

A sentença normativa e o ordenamento jurídico

(Perspectiva político-constitucional)

PAULO EMÍLIO RIBEIRO DE VILHENA

Advogado em Belo Horizonte. Prof. da
UFMG. Juiz Aposentado do TRT da 3.^a
Região.

1. Jurisdição e legislação

1.1 Admitido, na provocação jurisdicional, para a formação da sentença normativa, um direito potestativo — cujo exercício se pode limitar (prazo de um ano, para as revisões, a teor do art. 873) em razão da cláusula *rebus sic stantibus* compreendida na natureza do ato-contínuo do contrato de trabalho e nas modificações das condições sócio-econômicas em que se assenta ele —, conclui-se que o interesse de categoria, para juridicizar-se, há de reunir determinadas condições conflitantes, que autorizem o movimento da máquina judiciária.

Com isso, a formação da lei de grupo, que é a sentença normativa, como a definimos, se processa através de um poder criado e aparelhado, na organização estatal, para o exercício de funções historicamente específicas, que é a jurisdicionalidade e não a legislação.

A assimilação, no Poder Judiciário, de uma função até então estranha às suas finalidades específicas, carrou-lhe a ampliação do conceito. Além da

atividade aplicadora do direito, de que se incumbem, viram-se, de repente, os órgãos da jurisdição cumulados da arte de criá-lo. Não a criação acessória, a que dá vida à *equidade*, à *integração*, como formas individuais de revelar-se o direito. Aqui, a função jurisdicional cria, mas subsidiariamente. Anda em função da realização do direito, em face de exigências de um caso concreto (1).

Nas sentenças normativas, foi-se um pouco além. Se o Estado atua provocado pelas partes — pois o juiz age de ofício — salvo exceções expressas (CLT, art. 856) e no suposto de que houve pretensão (2) à tutela jurisdicional das entidades de classe interessadas e conflitantes, o faz, porém, com o fim de criar-se a norma e não de aplicar norma existente e menos ainda de revelar, *integrando*, direito vigente.

No plano político-jurídico a função revela-se tipicamente jurisdicional, em que o juiz atua como força realizadora do ordenamento jurídico e não como órgão elaborador de normas.

O critério formal, que a doutrina usou largamente para a conceituação do ato jurisdicional, como se vê em CARRÉ DE MALBERG, KELSEN, JAPIOT e JÈZE (3), distingue-se em que é praticado, através de atos característicos em sucessão contraditória, por um órgão especializado, que se instituiu para esse fim na pessoa do juiz ou dos Tribunais. A par, sobressaem teorias que vêem na jurisdição peculiaridades de estrutura, como a de DUGUIT ou a de HAURIU, em que ele se verifica ou nas *lesões* a direito ou para *resolver um litígio* (4).

A estreiteza desses conceitos consiste em que as escolas que classificam o ato jurisdicional através de critérios formais ou materiais puros como que isolam o conteúdo do ato dos centros de irradiação jurídica, onde se dá ele. A coisa é como que fundada só na relação entre elementos intrínsecos do ato.

Percebendo isso, as escolas processualistas evoluíram para outro campo, como que ligando o ato jurisdicional ao ordenamento jurídico, em face de outras formas ontológicas pelas quais atua.

Sem se ultrapassarem os critérios anteriores, foi o teleológico da finalidade do ato, que acabou por empolgar a mais sadia doutrina processualista.

(1) ALSINA, Hugo. *Tratado Teórico Prático de Derecho Procesal Civil y Comercial*. Ed. Ediar, Buenos Aires, 1956, p. 26, letra a.

(2) A pretensão "qui est une condition nécessaire de l'intervention du juge, demeure, en effet, extérieure à l'acte juridictionnel" (CUCHE, Paul et VINCENT, Jean. *Procédure Civile et Commerciale*. Dalloz, Paris, 1960, p. 56).

(3) COUTURE, Eduardo. "El concepto de Jurisdicción Laboral", in *Estudios de Derecho del Trabajo en Memoria de Alejandro M. Unsain*. Ed. Ateneo, Buenos Aires, 1958, p. 72, nota 19; CUCHE, Paul et VINCENT, Jean. *Procédure Civile et Commerciale*. Dalloz, Paris, 1960, p. 53; SCHÖNKE, Adolfo. *Derecho Procesal Civil*, p. XV, p. 8; REZENDE FILHO, Gabriel. *Direito Processual Civil*, Ed. Saraiva, S. Paulo, 1954, 4ª ed., vol. I, pp. 98 e ss., com excelente resumo das teorias explicativas de jurisdição; MALBERG, Carré de. *Teoria General del Estado*, Fondo de Cultura Económico, México, 1948, p. 714, n. 265 e p. 716, n. 266.

(4) CUCHE et VINCENT, *idem, idem*, pp. 55 a 57.

Visa ele a realizar o direito objetivo ou a que se lhe respeite a incidência, conforme se vê em PONTES DE MIRANDA (5), em JOÃO MONTEIRO, LOPES DA COSTA, ALSINA, HÉLIO TORNAGHI, COSTA CARVALHO, COUTURE (6), ou com o fim de *verificar situações jurídicas*, tese sustentada por CUCHE e VINCENT (7). Sua caracterização foi isolada por CHIOVENDA como atividade substitutiva. Ponto de partida extraordinariamente rico, de sabor histórico-teleológico, que assumiu posição preeminente na escola italiana do processo (8).

Se, pois, num sentido restrito, se pode definir a jurisdição como a atividade do Estado que tem por finalidade aplicar leis, através de processo especial, essa aplicação, em virtude do princípio de que o juiz não age de ofício, se dá em casos concretos. Sua característica de substitutividade aparece como explicação histórica, que contribui para a elucidação de seu conteúdo. Se a finalidade estrita do processo é a coisa julgada (9), somente volta aquela a confundir-se com uma das finalidades cardiais do direito, que é a segurança social pela segurança jurídica. Se se fixa a vontade da lei no caso concreto, o há de ser tão permanentemente como da natureza abstrata da lei mesmo. Aliás,

