocorre nos EUA⁴⁷ –, a decisão prolatada em controle difuso não irradia efeitos vinculantes aos demais juízes e

⁴⁴ Isso adquire especial relevância no Brasil, onde "a inconstitucionalidade pode ser suscitada não apenas como tese de defesa, mas também como fundamento da pretensão do autor". (BARROSO, Luís Roberto. *Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 48).

⁴⁵ NOVELINO, Marcelo. *Curso de Direito Constitucional*. 11 ed. rev. e ampl. e atual. Salvador: 2016, p. 168.

⁴⁶ "O juiz de primeira instância (órgão monocrático) deverá se manifestar sobre a constitucionalidade da lei no fundamento da sentença, para, no dispositivo, se pronunciar sobre o pedido – se concede ou não a ordem pleiteada. Não há, portanto, cisão funcional: o mesmo juiz se pronuncia sobre a constitucionalidade da lei e sobre o pedido da ação judicial. Já no tribunal (órgão colegiado), a questão constitucional recebe tratamento diverso. Embora o órgão julgador do caso concreto (Turma ou Câmara) possa, assim como o juiz de primeira instância, considerar a lei constitucional e, a partir deste entendimento, julgar o pedido do processo, o mesmo não se pode afirmar quando o referido órgão considera a lei inconstitucional. Neste caso, como visto, o órgão fracionário (Turma ou Câmara) deverá encaminhar a questão constitucional ao pleno do Tribunal (ou ao órgão especial, se houver)". (LEITE, Fábio Carvalho. A Cláusula de Reserva de Plenário segundo os Tribunais de Justiça. *Custos Legis*. Revista eletrônica do Ministério Público Federal. pp. 1-23, p. 6)

⁴⁷ "[...] *the right (or rather, the duty) of civil and penal judges in the lower courts to examine the formal and sometimes material-validity of laws and ordinances within the scope of a trial. If the result of the examination is negative, the law in question is not to be applied to the specific case in hand.*". (STOLLEIS, Michael. *Judicial*



PROCESSO Nº TST-ArgInc-696-25.2012.5.05.0463

tribunais, formando, para estes, precedente meramente persuasivo, na medida em que apenas o Supremo Tribunal Federal tem a prerrogativa de declarar a inconstitucionalidade de norma jurídica com *erga omnes* (art. 102, § 2º, da Constituição Federal).

No caso, como referido no relatório, o incidente tem como objeto o controle difuso de constitucionalidade das normas dispostas na alínea “f” do inciso I e nos §3º e §4º do art. 702 da CLT. Porém, como muito bem destacou o Ministro Aloysio Correa da Veiga, a quem peço licença para incorporar os argumentos, ***“como esta arguição de inconstitucionalidade é prejudicial a incidente de uniformização de jurisprudência com o escopo de revisão da Súmula nº 254 do TST, entendo que não cabe, neste processo, o exame de constitucionalidade do § 4º do art. 702 da CLT, porque dispõe sobre a alteração de enunciados de jurisprudência no âmbito dos Tribunais Regionais do Trabalho, matéria que não guarda prejudicialidade em relação ao procedimento de revisão de súmula do TST”***.

Assim, suscitada a inconstitucionalidade *in concreto*, com respeito ao iter procedimental dos artigos 948 a 950 do CPC e observada a cláusula de reserva de plenário (CF, 97 c/c Súmula Vinculante 10), admito parcialmente o incidente, não o fazendo apenas em relação ao § 4º, do art. 702 da CLT por não ter pertinência com o caso concreto.

2. MÉRITO

2.1. ILEGALIDADE DO ARTIGO 702, I, ALÍNEA “F” E PARÁGRAFO 3º DA CLT. SUPOSTA VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE (CF, 5º, II). OFENSA INDIRETA. IMPOSSIBILIDADE DE DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE SOB ESSE FUNDAMENTO. CONTROLE DE LEGALIDADE E NÃO DE CONSTITUCIONALIDADE.

O incidente sob escrutínio tem por escopo examinar a constitucionalidade da alínea “f” do inciso I e § 3º, ambos do artigo 702, da CLT – com redação dada pela Lei nº 13.467/2017 – cujo teor é o seguinte:



PROCESSO Nº TST-ArgInc-696-25.2012.5.05.0463

Art. 702 - Ao Tribunal Pleno compete:

I - em única instância:

[...].

f) estabelecer ou alterar súmulas e outros enunciados de jurisprudência uniforme, pelo voto de pelo menos dois terços de seus membros, caso a mesma matéria já tenha sido decidida de forma idêntica por unanimidade em, no mínimo, dois terços das turmas em pelo menos dez sessões diferentes em cada uma delas, podendo, ainda, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de sua publicação no Diário Oficial.

.....
§ 3º As sessões de julgamento sobre estabelecimento ou alteração de súmulas e outros enunciados de jurisprudência deverão ser públicas, divulgadas com, no mínimo, trinta dias de antecedência, e deverão possibilitar a sustentação oral pelo Procurador-Geral do Trabalho, pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, pelo Advogado-Geral da União e por confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional.

Introduzido ao ordenamento por força da propalada “Reforma Trabalhista”, o mencionando preceito insere requisitos bastante operosos à alteração ou confecção de súmulas e outros enunciados de jurisprudência uniforme por tribunais trabalhistas, na medida em que **exige decisões idênticas e unânimes em, no mínimo, dois terços das turmas em dez sessões diferentes** para que, só então, a questão seja levada a Plenário, para que se proceda à modificação alvitrada, pelo **voto de “pelo menos” dois terços de todos os membros do tribunal**.

A primeira questão a ser submetida à investigação concerne à uma possível violação ao “princípio da legalidade” (CF, 5º, *caput*, II), e, se existente, quais os seus desdobramentos jurídicos.