- (5) PONTES DE MIRANDA. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2ª ed., Ed. Forense, 1958, Tomo I, nº III, p. 18; *Comentários à Constituição de 1946*, 2ª ed., Ed. Max Limonad, 1953 Tomo I, p. 115, nº 101.
- (6) MONTEIRO, João. *Teoria do Processo Civil*. 6ª ed., Ed. Borsoi, Rio de Janeiro, 1956, Tomo I, p. 126; LOPES DA COSTA. *Manual Elementar de Direito Processual Civil*. Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1956, p. 23; *idem* *Direito Processual Civil Brasileiro*. Ed. Forense, 2ª ed., vol. I, p. 54; ALSINA, ob. cit., p. 23: "el Estado no se limita a establecer el derecho, sino que garantiza su cumplimiento, y éste es el contenido de la función jurisdiccional"; TORNAGHI, Hélio. *Instituições de Processo Penal*. Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1959, vol. II, pp. 208 a 211: "a função jurisdiccional aparece, já no afirmar a existência da vontade da lei, já no torná-la praticamente efetiva"; COSTA CARVALHO. *Direito Judiciário Civil*, 3ª ed., Ed. Coelho Branco, Rio de Janeiro, 1949, vol. I, p. 191; COUTURE. *Estudios...* p. 82, n. 18: "El fin de la jurisdicción es asegurar la efectividad del derecho".
- (7) CUCHE et VINCENT, ob. cit., p. 59: "Le critère téléologique fondé sur le but de la fonction juridictionnelle, ce but étant d'operer la vérification des situations juridiques à l'aide d'une constatation qui constitue, à elle seule, l'acte juridictionnel".
- (8) CHIOVENDA. *Instituições de Direito Processual Civil*. Editora Saraiva, S. Paulo, 1943, vol. II, p. 21: "a jurisdição dá-se como a substituição de uma atividade pública a uma atividade alheia"; vide ainda, D'AGOSTINO, Gracco. *Il processo collettivo del lavoro*. CEDAM, Padova, 1938, p. 170: "la caratteristica della funzione giurisdizionale sarebbe data dal fatto che l'organo giurisdizionale sostituisce la propria attività a quella dei privati". Não o achando suficiente, d'Agostino acresce: "Secondo il CHIOVENDA, in fatti la sostituzione si avrebbe nella attuazione di una volontà di legge; secondo ROCCO, ZANZUCHI, la sostituzione si avrebbe nella tutela di determinati interessi; secondo BETTI esercitando tale attività sostitutiva l'organo statale accetta come preesistente o manda ad effetto, un precetto della legge sostanziale concernente le parti interessate e statuento sopra loro rapporto; secondo il CALAMANDREI, l'elemento della sostituzione nella attività altrui deve combinarse con l'attuazione concreta di volontà di legge già nota prima del processo e che non sia indirizzata al giudice ma al soggetti del rapporto giuridico sottoposto a decisione" (p. 171).
- (9) COUTURE, Eduardo. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. 3ª ed. (póstuma), Ed. R. Depalma, B. Aires, 1958, p. 40.

o preceito, aí, é de fundo sociológico do direito, implantado na Constituição (art. 153, § 3º).

Vê-se que a relação íntima que flui do ordenamento jurídico para a jurisdição, como função específica, não pode disfarçar-se em definições enclausuradoras de seu conceito, demasiadamente estreito. Disso não andou despercebido ROSENBERG, quando, para além daquela finalidade estrita da jurisdição, lhe atribui outra e genérica, como a *atividade do Estado dirigida à realização do ordenamento jurídico* (10).

PONTES DE MIRANDA di-lo em outros termos: “na parte do direito público, tendente a subordinar os fatos da vida social à ordem jurídica (sociologicamente, o prover o bom funcionamento do processo de adaptação social, que é o direito), uma das funções é a da *atividade jurisdicional*” (11).

Quando o juiz julga por *equidade*, quando *integra* o direito ou *revela* às partes regra omissiva na lei, ainda aqui exerce atividade teleologicamente jurisdicional, que se assenta na natureza de sua função.

Seu ato visa, como o dissera HAURIUO, à solução de uma controvérsia e, antes dela, a dar efetivo curso a uma regra jurídica, que se criou para aquele caso. A eficácia do ato restringe-se aos termos concretos da controvérsia e, se *integrou* o direito ou *construiu* a norma, o fez sobretudo em reverência a preceito remanescente da função jurisdicional. Quando *interpreta sociologicamente* a lei, ainda permanece em seu círculo de função julgadora. Se a ultrapassa, dela, entretanto, partiu. Seu ato, como jurisdicional, atém-se ao círculo natural de incidência do ordenamento jurídico. A regra que elabora, para algum fato social, é regra construída de elementos jurídicos que, a despeito de não se aplicarem diretamente ao caso *sub judice*, são encontrados, todavia, pelo juiz, na confluência de princípios jurídicos atuantes nas formas hierárquicas originárias de manifestar-se o ordenamento jurídico (12).

Inda naqueles sistemas em que o magistrado parece, como entre os anglo-saxônicos e os norte-americanos, gozar de liberdade maior no poder de julgar, o *commom law* atende a determinados princípios gerais, amarra-se a precedentes, que jungem a atividade do julgador, restringindo-lhe sobremaneira a autonomia criadora. CARDOZO, em agudo lance de apreensão, diz que o *direito deve ser uniforme e imparcial, daí a adesão ao precedente* (13).

(10) ROSENBERG, Leo. *Tratado de Derecho Procesal Civil*. Ed. Europa-América, B. Aires, s/d, Tomo I, p. 45. Como finalidade restrita, diz o insigne tratadista alemão que “consiste preferentemente en la aplicación del derecho objetivo al caso concreto y es ejercida por los tribunales a petición de una parte” — p. 46.

(11) PONTES DE MIRANDA. *Comentários à Constituição de 1946*, cit., Tomo I, p. 115.

(12) Vide o excelente SA FILHO, Francisco. *Relações entre os Poderes do Estado*. Ed. Borsol, 1969, pp. 311 e segs.

(13) CARDOZO, Benjamin. *A Natureza do Processo e a Evolução do Direito*. Editora Nac. de Direito, 1966, pp. 63, 64, 68, 69 e 70; KELSEN acha, aliás, que o compromisso da continuidade é muito maior no regime do *common-law*: *La Idea del Derecho Natural y Otros Ensayos*, p. 228.

Quer construindo, quer *interpretando*, seja através da precedência do *judge-made law*, seja de faculdades criadoras típicas, a que a lei brasileira chama positivamente *equidade* (CPC, art. 127) ou indo a fontes estranhas à lei mesma (como os *costumes*, os *princípios gerais*, ou através dela, a *analogia* — Introdução ao Código Civil, art. 4.º), o juiz subordina-se a determinados fundamentos filosófico-jurídicos que presidem à criação das leis, tais como o princípio do menor arbítrio, a igualdade jurídica, a segurança nos efeitos, e o que STAMMLER chamou universalmente de incidência indiscriminada, através da qual *nenhuma partícipe da comunidade jurídica seja dela arbitrariamente excluído* (14).

Esse o conceito de jurisdição, de ato jurisdicional, que situa o juiz em posição dinâmica de *realizador do ordenamento* jurídico, no dizer de ROSENBERG, ou agente de subordinação dos fatos sociais do direito (PONTES DE MIRANDA). Por ele, o juiz não só aplica a lei ao caso concreto, não só garante a efetividade do direito *objetivo* ou realiza, concretizando, o direito *subjetivo* (15), mas, sobretudo, atua em nome da ordem jurídica inteira, como estrutura normativa “posta”, o que lhe faculta maior campo de ação no fenômeno da juridicidade. Aliás, PONTES DE MIRANDA, bem penetrando a profundidade do fenômeno da atividade jurisdicional, entende que a *subordinação* do juiz é subordinação ao direito e não à lei. Nessa mesma acepção encontra-se HANS NAWIASKI e farta doutrina alemã (16).

A atividade jurisdicional passa a relacionar-se com os círculos fundamentais da criação e da afirmação jurídicas, das quais o juiz é um dos mais ativos agentes (17).

Apoiado, todavia, diretamente nos centros básicos da irradiação jurídica, o Poder Judiciário viu-se apanhado no torvelinho da edição de regras abstratas, permanentes, com sabor de verdadeiras leis materiais. O salto foi extraordinário. Deixou-se o princípio da concretividade, que marca a eficácia individualizada da sentença. Ainda quando o Judiciário pronuncia inconstitucional-

(14) GOLDSCHMIDT, James. *Problemas Generales del Derecho*. Ed. Depalma, B. Aires, 1944, p. 37.

(15) LOPES DA COSTA, Alfredo Araújo. *Manual Elementar de Direito Processual Civil*. Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1956, p. 23.

(16) “Teremos ensejo de ver que a subordinação é ao direito e não à lei, por ser possível a lei *contra* o direito. Aliás, já temos tratado largamente, desde 1922, da insubsistência das leis intrinsecamente incompatíveis com princípios iminentes à ordem jurídica” (*Coments. à Const...*, Tomo II, pp. 437 e seqs.) para afirmar, logo adiante: “não podem ser coextensivas a ordem jurídica e a lei (p. 438); vide PINTO ANTUNES, J. *Da Limitação dos Poderes*. Belo Horizonte, 1955, p. 67; NAWIASKY, Hans. *Staatstypen der Gegenwart*. St. Gallen, Fehr’sche Buchhandlung, 1934, S. 36; BERNHARDT, W. *Das Zivilprozessrecht*. 3. Auflage, Berlin, Walter de Gruyter & Co., 1968, S. 70, 2, a e b; SAUER, Wilhelm. *Allgemeine Prozessrechtslehre*. Berlin-München, Carl Heymanns Verlag K. G., 1951, S. 17, N. 11. Aliás, o preceito está contido no art. 97, I, da Lei Fundamental de Bonn: Die Richter sind unabhängig und nur dem Gesetz unterworfen: GG, art. 97, 1. Satz.

(17) Vide LA MORANDIERE, Léon Julliot de; ESMEIN, Paul; LÉVY-BRUHL, Henri et SCHELLE, Georges. *Introduction a l’Étude du Droit*. Ed. Rousseau, Paris, 1951, Tome I, p. 16.

dade de lei ordinária — que é ato declaratório legislativo negativo —, seu comando dirige-se às pessoas diretamente a ele vinculadas na relação jurídica processual, titulares do direito subjetivo, da pretensão e da ação⁽¹⁸⁾. Não se pronunciou em tese. E tanto assim é que, declarada a inconstitucionalidade, é ao Senado, órgão do Legislativo, que incumbe “suspender a execução, no todo ou em parte, de lei” pelo Supremo Tribunal acoimada do vício maior (Constituição, art. 42, nº VII)⁽¹⁹⁾.

Em face do desdobramento da atividade do juiz, para funções que mais se entendem com a criação pura do direito, sem reservas procedimentais confinadas na estreiteza da lide individual, a doutrina apanhou-lhe um conceito mais amplo ainda de *jurisdição*, como *qualquer forma de produção do direito obtida pela colaboração entre o juiz e as partes*⁽²⁰⁾. Quando CARNELUTTI assim a definiu, o fez pressionado pelas formas judiciais de se produzirem regras jurídicas abstratas, com eficácia plurivalente, em que se alteiam métodos inteiramente inovadores na técnica construtiva do Estado.

O Poder Judiciário, além da função declarativa, da função de aplicação de normas existentes, ou da atividade integradora do ordenamento, passou a concorrer excepcionalmente com o Legislativo, em alguns setores, na edição de regras abstratas⁽²¹⁾.

Editar normas, ato legiferante e diverso do da técnica específica de revelação do direito, que é função precípua, característica do Poder Judiciário, se praticado pela Justiça do Trabalho, não extralimita as condicionantes do § 1º do art. 142 da Constituição federal. Há permissibilidade de regra constitucional⁽²²⁾.

Na verdade, a Justiça do Trabalho edita regra jurídica abstrata; mas a normação, o enriquecimento normativo de um ordenamento, em suas linhas básicas, para construir-se harmoniosamente, há de ser cometido a um órgão estatal, estruturado com essa finalidade (a de compor leis), em competência qualitativamente específica, mas quantitativamente ampla, formalmente armado para isso, como se infere das regras entrelaçantes dos arts. 8º, nº XVII, 43, nº IX, 46 e ss. e 56 e ss. da Constituição federal. O princípio, o primado da lei, a hierarquia legislativa, como se verá adiante, preservaram-se no § 1º do art. 142 da Carta Magna.

(18) SA FILHO, Francisco. *Relações entre os Poderes do Estado*. Ed. Borsoli, 1959, pp. 294 e segs.; LOURENÇO JÚNIOR. *O controle da Constitucionalidade das Leis*. Ed. M. Limonad, S. Paulo, 1957, pp. 79 ss.

(19) A doutrina chama a isso eficácia relativa da sentença que declara a inconstitucionalidade. Vide GHIGLIANI, Alejandro E. *Del Control Jurisdiccional de Constitucionalidad*. Ed. R. Depalma, B. Aires, 1952, p. 97, n. 3.

(20) CARNELUTTI, Francisco. *Teoría General del Derecho*. Rev. de Derecho Privado, Madrid, 1955, p. 86.

(21) SA FILHO. Ob. cit., pp. 322 e segs.

(22) PONTES DE MIRANDA. *Comentários à Constituição de 1946* — Ob. cit., T. III, p. 153; *idem* CAVALCANTI, Themístocles. *A Constituição Federal Comentada*. Ed. José Konfino, Rio de Janeiro, 1952, vol. II, pp. 404 e segs.; MAXIMILIANO, Carlos. *Comentários à Constituição de 1946*. Ed. Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 1954.

A despeito do avanço da função jurisdicional, desde a dogmática dos juriconsultos às escolas da livre revelação, desde a criação individuada à edição de norma abstrata, o Poder Judiciário encontrou, amadurecida, realizando fins editivos gerais, como atividade fundamental na armação jurídica do Estado, a elaboração formal aprimorada de leis gerais, abstratas e permanentes, para toda a comunidade social, através do Poder Legislativo (23).

1.2 Histórica e tecnicamente, a legislação precedeu à jurisdição. No Estado moderno, quando o juiz julga, seu ato só se explica na existência de um direito objetivo. E a ele, juiz, não incumbe sua criação. Se o cria agora, em determinados ramos do direito, atendendo a peculiaridades de situações conflituais, elabora-o, porém, excepcionalmente.

Quando se encaminham as entidades de classe, como os sindicatos, para as portas do Judiciário, fundadas num direito público subjetivo de ação, que lhes legitima a pretensão — e que se circunscreve na faculdade de constranger aquele Poder a manifestar-se sobre pedido de novas condições juridicizáveis de trabalho —, encontram elas um órgão adequadamente armado para recebê-las, para captar-lhes as linhas fáticas da controvérsia, como conteúdo da *lide coletiva*. É órgão eminentemente judicial. Sua natureza, sua função histórica dizem-no.

Ao editar, porém, esse órgão a regra pedida pelas partes a nível coletivo, se as agasalhou através de procedimentos normais seus, já excepcionalmente elabora um ato de disposição geral, de *conteúdo normativo*: a lei de grupo. Raciocinamos em termos de jurisdicionalidade latina e germânica, em que as regras abstratas de direito se constroem nos Parlamentos e constituem a espinha dorsal da atividade aplicadora do juiz. Há preeminência de atividade legislativa sobre atividade jurisdicional e não formação autônoma de regra pelo juiz, em detrimento do *statute law*, ou *paralelamente a ele* (24), como entre os anglosaxônicos.

Se o Tribunal *edita* regra abstrata, na sentença normativa, há de exercer mandamento constitucional que lhe faculte. Além de desincumbir-se de função, que não é técnica e especificamente sua, usurpa-a a outro poder, o Legislativo, que a realiza normalmente e para a qual foi criado.