Isso porque, o art. 702 da CLT há muito deixou de existir no ordenamento jurídico, revogado que foi pela Lei 7.701/1988. Nesse sentido registrou Martins: *“O artigo encontra-se revogado pela Lei nº 7.701/88, que contém disposição diversa,*



PROCESSO Nº TST-ArgInc-696-25.2012.5.05.0463

no sentido da competência⁴⁸. Ainda no âmbito doutrinário, pululam juristas do quilate de Saad⁴⁹, Russomano⁵⁰, Carrion⁵¹ e muitos outros que nem sequer se dão ao trabalho de expender comentários mais alongados a respeito do dispositivo, dada a existência de um certo consenso acerca de sua revogação.

Na seara jurisprudencial, o entendimento de 7 (sete) das 8 (oito) turmas do TST também é no sentido de o dispositivo ter sido revogado:

Incólume, portanto, o artigo 5º, II, LIII e LIV da Constituição Federal, sendo impossível se falar em violação ao art. 702, § 2º, "c", da CLT, vez que tal dispositivo foi revogado pela Lei n.º 7.701/88. (TST, Ag-AIRR – 1840-10.2006.5.02.0081, 2ª Turma, DEJT 28/10/2010).

Ademais, impossível a pretendida violação do art. 702, § 2º, "c", da CLT, uma vez que foi revogado pela Lei n.º 7.701/88. (TST, Ag-AIRR – 95040-49.2005.5.02.0035, 3ª Turma, DEJT 3/6/2011).

“Registre-se que o art. 702 da CLT foi revogado pelo art. 16 da Lei n.º 7.701/1988” (TST, RR – 173735-98.1995.5.09.5555, 4ª Turma, DJ 22/2/2008). De plano, registre-se que o artigo 702 da CLT foi revogado pelo artigo 16 da Lei n.º 7.701/1988. (TST, RR – 161579-47.1995.5.09.0072, 5ª Turma, DEJT 26/8/2011).

É de se destacar que a norma mencionada pelo recorrente, art. 702 da CLT, encontra-se tacitamente revogada pela Lei n.º 7.701/88. (TST, Ag-AIRR – 1526-20.2012.5.01.0263, 6ª Turma, DEJT 5/12/2014).

Por outro lado, é impossível falar em violação do art. 702, § 2º, "c", da CLT, porquanto tal dispositivo foi revogado pela Lei 7.701/88. (TST, Ag-AIRR – 304540-56.2006.5.02.0089, 7ª Turma, DEJT 17.12.2010).

Impossível falar em violação ao art. 702, § 2º, "c", da CLT, porquanto tal dispositivo foi revogado pela Lei n.º 7.701/88. (Ag-AIRR – 226440-12.2004.5.02.0072, 8ª Turma, DEJT 27/8/2010).

⁴⁸ MARTINS, Sérgio Pinto. *Comentários à CLT*. São Paulo: Atlas, 2002, p. 707.

⁴⁹ Art. 702. Revogado tacitamente pela Lei n. 7.701, de 21.12.88, que define a competência do Pleno, das seções especializadas de dissídios individuais e coletivos do trabalho e das Turmas. [...]. (SAAD, Eduardo Gabriel. *Consolidação das Leis do Trabalho*: comentada. São Paulo, LTr, 2001, p. 474).

⁵⁰ “ART. 702 – Revogado pela Lei n.º 7.701, de 21 de dezembro de 1988”. (RUSSOMANO, Mozart Victor. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 788).

⁵¹ “Art. 702. Revogado tacitamente”. (CARRION, Valentin. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. 38 ed. rev. e atual. por Eduardo Carrion. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 637).



PROCESSO Nº TST-ArgInc-696-25.2012.5.05.0463

E o robusto entendimento doutrinário e jurisprudencial está correto. Com efeito, a Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro é clara ao dispor que *“a lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior”*.⁵² De modo mais específico, a Lei nº 7.701/1988 – que estabeleceu a divisão de competências entre os órgãos do Tribunal Superior do Trabalho, estabeleceu expressamente a revogação das normas em contrário da Consolidação das Leis do Trabalho e da legislação especial (Art. 16)⁵³.

A partir da premissa de que o art. 702 está revogado, ele não mais existe no ordenamento jurídico, sendo um despautério a sua cogitação apenas para fazer valer os dispositivos cuja constitucionalidade é perquirida. Destaco, nesse aspecto, a crítica veemente de Toledo Filho:

Como se viu, a proposta de modificação se dirigiu ao art. 702 da CLT. Tal artigo tratava da competência do Tribunal Pleno do TST. Dissemos “tratava”, porque tal preceito foi tacitamente revogado pela Lei n. 7.701/88, ou seja, ele, a rigor, formalmente já não mais existe há quase trinta anos. De fato: a Lei n. 7.701/88 regulou, por completo, a matéria que antes era disciplinada pelo art. 702 da CLT. Logo, nos termos do § 1º do art. 2º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei n. 4.657/42, com a redação dada pela Lei n. 12.376/2010), ela indiscutivelmente o revogou. Assim, mal comparando, o que o legislador está a propor aqui é o transplante de um órgão vivo para um corpo morto⁵⁴.

Teixeira Filho considera “surrealista” a operação realizada pela Lei nº 13.467/2017, e veicula os seguintes comentários:

⁵² Decreto-lei nº 4.657/1942. Art. 2º. §1º A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.

⁵³ Lei nº 7.701/1988. Art. 16 - Revogam-se as disposições em contrário da Consolidação das Leis do Trabalho e da legislação especial.

⁵⁴ TOLEDO FILHO, Manoel Carlos. Reforma trabalhista: pressa, atecnia e irresponsabilidade. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região*, Campinas: Escola Judicial do TRT-15ª Região; n. 51, p. 61-68, jul./dez. 2017.



PROCESSO Nº TST-ArgInc-696-25.2012.5.05.0463

O art. 702, da CLT, dispunha sobre a competência do Pleno do TST. Esse artigo, no entanto, acabou revogado, tacitamente (LINDB, art. 2º, § 1º), em sua integralidade, pela Lei n. 7.701, de 21 de dezembro de 1988, que dispôs sobre a especialização de Turmas dos Tribunais do Trabalho em processos coletivos e individuais e deu outras providências. Agora, a Lei n. 13.467/2017, de maneira *sui generis*, restabelece o art. 702, da CLT, somente para nele inserir: a) o inciso I, sem conteúdo; b) a letra 'f', sem que haja letras precedentes, em uma obra, verdadeiramente, surrealista⁵⁵.

Pois bem, diante da revogação do art. 702 da CLT, não se poderia "ressuscitar" o dispositivo para que ele funcionasse apenas com um apêndice para outros – quais sejam a alínea "f" e o §3º –, mesmo porque o ordenamento não conhece a figura da reconstituição tácita (Decreto-lei nº 4.657/1942, 2º, §3º). Outrossim, a legislação brasileira veda expressamente o aproveitamento de dispositivo revogado, fazendo-o por intermédio do seguinte comando normativo:

Lei Complementar nº 95/1998

Art. 12. [...]

III.

c) é vedado o aproveitamento do número de dispositivo revogado, vetado, declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal ou de execução suspensa pelo Senado Federal em face de decisão do Supremo Tribunal Federal, devendo a lei alterada manter essa indicação, seguida da expressão 'revogado', 'vetado', 'declarado inconstitucional, em controle concentrado, pelo Supremo Tribunal Federal', ou 'execução suspensa pelo Senado Federal, na forma do art. 52, X, da Constituição Federal'. (Sem destaques no original)

Em que pese ser flagrante a ilegalidade do art. 702, I, alínea "f" e § 3º da CLT, não é possível declarar a sua inconstitucionalidade com fundamento em ofensa ao princípio da legalidade (CF, 5º, *caput*). É que a Corte Suprema já se manifestou

⁵⁵ TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. *O processo do trabalho e a reforma trabalhista: as alterações introduzidas no processo do trabalho pela Lei n. 13.467/2017*. São Paulo: LTr, 2017, p. 64.



PROCESSO Nº TST-ArgInc-696-25.2012.5.05.0463

no sentido de que a violação capaz de implicar mácula à legalidade não pode advir de meio indireto, por força de interpretação do sentido da regra, mas apenas quando ela é disciplinada por veículo normativo equivocado – *rectius*, quando configurada a ofensa ao “princípio da reserva legal”, conforme o seguinte verbete:

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal afasta o cabimento de recurso extraordinário para o questionamento de alegadas violações à legislação infraconstitucional sem que se discuta o seu sentido à luz da Constituição. Em se tratando especificamente de supostas ofensas ao princípio da legalidade, o que se pode discutir nesta sede, em linha de princípio, é o eventual descumprimento da própria reserva legal, ou seja, da exigência de que determinada matéria seja disciplinada por lei e não por ato secundário. (STF, ARE 887.644 AgR, rel. min. Roberto Barroso, 1ª T, j. 23-6-2015, DJE 155 de 7-8-2015). (Sem destaques no original)

A questão está, aliás, pacificada pela Súmula 636, do STF, segundo a qual “*não cabe recurso extraordinário por contrariedade ao princípio constitucional da legalidade, quando a sua verificação pressuponha rever a interpretação dada a normas infraconstitucionais pela decisão recorrida*”. Por derradeiro, o STF também já deixou indene de dúvida que as questões concernentes à violação ao princípio da legalidade têm natureza infraconstitucional⁵⁶.

Portanto, não obstante ilegal o art. 702, inciso I, alínea “f” e § 3º da CLT, deixo de declarar a sua inconstitucionalidade por esse fundamento (ofensa ao princípio da legalidade), por não se revestir a matéria de índole constitucional.

Trata-se, consoante entendimento pacífico da Suprema Corte, de controle de legalidade e não de inconstitucionalidade.

Afasto, pois, a inconstitucionalidade por tal fundamento.

⁵⁶ “As questões de suposta violação ao [...] princípio da legalidade [...] têm natureza infraconstitucional e, em razão disso, revelam-se insuscetíveis de conhecimento em sede de recurso extraordinário. [...]” (STF, RE 535.478, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 28-10-2008, Segunda Turma, DJE de 21-11-2008).



PROCESSO Nº TST-ArgInc-696-25.2012.5.05.0463

2.2. DA INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 702, INCISO I, ALÍNEA "F" E PARÁGRAFO 3º DA CLT. DA VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES (CF, 2º). DA AFRONTA À AUTONOMIA ADMINISTRATIVA DOS TRIBUNAIS (CF, 96, I c/c 99). DA OFENSA (INDIRETA) AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE (CF, 5º, II)

A imposição de exigências legais a ditar aos tribunais a forma e os requisitos para edição e/ou cancelamento de súmulas também demanda perscrutar sua constitucionalidade, sob as lentes de uma possível mácula tanto ao princípio da separação dos Poderes da República quanto da afronta à autonomia administrativa dos tribunais, ou seja, se a lei assenhorou-se de agenda que não lhe é própria.

Deveras, não há registro de imposição de tamanhos empecilhos para que os tribunais realizem o seu papel de uniformização da jurisprudência, de modo a mantê-la estável, íntegra e coerente (CPC, 926, *caput*), tudo em benefício da segurança jurídica (CF, 5º, XXXVI), da isonomia (CF, 5º, *caput*) e da pacificação social, mediante orientações a respeito da conduta a ser observada pelos jurisdicionados.

Parece ter escapado à compreensão do legislador que *"a norma é o resultado (e não o objeto) da interpretação, de modo que ela ganha sentido e alcance a partir das discussões que surgem nos fóruns de debates e nas reflexões de cada magistrado, posteriormente traduzidas na jurisprudência dos tribunais, aos quais cabe dizer (no espaço de suas competências) o que a lei efetivamente modificou nas relações de trabalho"*⁵⁷. No mesmo diapasão, *"a norma, [...], não se confunde com o texto, isto é, com o seu enunciado, com o conjunto de símbolos linguísticos que forma o preceito. Para encontrarmos a norma, para que possamos afirmar o que o direito permite, impõe ou proíbe, é preciso descobrir o significado dos termos que compõe o texto e decifrar, assim, o seu sentido linguístico."*⁵⁸.