Por isso, não se pode, aí, fugir ao conceito de Estado moderno, que traz consigo a construção harmoniosa e incidível de ordenamento jurídico. Trata-se de verdadeiro sistema rotativo sucessivo de criação e realização de regras jurídicas. Aqui, encontram-se as funções jurisdicional e legislativa em permanente

(23) "Aliás, quando o Estado administra justiça, o poder que ele exerce, por meio de seus órgãos judiciais, não se funda em qualquer prioridade conceptual. Antes dessa função, já exerceu outra, que também só lhe cabe em parte, e se exaure antes dessa, a legislativa, a que bastam as noções de *regra jurídica* e *incidência*. A função jurisdicional, a ação em juízo e os remédios processuais vêm depois, ocasionalmente; vêm após a formação dos direitos subjetivos, das pretensões e das ações (em sentido de direito material). No plano, já posterior, da função jurisdicional, é indiferente aos olhos da ciência, que se trate primeiro da jurisdição, ou do pedido das partes", PONTES DE MIRANDA. *Coments.*, cit., p. 19.

(24) SA FILHO, ob. cit., p. 312.

vir-a-ser, constituindo a dinâmica do ordenamento (25). Às ordens inferiores antepõem-se as ordens superiores, cuja preeminência se assenta em critérios de validade, ora formal, ora material (26).

Pergunta-se, onde a realidade última, que, na técnica jurídica, estrutura a legitimidade do ordenamento. Onde se validam as regras jurídicas, as que garantem a positividade do direito?

A dinâmica jurídica, ainda quando se acione no menor ato jurídico individual, implica a existência de um sistema geral, *de positividade*, que pressupõe coordenação e subordinação das regras de direito e sua eficácia. O axioma vem de CARLOS COSSIO (27).

O direito, segundo Kelsen, regula os processos de sua criação. A vida do direito ao direito pertence. Há exemplo disso na estrutura do ordenamento jurídico brasileiro (Constituição federal, arts. 47-49).

Ao criticar, aliás, construtivamente, a teoria da jurisprudência analítica de AUSTIN, que acoimou de estática, o ilustre chefe da Escola de Viena diz, textualmente:

“El derecho, a diferencia de todo otro sistema de normas, regula su propia creación. Un análisis del derecho positivo muestra que el procedimiento por el cual se crea una norma jurídica está regulado por otra norma jurídica. En rigor, frecuentemente, otras normas determinan no solo el procedimiento de creación sino también, en mayor o menor extensión, el contenido de la norma a crearse” (28).

Seria antecipar nossas pesquisas encontrar perfeito atendimento ao postulado do jurista vienense no concernente à sentença normativa, em face do direito brasileiro. Na realidade, como vimos a princípio, a Constituição federal,

(25) Temo-nos omitido da função executiva porque a entendemos perfeitamente abstraível no curso de nosso escopo, nesse trabalho, que é o de fixar o grau de legisfêrancia da sentença normativa e sua posição hierárquica no ordenamento. A função executiva ou, melhor, administrativa, define-se por exclusão das demais — a legislativa e a jurisdicional — e, ainda que assim não fosse, é, segundo GABINO FRAGA, aquela “que el Estado realiza bajo un orden jurídico, y que consiste en la ejecución de actos materiales, o de actos que determinan situaciones jurídicas para casos individuales” (FRAGA, Gabino. *Derecho Administrativo*. 7ª ed., Ed. Porrúa, México, 1958, p. 62, nº 49, onde o autor a distingue das outras funções, com clareza e precisão).

(26) “Entre la création du droit (Rechtserzeugung) par la loi et l'application du droit (Rechtswendung) par un acte juridique il n'y a qu'une différence de degré et non de nature”: DU PASQUIER, Claude. *Introduction à la Théorie Générale et à la Philosophie du Droit*. Ed. Delachau & Niestlé, Paris, s/d, p. 100. “El orden jurídico está constituido por una unidad jerárquica de normas de derecho”: LEGAZ Y LACAMBRA, Luis. *Horizontes del Pensamiento Jurídico — Estudios de Filosofía del Derecho*. Bosch Ed., Barcelona, 1947, p. 9; idem Kelsen, Hans. *La Idea del Derecho Natural e Otros Ensayos*. Ed. Losada, B. Aires, 1946, pp. 227 e segs.

(27) “Un caso siempre se resuelve por la totalidad del ordenamiento y nunca por una sola de sus partes, tal como todo el peso de una esfera gravita sobre la superficie que lo soporta, aunque sea uno solo el punto por el que toma contacto” — Cf. TORRE, Abelardo. *Introducción al Derecho*. Ed. Perrot, B. Aires, 1957, p. 210, n. 1.

(28) Kelsen, ob. cit., pp. 227 e 226.

pelo seu art. 142, § 1º, além de determinar o processo de se criarem regras grupais, nas sentenças normativas, fixa-lhes, pela lei ordinária, o conteúdo. Daí a validade *formal* e a validade *material* da sentença normativa (29). E ninguém mais está obrigado a respeitar essa hierarquia das normas do que o Poder Judiciário, encarregado, até, pela Constituição, de impô-las aos demais Poderes, nos casos de sua competência (30).

No ápice do ordenamento, a regra constitucional representa a fonte última e primeira de criação jurídica, legitimando as demais (31).

Eis aí onde se podem localizar as sentenças normativas, não apenas como conteúdos jurídicos, cujo campo de irradiação interior se encontra diretamente limitado pela Constituição que o delegou à lei ordinária, ou por esta também como atividade formal dos órgãos da Justiça do Trabalho, cujas lindes competenciais se acham no § 4º do art. 141 da mesma Carta. A validade *formal* das sentenças normativas transpira desse inciso para a lei ordinária, corroborada à viva força no texto do art. 142, § 1º. Há criação e limitação de competência específica. No § 1º do art. 142, completa-se a Constituição, para preencher-lhes a *forma*, ditando a validade *material*, cujo conteúdo, porém, se *especificará* na lei. A *especificação dos casos* não vem da Constituição, mas virá da lei, em um ou em outro sentido obstativo ou limitativo.

Casos haverá em que a lei ordinária exclua fatos da jurisferência das sentenças normativas, porque sua a preferência editiva. Aquele que *especifica*, ou retira ou põe.

“A lei especificará as hipóteses em que as decisões, nos dissídios coletivos, poderão estabelecer normas e condições de trabalho” (Const., art. 141, § 1º).

A determinado *suporte fático* pode vedar a lei o juridicize a sentença normativa, envolvendo-o em efeitos jurídicos, isto é, transformando-o em *suposto jurídico*, na técnica de GARCIA MAYNES (32).

Se a Constituição de 1946 incorporou ao Poder federal a Justiça do Trabalho e se lhe atribuiu os fundamentos da competência para resolver determinado tipo de conflitos sociais — que definiu, como os do trabalho, regidos por legislação especial —, já a distribuição dessa competência, como aptidão *formal*, e o seu conteúdo, com reflexos nas relações materiais das partes, re-

(29) “... una norma es válida, no solo cuando ha sido establecida por los órganos y con el procedimiento prescrito por otra norma superior (validez *formal*), sino también cuando su contenido encuadra en lo que dispone la norma fundante (validez *material*)”. TORRE, ob. cit., p. 212.

(30) PINTO ANTUNES, ob. cit., p. 69; vide CASTRO NUNES. *Do Mandado de Segurança*. 4ª ed., Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1954, pp. 103 ss.

(31) Define Kelsen a Constituição como “el conjunto de aquellas normas que determinan la creación y, ocasionalmente, en cierta medida, el contenido de las normas jurídicas generales que a su vez gobiernan normas individuales, tales como las sentencias judiciales” (ob. cit., p. 228).

(32) GARCIA MAYNES, Eduardo. *Introducción al Estudio del Derecho*. Ed. Porrúa, México, 1955, p. 170.

servou-os à lei ordinária. O primeiro mandatário da regra constitucional ainda foi o legislador. Repetiu-a a Constituição de 1967 (com a Emenda nº 1, de 17 de outubro de 1969).

A técnica é perfeitamente consentânea com a posição hierárquica da lei, no ordenamento jurídico.

Na realidade, a fonte por excelência do direito é a lei. Nesta se reúnem as mais densas reservas elucubrativas do pensamento humano, no sentido de assegurar, a uma regra jurídica, maior soma de força legitimatória⁽³³⁾.

Autores há que justificam a primazia da lei, na natureza e constituição dos órgãos encarregados de sua edição como sua legitimidade *formal*⁽³⁴⁾. Sua projeção deve-se, histórica e politicamente, a um sentido afirmador da soberania popular nas assembléias legislativas em detrimento da autoridade central do rei, como se dera na Revolução Francesa. A necessidade de fortalecimento do órgão, como único representante da vontade popular, acabou por contaminar o próprio conceito dele emanado⁽³⁵⁾.

Definida, porém, a lei por seu *conteúdo*, *pela matéria de que é feita* no dizer de DE LA GRESSAYE e LABORDE LACOSTE, legitima-se a sua preeminência no fato de, tecnicamente, ter sido o meio mais garantido de o direito realizar o princípio da *maior segurança* e do *menor arbítrio*, ou no dizer do saudoso CARLOS CAMPOS, "o direito é o domínio do *máximo interesse*, e do *mínimo arbítrio* em razão de seu conteúdo de maior valor, e a sua técnica adequada de tradução e efetivação tem de ser a dogmática dos juristas"⁽³⁶⁾, isto é, o primado da lei. Pela *generalidade*, ela compõe hipóteses abstratas que se aplicarão uniformemente, com o menor risco da *exceção*⁽³⁷⁾. Na per-

(33) "En los países de derecho escrito, la legislación es la más rica y importante de las fuentes formales" — GARCIA MAYNES, ob. cit., p. 52; "La loi est, par excellence, la source du droit moderne — source à gros débit": DU PASQUIER, ob. cit., p. 58, n. 76; BADENES GASSET, Ramon. *Metodología del Derecho*. Ed. Bosch, Barcelona, 1959, pp. 283 e segs. Definem-na DE LA GRESSAYE et LABORDE-LACOSTE: "La loi est une règle de droit générale, abstraite et permanente, proclamée obligatoire par la volonté de l'autorité compétente, exprimée dans une formule écrite": BRETTE DE LA GRESSAYE, Jean et LABORDE-LACOSTE, Marcel. *Introduction Générale à l'Etude du Droit*. Rec. Sirey, Paris, 1947, p. 197; vide RAO, Vicente. *O Direito e a Vida dos Direitos*. Ed. Max Limonad, S. Paulo, 1952, vol. I, pp. 317 e segs.

(34) "A principal fonte de direito é a lei. Essa principalidade jurídica advém-lhe da maior visibilidade do órgão que a elabora — órgão que, através dos tempos, nem sempre é o mesmo e perde de despotismo à medida que se opera a evolução social": PONTES DE MIRANDA, *Comentários à Const.*, cit., T. II, p. 442. A frente, ensina o mesmo e douto PONTES DE MIRANDA: "tome-se a regra jurídica não elaborada por corpos estáveis, de origem popular, porque se teme o arbítrio" (ob. cit., T. IV, p. 74).

(35) DE LA GRESSAYE et LABORDE-LACOSTE, ob. cit.; MALBERG, Carré de. *Teoría General del Estado*. Fondo de Cultura Económico, México, 1948, pp. 249 e segs.

(36) Vide *Sociologia e Filosofia do Direito*. Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1934, p. 368.

(37) DE LA GRESSAYE e LABORDE-LACOSTE, ob. cit., p. 193; Kelsen descobriu-lhe, à lei, o conteúdo como "un juicio hipotético que atribuye una consecuencia determinada a una condición determinada", ob. cit., p. 217. A lei como juízo hipotético e *dever ser*, veja-se LEGAZ Y LACAMBRA, ob. cit., p. 9. Como regra geral: vide HAESAERT, J. *Théorie Générale du Droit*. Ed. Emile Bruylant, Bruxelles, 1948, pp. 411 e 412.

manência, atenua o grau de *incerteza* nos efeitos dos atos jurídicos, incerteza que conduziria fatalmente à negação do próprio direito, como técnica social de equilíbrio. Aqui se explica a evolução do direito, no sentido histórico da passagem gradativa do costume à lei (38).

Aliás, o ilustre Professor VICENTE RÁO, com muita precisão, nota que “as leis se classificam, *hierarquicamente*, segundo a maior ou menor *extensão de sua eficácia* e sua maior ou menor *intensidade criadora do direito*” (39).

Daí, retornamos ao ordenamento jurídico, como um conceito unitário, individual, no sentido de agregação dos fatores responsáveis pela criação do direito (40).

Na realidade, é pela lei que o Estado se arma e logra, através do princípio da coercibilidade ampla, realizar os fins sociais que reputa de sua missão histórico-sociológica (41).

1.3 Mais do que à natureza das funções, a criação de Poderes estatais autônomos e diversificados, para dar vida e escoamento às relações sociais juridicizáveis, se deveu à orientação política dominante nos fins do século XVII, com o extraordinário enriquecimento jurídico trazido pela escola clássica do direito natural à proteção dos direitos individuais. LOCKE, meditando no sistema empirico inglês, vislumbrou a necessidade de um órgão, na técnica estatal, que, tendo *como missão a suprema garantia do direito natural*, preservasse os súditos do abuso do poder do Legislativo (42).

Se LOCKE elaborou a teoria da *substância* da liberdade, no dizer de BODENHEIMER, a técnica de sua construção política se deveu ao gênio de MONTESQUIEU, muito impressionado pelo fato de todo *homem investido de autoridade predispor-se a abusar dela* (43). Respeitando-se a natureza teleológica das funções básicas, exercidas pelo Estado, necessário se tornava que o *poder se contrapesasse ao poder* (44). Daí, a tripartição — que obedeceu ao critério objetivo-finalístico das *funções*.

(38) GARCIA MAYNES, Eduardo. *Introducción al Estudio del Derecho*. México, 1941, p. 52; SCELLE, ob. cit., p. 14.

(39) RAO, Vicente. Ob. cit., p. 346.

(40) Cf. ROUBIER, Paul. “La Méthode Sociologique et Droit”, in *Rapports Présentés au Colloque de Strasbourg*, 1956, p. 43; vide LESSA, Pedro. *Estudos de Filosofia do Direito*. 2ª ed., Livr. Francisco Alves, Rio de Janeiro, 1916, pp. 389 e 405.

(41) Cf. MAZZARELLI, Bruno. *La Norma Collettiva nella Teoria Generale del Diritto*. Ed. Giuffrè, Milano, 1957, pp. 27 e segs. e CRISAFULLI, Vezio. *Lezioni di Diritto Costituzionale*. CEDAM, Padova, 1966, vol. I, pp. 42/43; NAWIASKY, Hans. *Teoría General del Derecho*. Ed. Rialpe, Madrid, 1962, p. 94, n. 4.

(42) BODENHEIMER, Edgard. *Teoria del Derecho*. Ed. Fondo de Cultura Económico, México, 1946, p. 142.

(43) *De l'Esprit des Loix*. Libr. XI, cap. 4; Cf. BODENHEIMER, ob. cit., p. 144.