Assim, colocar obstáculos desmesurados à uniformização de jurisprudência significa – por via oblíqua – sabotar o apaziguamento das relações de trabalho.

⁵⁷ HIGA, Flávio da Costa. *Reforma trabalhista prejudica alteração ou criação de súmulas de jurisprudência*. Consultor Jurídico. 9 de outubro de 2017. Disponível em: <www.conjur.com.br>. Acesso em: 20 abr.2022.

⁵⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 82.



PROCESSO Nº TST-ArgInc-696-25.2012.5.05.0463

No percurso de produção de “normas jurídicas”, a disposição literal da lei é mero “ponto de partida” cujo “ponto de chegada” exige trafegar de forma minudente e escrupulosa pela estrada hermenêutica, porquanto *“interpretar/aplicar é dar concreção [=concretizar] ao direito. Neste sentido, a interpretação/aplicação do direito opera a sua inserção na realidade; realiza a mediação entre o caráter geral do texto normativo e sua aplicação particular; em outros termos, ainda: a sua inserção na vida. A interpretação/aplicação vai do universal ao particular, do transcendente ao contingente; opera a inserção das leis [= do direito] no mundo do ser [= mundo da vida]. Como ela se dá no quadro de uma situação determinada, expõe o enunciado semântico do texto no contexto histórico presente, não no contexto da redação do texto. interpretar o direito é caminhar de um ponto a outro, do universal ao singular, através do particular, conferindo a carga de contingencialidade que faltava para tornar plenamente contingencial o singular”*⁵⁹.

Para que se tenha a dimensão do entrave colocado à edição/alteração de súmulas, basta lembrar que a Constituição Federal exige, para a edição de súmulas de efeito vinculante, apenas que sejam aprovadas *“após reiteradas decisões sobre matéria constitucional”* (CF, 103-A),⁶⁰ sem estabelecer exigências procedimentais outras. É paradoxal, portanto, que para a criação de súmulas em matéria infraconstitucional, específica e de cunho estritamente persuasivo, haja uma miríade de barreiras quase que intransponíveis. Portugal, que possui um critério quantitativo para que as decisões do Tribunal Constitucional possam ter efeito vinculante *erga omnes*, impõe apenas que a norma fustigada haja sido declarada *“inconstitucional ou ilegal em três casos concretos”*⁶¹.

⁵⁹ STF, ADPF 153, Tribunal Pleno, rel. min. EROS GRAU, DJ 6/8/2010.

⁶⁰ Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

⁶¹ Artigo 281.º

Fiscalização abstrata da constitucionalidade e da legalidade

1. O Tribunal Constitucional aprecia e declara, com força obrigatória geral:

a) A inconstitucionalidade de quaisquer normas;

3. O Tribunal Constitucional aprecia e declara ainda, com força obrigatória geral, a inconstitucionalidade ou a ilegalidade de qualquer norma, desde que tenha sido por ele julgada inconstitucional ou ilegal em três casos concretos. (*Constituição da República Portuguesa*. Disponível em: <<https://www.parlamento.pt>>.

Acesso em: 19 abr.2022.)

Firmado por assinatura digital em 17/05/2022 pelo sistema Assinejus da Justiça do Trabalho, conforme MP 2.200-2/2001, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira.



PROCESSO Nº TST-ArgInc-696-25.2012.5.05.0463

Diante dessa realidade, com a devida vênia, não se mostra adequada a opção do legislador de, em aparente desconfiança do Poder Judiciário trabalhista, inviabilizar, na prática, a edição e/ou alteração de súmulas. Nesse sentido, parece até modesta a observação de Pimenta, *"a reforma trabalhista claramente restringiu de maneira acentuada, o papel cumprido pelo Tribunal Superior do Trabalho (e, por extensão pelos Tribunais Regionais do Trabalho) de uniformização da jurisprudência trabalhista"* ao fixar requisitos que *"tornam a relevante atividade jurisdicional burocratizada, lenta, difícil de atender e, na prática e como consequência, extremamente restrita."*^{62 63}.

Além do significativo aporte que os entendimentos uniformes entregam aos jurisdicionados acerca das regras de conduta social, eles também contribuem para a dinamização dos trabalhos do Poder Judiciário, em prestígio aos princípios da celeridade e da duração razoável do processo (CF, 5º, LXXVIII). *"As súmulas reduzem consideravelmente o ônus argumentativo dos magistrados e também a oportunidade de as partes exporem seus argumentos de fato e de Direito. De acordo com a atual legislação processual, a incidência de súmula repercute também sobre as oportunidades de recurso e no seu processamento, que se torna bastante simplificado"*⁶⁴.

Contudo, não cabe, na atividade judicante, perscrutar o acerto ou desacerto do Poder Legislativo. No Estado Democrático de Direito (CF, 1º, *caput*), o pressuposto axiomático é o de que o Parlamento detém legitimidade para legislar, e o Judiciário deve *"respeito as escolhas legítimas do legislador"*⁶⁵. A tarefa a ser desempenhada pelo magistrado resume-se à avaliação da compatibilidade ou não do texto normativo com a Lei Maior. Essa é, sem dúvida, uma das facetas do princípio da

⁶² PIMENTA, José Roberto Freire. A Uniformização de jurisprudência e a edição ou a revisão de precedentes pelos tribunais trabalhistas após a Reforma Trabalhista da Lei n.13467/2017 (Art. 702, I, f e §§ 3º e 4º da CLT). In KOURY, Luiz Ronan Neves; ASSUNÇÃO, Carolina Silva Silvino. *Direito processual do trabalho: Constituição e reforma trabalhista*. São Paulo: LTr, 2018, p. 34 a 42).

⁶³ Na mesma linha, Francisco Antonio de Oliveira critica tal dispositivo pelo fato de ele tornar mais burocrático o trabalho dos tribunais, além de não fazer sentido algum determinar exigências aos tribunais trabalhistas não impostas a nenhum outro tribunal do país. Para aprofundamento, vide: OLIVEIRA, Francisco Antônio de. *Reforma Trabalhista*. São Paulo: LTr, 2018. pp. 103-104

⁶⁴ BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. Limites Constitucionais à Edição de Súmula por Tribunal Superior. Análise da Súmula 331, I, do TST. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. Volume VII, pp. 456-480, p. 479.