(44) BODENHEIMER, *idem, idem*, p. 144.

Concomitantemente à desindividualização do poder, os órgãos representativos sofreram evolução no regime separatista absoluto, o que se verificou, sobretudo, em razão da impossibilidade material-política de se manterem estanques exatamente os círculos governativos responsáveis pela unidade e soberania estatal (45). Por isso, fala o art. 6º da Constituição nos três Poderes "independentes e harmônicos entre si" (46).

A separação dos Poderes, que se procurou respeitar dentro dos critérios rígidos apregoados pelo pensamento político da Revolução de 89, abrandou-se, e, hoje, quando admitida, só o é como "une règle-d'art politique, d'opportunité, de bon aménagement des Pouvoirs publics" (47).

Resultante dessa impossibilidade de se circunscreverem os Poderes dentro de suas específicas atribuições, através de atos por sua natureza idênticos ao de outro Poder, a doutrina publicística acabou por estabelecer nítida distinção entre *poder e função*.

É importante se veja, aí, não apenas a evolução específica na fisiologia das relações intra-estatais, mas, também, uma decorrência das transformações na constituição dos órgãos do poder, que vêm sofrendo, dia a dia, mais nítida infiltração da vontade popular na legitimação de seu conteúdo representativo e formal (48).

Não resta a menor dúvida de que a divisão dos Poderes é explicada na proteção aos direitos individuais (49). O que se nota, como no caso das sen-

(45) Vide SCELLE, ob. cit., p. 11. Para a institucionalização do Poder: BURDEAU, Georges. *Traité de Science Politique*. Paris, 1949, Tome II, pp. 188 e segs.

(46) PONTES DE MIRANDA, ob. cit., T. II, pp. 185 e segs.

(47) BURDEAU, Georges. *Droit Constitutionnel et Institutions Politiques*. Paris, 1957, p. 113.

(48) Vide COUTURE. *Estudios...*, p. 68 e sua nota 6; *idem* para o declínio da separação, KELSEN. *Teoria General del Derecho y del Estado*. Cf. Couture, ob. cit., p. 87; JELLINEK, G. *Teoria General del Estado*. Ed. Albatros, B. Aires, s/d, pp. 451 e segs.; GARCIA PELAYO, Manuel. *Derecho Constitucional Comparado*. Ed. Revista de Occidente, Madrid, 1959, pp. 154, 283, 330 e 557; CARNELUTTI. *Teoria General...* cit., p. 82, nº 27. No sistema brasileiro, as atenuações: SÁ FILHO, ob. cit., pp. 81 e segs.; OLIVEIRA VIANA. *Problemas de Direito Corporativo*. Livr. José Olympio, Rio de Janeiro, 1938, p. 227; PINTO ANTUNES. *Da Limitação...*, pp. 71 e 82; OLIVEIRA VIANA, *idem, idem*, pp. 37, 38 e segs. e 50; vide ainda Ac. do Tribunal Superior do Trabalho, Pr. nº 3.645-56, Rel. Min. ASTOLFO SERRA, in *Trabalho e Seguro Social*, jan.-abril/1956, nº IV, pp. 146 e segs., onde se debateu a matéria visceralmente tratada nesse estudo; GOTTSCHALK, Egon Félix. *Norma Pública e Privada no Direito do Trabalho*. Ed. Saraiva, S. Paulo, 1944, pp. 426 e segs.; PINTO FERREIRA. *Princípios Gerais do Direito Constitucional Moderno*. Ed. José Konfino, 3ª ed., Rio de Janeiro, 1955, Tomo II, pp. 573 e segs.; PONTES DE MIRANDA, ob. cit., Tomo II, pp. 188 e segs.; NUNES LEAL, Victor. *Problemas de Direito Público*. Ed. Forense, Rio, 1960, p. 179, nos 1 e 2; MARTINS CATHARINO, José. *Poder Normativo da Justiça do Trabalho. A despedida e suas limitações*. Bahia, 1968, p. 18, nº VI.

(49) PELAYO, ob. cit., p. 153; vide ETKIN, Alberto M. *Ensayos y Estudios de Filosofía Jurídica y de Derecho Procesal Civil y Criminal*. Ed. Araújo, Buenos Aires, 1948, p. 7.

tenças normativas, em que se joga com interesses não individualizados ou transindividuais, no dizer de RADBRUCH, é que, aí, se nos depara um dos sintomas atenuantes da rigidez divisional dos Poderes. Nada impede se avance um pouco mais, para afirmar que a divisão clássica não se entende bem com a categoria nova dos interesses coletivos, objeto de reconhecimento, tutela, portanto juridicização posterior do Estado moderno.

Na verdade, a técnica estatal, que se construiu para a cobertura dos direitos individualmente constituídos, conturbou-se em face das injunções coletivas das classes trabalhadoras e, jogando ainda com dados tradicionais de criação jurídica — experiência legislativa antiquíssima, jurisdicional e administrativa —, entrelaçou-as, amparando-se em soluções ecléticas. Em um Poder fez-se enxertar a edição de atos peculiares a outro, conquanto se respeitassem os processos técnicos da construção formal inerente a cada um.

Trata-se aqui do mundo do direito. A vida é a vida jurídica, e jurídica a sua construção. Nos seus alicerces, portanto, assenta-se a teia normativa, clara, retezada, firme, cujo processo de entrelaçamento só foi possível através da lei. Por ela se arrou dentro de sua força generalizante, de sua permanência, de sua irradiação abstrata, a contextura germinativa e atuante das relações jurídicas do ordenamento. Na lei, sobretudo, realiza-se a coesão de energias, centrifugamente dirigidas, que legitima os processos ulteriores da criação jurídica.

Se não se pode acoirar a sentença normativa de processo remanescente, porque não nasceu do silêncio da lei⁽⁵⁰⁾, mas de sua vontade expressa (Const., art. 142, § 1º), ela o é, todavia, ulterior no sentido de que à lei ordinária, editada pelos corpos legislativos (Const., art. 5º, XVII, e art. 165) *se reservou a proeminência da função criadora do direito*. A função legislativa, como vimos, orgânica, histórica e ontologicamente, precede à judicial. Esta se realiza com dados daquela, já o vimos, através do direito subjetivo. Os princípios teleológicos, que governam uma e outra, patenteiam-no⁽⁵¹⁾.

Quando a Constituição, pelo seu art. 142, § 1º, concede poderes à Justiça do Trabalho, para editar, em sentenças normativas, regras abstratas, permanentes, constitutivas, dispositivas ou interpretativas, nas relações de trabalho, significa, antes, que a plenitude do ordenamento jurídico tem as sentenças normativas como um agente complementar, que não deixa de ser substancial, de realização. Ora, às categorias profissionais e econômicas, outorga-se, através dos sindicatos de classe, o direito público subjetivo de acionar essa forma com que se integra o ordenamento. Por outro lado, a Constituição passa à lei ordinária

(50) SCELLE, ob. cit., p. 46.

(51) JELLINEK, ob. cit., p. 464, P. DE MIRANDA, ob. cit., Tomo IV, p. 72. A apreensão desse fenômeno encontra-se magistralmente feita por DELIO MARANHÃO, em voto proferido no Tribunal Superior do Trabalho: "Não é um Poder que limita outro Poder, mas uma fonte de direito que limita outra fonte, hierarquicamente inferior" (vide *Instituições de Direito do Trabalho*, Ed. Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 1957, p. 590). Seu pensamento é perfeitamente consentâneo com a construção jurídica do ordenamento, elaborada pela Escola de Viena, como se v.u. acima.

a competência para indicar formas através das quais se chegará à sentença normativa, como dado integrativo do ordenamento (art. 141, § 4º). O cometimento de competências, no Estado de Direito, é fundamentalmente constitucional. Abre-se, aqui, o campo onde se alojará determinada função estatal. A organização interna dessa competência, seus graus de realização, suas limitações, transportam-se à obra do legislador ordinário e não à discricção dos órgãos jurisdicionais.