⁶⁵ STF, RE 760.931, Pleno, rel. min. ROSA WEBER, red. para o acórdão min. LUIZ FUX, DJ 11/9/2017



PROCESSO Nº TST-ArgInc-696-25.2012.5.05.0463

“separação dos Poderes”, cuja convivência harmônica e independente entre si decorre de mandamento constitucional (CF, 2º)⁶⁶.

O princípio da “separação dos Poderes”, não obstante, constitui uma via de mão de dupla, sendo igualmente interdito, ao Poder Legislativo, apossar-se de agendas visceralmente conectadas ao próprio exercício da atividade judicante, uma vez que esse tipo de usurpação representa grave *deficit* democrático.

Ao legislador, destarte, não cabe se imiscuir de forma invasiva na ordem dos trabalhos internos e administrativos dos tribunais, a ponto de suplantar a prerrogativa de elaborarem os seus próprios regimentos. À vista disso, “o Poder Executivo, patrocinador do projeto, e o Poder Legislativo, fiador da reforma, não podem interferir no modo de funcionamento interno do Poder Judiciário a este nível de sofisticação: dizer quantos acórdãos são necessários para levar à votação uma proposta de padronização de jurisprudência, sob quais circunstâncias e com quais requisitos, neste caso, beira a proibição à formação da jurisprudência. Há nítida interferência num ramo do Poder Judiciário (o trabalhista), a fim de que ele se manifeste com menor frequência e sobre temas mais restritos, levando-se a afirmar que a Lei 13.467/2017 atropela o art. 2º da CF”⁶⁷.

Por sua vez, Zedes afirma que a alteração “invade o âmago da atividade judicante e, por conseguinte, a autonomia do Poder Judiciário diante dos demais Poderes do Estado (art. 2º da Constituição Federal), que se vê limitado em sua tarefa de resolução de conflitos e, precisamente, do Tribunal Superior do Trabalho, como Corte de ordenação do Direito.”⁶⁸.

Em consequência, a norma posta sob averiguação viola o art. 2º da Constituição Federal⁶⁹ ao traspassar os limites da atividade própria ao Poder Legislativo, exorbitando seu papel de forma muito desproporcional no tocante aos requisitos postos de modo exclusivo à Justiça do Trabalho para a edição de súmulas e enunciados de jurisprudência uniforme, ainda que o tenha feito no contexto de sua discricionariedade legislativa, conforme já decidido pelo STF:

⁶⁶ CF. Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

⁶⁷ SILVA, Homero Mateus da. *Comentários à reforma trabalhista [livro eletrônico]*. 2 ed. São Paulo: RT, 2017.

⁶⁸ ZEDDES, Carolina Marzola Hirata. As inconstitucionalidades da Lei nº 13.467/2017 no que tange à edição e alteração de súmulas e enunciados de jurisprudência uniforme. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região*, n. 51, 2017, pp. 79-96, p. 92

⁶⁹ CF. Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.



PROCESSO Nº TST-ArgInc-696-25.2012.5.05.0463

O Estado não pode legislar abusivamente. A atividade legislativa está necessariamente sujeita à rígida observância de diretriz fundamental, que, encontrando suporte teórico no princípio da proporcionalidade, veda os excessos normativos e as prescrições irrazoáveis do Poder Público. O princípio da proporcionalidade - que extrai a sua justificação dogmática de diversas cláusulas constitucionais, notadamente daquela que veicula a garantia do *substantive due process of law* - acha-se vocacionado a inibir e a neutralizar os abusos do Poder Público no exercício de suas funções, qualificando-se como parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais. A norma estatal, que não veicula qualquer conteúdo de irrazoabilidade, presta obséquio ao postulado da proporcionalidade, ajustando-se à cláusula que consagra, em sua dimensão material, o princípio do *substantive due process of law* (CF, art. 5º, LIV). Essa cláusula tutelar, ao inibir os efeitos prejudiciais decorrentes do abuso de poder legislativo, enfatiza a noção de que a prerrogativa de legislar outorgada ao Estado constitui atribuição jurídica essencialmente limitada, ainda que o momento de abstrata instauração normativa possa repousar em juízo meramente político ou discricionário do legislador. (STF, *ADI 1407 MC*, Tribunal Pleno, rel. min. CELSO DE MELLO, DJE 24-11-2000) (Sem destaques no original)

A doutrina de Delgado e Delgado adverte para a violação do princípio da separação dos Poderes da República e vai na mesma linha da Suprema Corte quanto à ausência de proporcionalidade na alteração promovida:

A restrição do papel uniformizador da jurisprudência do TST apresenta, inegavelmente, diversos problemas bastante sérios. De um lado, atinge, frontalmente, a Constituição da República. Desrespeita a norma disposta em seu art.2º (princípio constitucional da Separação dos Poderes da União) e desrespeita igualmente as regras lançadas em seus arts. 92 e 96, I (princípio constitucional da autonomia dos Tribunais). De outro lado, expressa política



PROCESSO Nº TST-ArgInc-696-25.2012.5.05.0463

pública sem proporcionalidade, razoabilidade e equilíbrio, além de ferir os princípios constitucionais da segurança e da igualdade⁷⁰.

De modo adjacente à transgressão ao art. 2º da CF, está o vilipêndio aos artigos 96, I, "a" e 99, *caput* da Constituição Federal, que estabelecem, respectivamente, o direito de os tribunais elaborarem os seus regimentos internos e a sua autonomia administrativa, *verbis*:

CF. Art. 96. Compete privativamente:

I - aos tribunais:

a) eleger seus órgãos diretivos e elaborar seus regimentos internos, com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos;

CF. Art. 99. Ao Poder Judiciário é assegurada autonomia administrativa e financeira.

A leitura desses dispositivos permite lobrigar que o legislador, ao interferir indevidamente em atividade administrativa dos tribunais – quiçá com a intenção de dificultar a produção de súmulas⁷¹ –, "*invadiu os domínios do funcionamento*

⁷⁰ DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. Os preceitos da Lei 13.467/2017 no campo do direito processual do trabalho. In: *Reforma trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei n. 13.467/2017*, 2 ed., São Paulo: Ltr, 2017, p. 316-319.

⁷¹ "A intenção nítida do legislador foi dificultar o funcionamento do TST, e tribunais trabalhistas em geral, no que diz respeito à edição de súmulas e orientações jurisprudenciais. Tal conduta, a nosso sentir, fere a CF, por afrontar a independência do Poder Judiciário e quebrar a harmonia entre o Legislativo e o Judiciário. É que, com base no art. 96, I, da CF, compete privativamente aos tribunais elaborar seus regimentos internos, com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos. Desse modo, não cabe ao Legislativo estipular regras sobre o funcionamento interno do TST e dos TRT, em especial quanto ao procedimento de uniformização de sua jurisprudência, excluindo as normas regimentais" (SOUZA JÚNIOR, SOUZA, Antonio Umberto de; SOUZA, Fabiano Coelho de; MARANHÃO, Ney; AZEVEDO NETO, Platon Teixeira. *Reforma trabalhista – análise comparativa e crítica da Lei n. 13.467/2017*. São Paulo: Rideel, 2017, p. 351).



PROCESSO Nº TST-ArgInc-696-25.2012.5.05.0463

administrativo dos tribunais, determinando o modo como eles devem proceder a fim de editar súmulas e outros enunciados de jurisprudência. Referido comando apossa-se, de modo totalmente indevido, de agenda imbricada à autonomia administrativa constitucionalmente assegurada ao Poder Judiciário.”⁷².

Cumpra trazer à baila que o resguardo intransigente da autonomia do Poder Judiciário está vinculado, de modo imanente e associável, à sua própria independência e, assim, a um dos pilares do Estado Democrático de Direito. *“Garantir a independência dos juízes significa colocá-los ao abrigo das ordens, directivas ou orientações de outros poderes do Estado (em particular do Governo ou do Parlamento), mas significa também, a postergação de uma organização judiciária de tipo hierárquico ou subordinado, donde possa resultar a sujeição dos juízes a ordens, directivas ou orientações de magistrados de grau mais elevado.”⁷³.*

É grave, portanto, e passível de exprobração judicial, toda tentativa de investir contra alguma das garantias de autogoverno da magistratura, na medida em que elas se traduzem em condição para o desenvolvimento regular de uma sociedade democrática. As garantias funcionais dos magistrados possuem fundamento epistêmico equivalente ao das garantias institucionais das Cortes de Justiça, conforme vaticínio doutrinário:

A efetiva independência judicial depende de certas garantias de autonomia organizacional, administrativa e financeira dos Tribunais. Pode-se dizer que elas representam garantias institucionais da independência judicial e, dessa forma, garantias fundamentais da prestação jurisdicional adequada e da tutela judicial efetiva. Assim, ao lado das garantias funcionais da magistratura protegidas pelo art. 95, a Constituição também assegura, em seu art. 96, as garantias institucionais de autonomia orgânico-administrativa dos órgãos judiciais. II – A autonomia organizacional e administrativa é garantida por meio de uma série de competências privativas conferidas aos órgãos judiciais. A Constituição de 1988 dotou os tribunais de um poder de autogoverno consistente na eleição de seus órgãos diretivos, elaboração de seus

⁷² HIGA, Flávio da Costa. Op. cit.

⁷³ AFONSO, Orlando Viegas Martins. *Poder judicial: independência e dependência*, Livraria Almedina, Coimbra, 2004, p. 92-95.



PROCESSO Nº TST-ArgInc-696-25.2012.5.05.0463

regimentos internos, organização de suas secretarias e serviços auxiliares e dos juízos que lhes forem vinculados, no provimento dos cargos de magistrados de carreira da respectiva jurisdição, bem como no provimento dos cargos necessários à administração da Justiça (CF, art. 96, I)⁷⁴.

Poder-se-ia defender a constitucionalidade do dispositivo ao fundamento de que o art. 96, I, "a" ressalva as "*normas de processo e das garantias processuais das partes*", de forma que a edição de súmulas, por se tratar de atividade dotada de tal natureza, ficaria submetida à reserva legal da União (CF, 22, I). Porém, o argumento não é novo e nem é bom.

Não é bom porque fosse realmente processual a matéria, de competência privativa da União, não faria sentido que a legislação processual civil delegasse aos regimentos dos tribunais o estabelecimento da forma e a fixação de pressupostos para a edição de súmulas de jurisprudência dominante (CPC, 926, §1º). E também não é novo, porque a Suprema Corte já delimitou com clareza a fronteira entre a atuação das normas internas dos tribunais e as normas de direito processual, conforme se infere da seguinte ementa:

Com o advento da Constituição Federal de 1988, delimitou-se, de forma mais criteriosa, o campo de regulamentação das leis e o dos regimentos internos dos tribunais, cabendo a estes últimos o respeito à reserva de lei federal para a edição de regras de natureza processual (CF, art. 22, I), bem como às garantias processuais das partes, 'dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos' (CF, art. 96, I, a). São normas de direito processual as relativas às garantias do contraditório, do devido processo legal, dos poderes, direitos e ônus que constituem a relação processual, como também as normas que regulem os atos destinados a realizar a *causa finalis* da jurisdição. (STF-ADI-2970, Tribunal Pleno, rel. min. ELLEN GRACIE, DJ 12.5.2006) (Sem destaques no original)

⁷⁴ MENDES. Gilmar Ferreira. STRECK. Lênio Luiz. Comentários ao art. 96. In: CANOTILHO. José Joaquim Gomes *et all.* *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Livraria Almedina/Editora Saraiva/IDP, 2013, p. 1332.



PROCESSO Nº TST-ArgInc-696-25.2012.5.05.0463

Portanto, com exceção dos temas ligados *“às garantias do contraditório, do devido processo legal, dos poderes, direitos e ônus que constituem a relação processual, como também as normas que regulem os atos destinados a realizar a ‘causa finalis’ da jurisdição”* – do que, nem de longe, faz parte a edição de súmulas – tudo o mais é matéria regimental.