O juiz como o legislador vinculam-se à Constituição, mas em posição diferente. A tarefa da construção do direito se dirige primeiro a este. Na da realização, àquele. Por isso, ambos são, distintamente, órgãos da soberania. Qualquer inversão ou exceção às posições históricas e jurídicas de um ou de outro hão de vir prefixadas na Constituição.

2. A precedência da lei

Histórica, filosófica, social e juridicamente, a sentença normativa não se destina a substituir a lei, nas relações de trabalho, mas à faculdade negocial das partes, quando, no que reservou a lei à sua autonomia, falham as perspectivas amigáveis de comporem a divergência de interesses. Na formação da sentença normativa, a vontade estatal só se pronunciou depois de solicitada (CLT, art. 856) (52).

Por isso, dissemos que, nas sentenças normativas, órgão judicial *substitui* a vontade privada das partes, mas não para fazer atuar o direito objetivo, a norma (CALAMANDREI), e sim para constituí-la (53). É o que deflui especialmente dos arts. 616 e seu § 2º, 764 e seu § 1º, 860 e art. 10 da Lei nº 6.708, de 30 de outubro de 1979.

A sentença normativa, no plano do direito público, avançou no sentido de ainda mais conturbar a construção estatal dos Poderes diversificados em razão das funções, esmaecendo as linhas de nitidez que correm entre eles, pelo fato de cumular, no Poder Judiciário, funções tipicamente legislativas, além das que lhe são inerentes. No fundo, o problema é de adaptação da técnica jurídica à formação de novos núcleos estatais de captação normativa. Movem-no imperativos sociais específicos, que se impõem à política jurídica.

Se norma alguma faz atuar a sentença normativa, como fonte de direito, é apenas aquela que está na base da faculdade concedida às partes de suscitarem dissídios coletivos e dá ao Estado, correspondentemente, o poder-dever de proferi-la (54). O Tribunal do Trabalho é o destinatário de normas instrumentais e os súditos, no caso, as partes, como categorias representadas pelos sindicatos, de normas materiais. Não existem, na verdade, em princípio, normas

(52) BALLELA, Juan. *Lecciones de Legislación del Trabajo*. Ed. Reus, Madrid, 1933, pp. 378 a 382; REZENDE PUECH, Luis. *Direito Individual e Coletivo do Trabalho*. Ed. Revista dos Tribunais, S. Paulo, 1960, pp. 324-5.

(53) D'AGOSTINO, ob. cit., pp. 170 e 171.

(54) *Idem, idem, idem*, p. 173.

de conteúdo material impondo-se aos Tribunais, como estrutura e limites na integração das sentenças normativas⁽⁵⁵⁾. São normas atributivas de poderes formais, bastantes e necessárias à constitutividade do direito material, que as partes acaso venham postular.

Nada impede, porém, que a lei estabeleça normatividade para fatos que seriam objeto de dissídios coletivos. Dirige-se, ela, na realidade, à autonomia das partes e não especificamente à do Tribunal. De qualquer maneira, o campo legiferante da Justiça do Trabalho alinha-se pelo disposto no art. 766 da Consolidação das Leis do Trabalho, que estatui:

“Nos dissídios sobre estipulações de salários, serão estabelecidas condições que, assegurando justo salário aos trabalhadores, permitam também justa retribuição às empresas interessadas.”

Hierarquicamente, o preceito não esconde o mesmo sentido programático de que trata o art. 160, II, da Constituição federal, quando determina se organize a ordem econômica e social, partindo-se da “valorização do trabalho como condição da dignidade humana”.

Vê-se, perfeitamente, que os fundamentos da edição das sentenças normativas acabam por afetar o próprio conteúdo da regra a compor-se nos Tribunais do Trabalho. Na verdade, são preceitos vagos, mas que, pelo fato de assim o serem e de haverem deixado seu preenchimento, nas sentenças normativas, aos Tribunais do Trabalho, não trazem consigo a impossibilidade jurídica de se editarem leis que lhes apertem e lhes preencham expressamente o conteúdo, impondo ou excluindo determinadas situações fáticas à constitutividade jurídica. É o que se deu primeiro, com a Lei nº 2.510, de 20 de junho de 1955, cujo art. 1º reza:

“É defeso à Justiça do Trabalho, no julgamento dos dissídios coletivos, incluir, entre as condições para que o empregado perceba aumento de salário, cláusula referente à assiduidade ou freqüência no serviço.”

Essa lei, depois de sua inconstitucionalidade declarada pelo Tribunal Superior do Trabalho, foi tida por válida pelo Supremo Tribunal Federal⁽⁵⁶⁾.

O disposto no art. 1º da Lei nº 2.510 atua como norma imperativa, que se dirige, na realidade, não à faculdade normativa dos Tribunais do Trabalho, mas à vontade das partes, na postulação do dissídio. Trata-se de regra, por

(55) *Idem*. Vide também MARTINS CATHARINO, José. *Tratado Jurídico do Salário*. Ed. Freitas Bastos, 1951, p. 390, nº 257.

(56) No TST, travou-se acirrada controvérsia de alto teor jurídico, prevalecendo a tese da inconstitucionalidade. Os votos, vencidos como vencedores, dignificam uma Corte de Justiça (vide *Trabalho e Seguro Social*, jan.-abril/1956, pp. 146 e segs.); *idem* in ANTERO DE CARVALHO, J. *Direito e Jurisprudência do Trabalho*. Ed. Freitas Bastos, Rio, 1958, pp. 64 e segs. Um dos acórdãos do Supremo Tribunal, pela constitucionalidade, veja-se: Rec. Ext. 35.041, Rel. Min. MOTA FILHO, in *Repertório de Direito do Trabalho e Previdência Social*, de M. CAVALCANTI DE CARVALHO, vol. I, p. 137, ano 1958. O voto vencido no TST, do Min. DELIO MARANHÃO, que prevaleceu no Supremo, encontra-se em sua obra citada, *Instituições de Direito do Trabalho*, vol. II, pp. 287 e segs.

outro lado, ainda que dirigida ao órgão judicial, restritiva da do art. 766 da Consolidação das Leis do Trabalho.

A Lei nº 2.510 exclui de *todos* os dissídios, independentemente dos particularismos jurídicos que se constituem em função da regionalidade ou de situações específicas de determinados grupos de empregados ou empregadores, para além da vontade das partes, uma *condição* ou um *fato* sujeito a normatividade. Arrancou, nos dissídios coletivos, a falta de assiduidade a qualquer efeito jurídico específico. É suporte fático que não pode juridicizar-se, para efeito de retirar ao empregado o benefício do aumento concedido ou outro qualquer. Cassou-lhe a lei, à assiduidade, o efeito negativo, com vistas a todos os empregados do território nacional. A expansão da lei, aí, visou a situações grupais ou territoriais inespecíficas. Exercitou o Legislativo função claramente prevista no art. 165 da Constituição federal.