A Lei nº 13.467/2017, ao inserir entre os seus preceitos norma de caráter regimental, não foi precursora de uma inovação legislativa que teve sua inconstitucionalidade reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal. Por ocasião da promulgação do Estatuto da OAB (Lei 8.906/1994), havia em seu texto regramento que alterava a ordem de sustentação oral pelo advogado – permitindo que o fizesse somente após o voto do relator –, bem como estabelecendo tempo mínimo de 15 (quinze) minutos para a sua alocação (artigo 7º, IX)⁷⁵.

Questionada a regra perante a Suprema Corte, a ementa da decisão foi assim lavrada:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Inciso IX, do art. 7º, da Lei 8.906/94 (Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil), que pospõe a sustentação oral do advogado ao voto do relator. Liminar. Os antigos regimentos lusitanos se não confundem com os regimentos internos dos tribunais; de comum eles têm apenas o nome. Aqueles eram variantes legislativas da monarquia absoluta, enquanto estes resultam do fato da elevação do Judiciário a Poder do Estado e encontram no Direito Constitucional seu fundamento e previsão expressa. O ato do julgamento é o momento culminante da ação jurisdicional do Poder Judiciário e há de ser regulado em seu regimento interno, com exclusão de interferência dos demais Poderes. A questão está em saber se o legislador se conteve nos limites que a Constituição lhe traçou ou se o Judiciário se manteve nas raias por ela traçadas, para resguardo de sua autonomia. Necessidade do exame em face do caso concreto. A lei que interferisse na ordem do julgamento violaria a independência do judiciário e sua conseqüente autonomia. Aos

⁷⁵ Art. 7º São direitos do advogado: [...] IX - sustentar oralmente as razões de qualquer recurso ou processo, nas sessões de julgamento, após o voto do relator, em instância judicial ou administrativa, pelo prazo de quinze minutos, salvo se prazo maior for concedido;



PROCESSO Nº TST-ArgInc-696-25.2012.5.05.0463

tribunais compete elaborar seus regimentos internos, e neles dispor acerca de seu funcionamento e da ordem de seus serviços. Esta atribuição constitucional decorre de sua independência em relação aos Poderes Legislativo e Executivo. Esse poder, já exercido sob a Constituição de 1891, tornou-se expresso na Constituição de 34, e desde então vem sendo reafirmado, a despeito, dos sucessivos distúrbios institucionais. A Constituição subtraiu ao legislador a competência para dispor sobre a economia dos tribunais e a estes a imputou, em caráter exclusivo. Em relação à economia interna dos tribunais a lei é o seu regimento. O regimento interno dos tribunais é lei material. Na taxinomia das normas jurídicas o regimento interno dos tribunais se equipara à lei. A prevalência de uma ou de outro depende de matéria regulada, pois são normas de igual categoria. Em matéria processual prevalece a lei, no que tange ao funcionamento dos tribunais o regimento interno prepondera. Constituição, art. 5º, LIV e LV, e 96, I, a. Relevância jurídica da questão: precedente do STF e resolução do Senado Federal. Razoabilidade da suspensão cautelar de norma que alterou a ordem dos julgamentos, que é deferida até o julgamento da ação direta. (STF, ADI 1105 MC, Tribunal Pleno, rel. min. PAULO BROSSARD, DJ 27-04-2001) (Sem destaques no original)

A autonomia administrativa dos tribunais é condição republicana *sine qua non*, sobre a qual não cabe nenhuma espécie de tergiversação. Da decisão acima transcrita, oportuno rememorar a admoestação do Min. Paulo Brossard, para quem *"ou o Judiciário é um dos Poderes da Nação, como proclama o art. 2º da Constituição, cuja independência é por ele afirmada, e, em consequência, tem uma área de privacidade indevassável, de que ele cuida em seu regimento interno, ou a cláusula constitucional, explícita desde a Constituição de 34, não passaria de ornamento inútil, a lembrar essas flores de cera que, cuidando imitar a natureza, mal enfeitam salas e escritórios."*⁷⁶.

Por tais fundamentos, correta a assertiva de Castelo quando afirma que *"é absolutamente inconstitucional o regramento da alínea f) do inciso I e nos §§ 3º e 4º do art. 702 da CLT posto que impede o exercício e o funcionamento regular da*

⁷⁶ STF, ADI 1105 MC, Tribunal Pleno, rel. min. PAULO BROSSARD, DJ 27-04-2001.



PROCESSO Nº TST-ArgInc-696-25.2012.5.05.0463

atividade jurisdicional (incisos XXXV, XXXVI, LIV e LV do art. 5º da CF) e atenta contra a autonomia do Poder Judiciário.”⁷⁷.

O artigo 702, I, alínea “f” e seu § 3º padecem, pois, de vício de inconstitucionalidade, não apenas por violar o art. 2º, mas também os artigos 96, I, “a” e 99, *caput*, da Constituição Federal. A afronta é gritante e insanável, a ponto de não ser possível lançar mão de técnica de “interpretação conforme a Constituição”⁷⁸ a fim de conferir ao texto questionado alguma exegese viável. A doutrina bem adverte que aludida técnica não outorga aos tribunais o poder de proceder “à melhoria ou ao aperfeiçoamento da lei”⁷⁹. Por consequência, o dispositivo é irremediavelmente inconstitucional, pois a lei não pode ditar aos tribunais o modo de regular internamente a edição de suas súmulas.

2.3 PRONÚNCIA DE INCONSTITUCIONALIDADE. EFEITOS NO CASO CONCRETO. OBSERVÂNCIA DAS DIRETRIZES REGIMENTAIS

A pronúncia de inconstitucionalidade da norma jurídica em testilha não é suficiente para possibilitar, *ipso facto*, a edição ou revogação de súmulas do Tribunal Superior do Trabalho.

⁷⁷ CASTELO, Jorge Pinheiro. Comentários específicos dos artigos da Lei n. 13.467/2017 e da Medida Provisória n. 808/2017 referentes ao direito processual (e de direito processual material): XI Súmulas (art. 702 da CLT)”. In: *Panorama geral da reforma trabalhista: aspectos de direito processual*, v. II. São Paulo: Ltr, 2018, p. 92-93

⁷⁸ A toda evidência, não se desconhece que a técnica de interpretação conforme é menos traumática e bastante salutar, sempre que possível. Como ensina Cooley: “*The court, if possible, must give the statute such a construction as will enable it to have effect.*”. (COOLEY, Thomas M. *A Treatise on the Constitutional Limitations – Which Rest Upon the Legislative Power of the States of the American Union*. New Jersey: The Lawbook Exchange, Ltd., 2012, p. 24).

⁷⁹ “As ‘decisões fundamentais do legislador’, as suas valorações e os objetivos por ele almejados estabelecem também um limite para a interpretação conforme à Constituição. Não se deve conferir a uma lei com sentido inequívoco significação contrária, assim como não se devem falsear os objetivos pretendidos pelo legislador. O princípio da interpretação conforme à Constituição não contém, portanto, uma delegação ao Tribunal para que proceda à melhoria ou ao aperfeiçoamento da lei. Qualquer alteração do conteúdo da lei mediante pretensa interpretação conforme à Constituição significa uma intervenção mais drástica na esfera de competência do legislador do que a pronúncia de nulidade, uma vez que esta assegura ao ente legiferante a possibilidade de imprimir uma nova conformação à matéria”. (MENDES, Gilmar Ferreira. Controle de Constitucionalidade na Alemanha. In: *R. Dir. Adm.*, Rio de Janeiro, 193:13-32, jul./set. 1993, p. 24)



PROCESSO Nº TST-ArgInc-696-25.2012.5.05.0463

Alijado o dispositivo, a edição de súmulas deverá perfilhar-se aos requisitos delineados pelo Regimento Interno, nos termos do art. 926, §1º do CPC, de aplicação subsidiária (CLT, 769) e supletiva (CPC, 15) ao Direito Processual do Trabalho.

Ocorre que a redação atual do Regimento Interno do Tribunal Superior do Trabalho incorporou as exigências constantes da norma combatida, conforme art. 75, VII do Regimento Interno, *verbis*:

Art. 75. Compete ao Tribunal Pleno:

VII - estabelecer ou alterar súmulas e outros enunciados de jurisprudência uniforme, pelo voto de pelo menos 2/3 (dois terços) de seus membros, caso a mesma matéria já tenha sido decidida de forma idêntica por unanimidade em, no mínimo, 2/3 (dois terços) das turmas, em pelo menos 10 (dez) sessões diferentes em cada uma delas, podendo, ainda, por maioria de 2/3 (dois terços) de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de sua publicação no Diário Oficial.

Ademais, o Regimento Interno possui nada menos do que 4 (quatro) disposições a aludirem ao artigo 702, I, alínea "f" da CLT como ferramenta válida e necessária à padronização de entendimentos, senão vejamos:

Art. 169. A uniformização da jurisprudência reger-se-á pelos arts. 702, I, f, 896-B e 896-C da CLT, pelos preceitos deste Regimento e, no que couber, pelos arts. 926 a 928, 947, 976 a 987 e 1.036 a 1.041 do CPC.

Art. 172. Para efeito do disposto nos arts. 702, I, f, 894, II, e 896, a e b e §§ 7º e 9º, da CLT, a jurisprudência predominante do Tribunal Superior do Trabalho será consolidada em súmula ou em tese jurídica firmada nos incidentes de recursos repetitivos, de assunção de competência e de resolução de demandas repetitivas.

Art. 177. O projeto de edição de súmula deverá atender ao disposto no art. 702, I, f, da CLT.



PROCESSO Nº TST-ArgInc-696-25.2012.5.05.0463

Art. 180. A proposta de edição de nova orientação jurisprudencial do Órgão Especial e da Seção Especializada em Dissídios Individuais, bem como de precedentes normativos do Tribunal, deverá atender aos requisitos previstos no art. 702, I, f, da CLT⁸⁰.

Assim, como o caso não é de declaração de inconstitucionalidade por arrastamento (técnica própria do controle concentrado de constitucionalidade), ainda mais quando o Tribunal Superior do Trabalho tem legitimidade constitucional para elaborar seu Regimento interno e a ele se vincula, enquanto prevalecerem as regras regimentais atuais, permanece intacta a obrigatoriedade de se seguir o iter procedimental introduzido pela Lei 13.467/2017 e reproduzido em norma interna.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros do Tribunal Superior do Trabalho, por maioria, admitir parcialmente a Arguição de Inconstitucionalidade, não o fazendo quanto ao § 4º, do art. 702 da CLT e, no mérito, declarar a inconstitucionalidade do art. 702, I, alínea "f" e § 3º da CLT, por violação aos artigos 2º, 96, I, "a" e 99 da Constituição Federal, nos termos da fundamentação.

Encaminhe-se cópia do presente acórdão à Comissão de Regimento Interno, para que avalie a conveniência e oportunidade de elaborar Proposta de Emenda Regimental (RITRT, 58 c/c 352, I) a ser deliberada por este Tribunal Pleno (RITST, 68, §1º), a respeito da edição e revogação de súmulas e orientações jurisprudenciais.

Brasília, 16 de maio de 2022.

⁸⁰ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho (TST). *Regimento Interno do Tribunal Superior do Trabalho*: aprovado pela Resolução Administrativa nº 1.937, de 20 de novembro de 2017. -- Brasília: Tribunal Superior do Trabalho, 2017.

Firmado por assinatura digital em 17/05/2022 pelo sistema Assinejus da Justiça do Trabalho, conforme MP 2.200-2/2001, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira.



PROCESSO Nº TST-ArgInc-696-25.2012.5.05.0463

Firmado por assinatura digital (MP 2.200-2/2001)

AMAURY RODRIGUES PINTO JUNIOR
Ministro Relator

Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico <http://www.tst.jus.br/validador> sob código 10049B719335715892.