O regramento das relações de trabalho, através de garantias mínimas, em preceitos cogentes, de ordem pública — nas chamadas leis imperativas —, pertence, antes de tudo, ao legislador, quando antes não o tenha feito diretamente a Constituição (art. 165, IV). Para isso é que se dirige ao Legislativo a regra programática constitucional⁽⁵⁷⁾. A ele incumbe, privativa e *imediatamente*, realizar o conteúdo programático da Constituição, em suas normas fundamentais concernentes à “ordem econômica e social”.

Quem regula, pois, as condições mínimas, em que se deve prestar trabalho subordinado, as condições básicas das relações de emprego, é a lei e isso sob mando constitucional. A lei, portanto, fixa os limites mínimos entre *trabalho prestado e salário devido*. Quem diz *interrupção* ou *suspensão* do contrato de trabalho e os respectivos efeitos, a que devem curvar-se as partes, é a lei (CLT, arts. 471 a 476). Quem diz que o empregado, trabalhando, perceberá, no mínimo, tanto, e, não trabalhando, em determinadas condições, perceberá assim mesmo, é a lei⁽⁵⁷⁾. A *assiduidade* é matéria regulada na lei. É uma das cláusulas do contrato de trabalho, cuja importância levou o legislador a reter o regramento de seus efeitos (v. gr.: Lei nº 605/49, art. 6º). No seu cuidado, é inoperante a vontade das partes, a auto-regulação (CLT, art. 444)⁽⁵⁷⁾.

Não se pode esquecer que o direito do trabalho parte de pólo diametralmente oposto ao direito civil: as cláusulas contratuais são ajustadas pelas partes no que a lei lhes faculta. A lei imperativa vem antes; a supletiva, depois — o que é curial!

Nas sentenças normativas, o ato não é estatal puro, mas, de natureza mista. Há participação, nele, de vontade privada. Seu conteúdo, num ramo do direito em que atuam normas em sua quase totalidade imperativas, elabora-se na relação jurídica processual, onde não se omite a manifestação da vontade privada, das categorias conflitantes. Essa circunstância, por si, bastaria à submissão material da sentença normativa à lei.

Mas o argumento formal também não é de pouca monta e diz respeito à construção do mundo jurídico.

(57) Vide MACHADO HORTA, Raul. Relatório da Comissão Especial in *Estudos sobre a Ordem Econômica e Social*. Belo Horizonte, 1960, p. 18, nota 7.

O meio regular de se editarem regras de direito gerais, permanentes e abstratas, dá-se através dos corpos legislativos, para isso instituídos pela ordem política. É o que assegura a validade formal de toda a estrutura jurídica do Estado.

Excepcionalmente, como nos regimes políticos de concentração de poderes, pode faltar à norma seu aspecto exterior de construir-se. Norma só fica sendo *materialmente*. Tais atribuições, excepcionalmente, podem ser cometidas ao Judiciário, em determinadas situações jurídicas ⁽⁵⁸⁾ (Constituição federal, artigo 115, III, primeira parte; art. 137, n^{os} V e VII; art. 142, § 1^o). Atente-se para o primado da lei (plano formal) na retenção do art. 115, III.

A sentença normativa é meio, portanto, anômalo, excepcional, de formalmente se editarem regras abstratas, no ordenamento jurídico. A captação do regramento desloca-se para um Poder de natureza diversa, encaracterizada nessa função, que é o Judiciário. Formalmente, os Tribunais do Trabalho exercem atividade originária e inerentemente peculiar aos órgãos judiciais — desde o que provocou a sua manifestação, como a pretensão, o direito de ação — e, depois, os atos procedimentais encadeados no contraditório, até o conclusivo (a sentença normativa). Já o resultado material dessa atividade (a sentença normativa) é, no plano hierárquico da criação de normas, remanescente, e se conterà nos limites que àqueles Tribunais deixou o Poder, política e juridicamente, originário e competente para legislar.

Do ângulo do ordenamento jurídico, a atividade dos Tribunais comporta-se com plena autonomia jurisdicional. Órgãos da soberania, o ordenamento confere-lhes prerrogativas fundamentais, que vão da administração da justiça ao zelo e observância sobre os demais Poderes, dos princípios da constitucionalidade e da legalidade que vêm da Constituição ⁽⁵⁹⁾. Aqui, há encontro total do órgão com a função, o que se precisou no texto da Carta de 67, Emenda n^o 7, de 1977 (art. 119, I, letra I). Quando, porém, se volta para a função normativa, não mais estão os Tribunais exercendo função específica sua, porém, função esdrúxula, na atividade jurisdicional e da alçada de outro Poder. É construção de regra jurídica abstrata, e, como tal, sujeita a todos os editos ao elementaríssimo princípio da hierarquia das normas. Daí DÉLIO MARANHÃO haver dito, com muita pertinência, que a *limitação* está na *fonte*, na natureza do ato a constituir-se e não no *Poder* ⁽⁶⁰⁾.

A elaboração de normas abstratas e gerais, circunscritas a categorias ou grupos de atividades e profissões, pela Justiça do Trabalho, não se define por delegação de poderes. Deu-se, sim, diretamente, pela Constituição, a criação de uma função inespecífica no ordenamento em termos de competência ordinária dos Tribunais do Trabalho (art. 142, § 2^o). Quem delega função é o Poder que originariamente a possui. A delegação envolve a existência do exer-

(58) MARTINS CATHARINO, *Tratado...* p. 401, letra B.

(59) SA FILHO, *ob. cit.*, pp. 323 e segs.

(60) *Ob. cit.*, pp. 294 e segs.

cício da *função* pelo *Poder* (Constituição federal, arts. 53 e 54). Aqui, não se trata disso. Se os Tribunais do Trabalho editam regras abstratas, gerais, permanentes, regulando — quais leis de incidência limitada — situações jurídicas grupais, o fazem sob direito e originário mandamento constitucional. Trata-se de ato cuja competência já vem inicialmente distribuída na Constituição, se bem que excepcional em face do Poder a que se destinou.

Quando, porém, se invoca, na manifestação dos Tribunais do Trabalho, a sentença normativa como resultado de uma atividade soberana, fundada diretamente na Constituição, não se pode limitar a isso a exegese constitucional, olvidando-se a construção do ordenamento jurídico, em suas linhas harmoniosas, através daqueles conteúdos histórico-políticos que presidiram à criação dos três Poderes e lhes outorgaram as funções, dentro, certamente, do espírito teleológico que preside à criação de toda a instituição humana, mormente o direito⁽⁶¹⁾. A interpretação sistemática, no caso, elucida a questão dando sentido unitário ao ordenamento. Daí o não ser absoluto o poder normativo da Justiça do Trabalho, como, aliás, tem sido reconhecido⁽⁶²⁾.

De acordo com a própria Constituição, o conteúdo fático, a matéria vital em que incidirá a norma coletiva, aqueles dados de fato, portanto, em que se entrelaçarão os efeitos da regra jurídica, poderão ser *especificados* em lei (artigo 141, § 1º). Há subordinação de suportes fáticos, que comporão a sentença normativa, à lei, para empregarmos a técnica de PONTES DE MIRANDA⁽⁶³⁾.

O plano da organização jurídica do Estado, tal o desdobramento de suas funções e sua participação *atibolística* no domínio das relações econômicas e sociais, pressupõe formas jurídicas gerais de compreensão maior, que disciplinam, basicamente, as relações de vida no amplo perímetro da sociedade por ele, Estado, representada.

Tal forma jurídica, por sua natureza, por sua função, por seu espectro de captação e por sua eficácia, só pode ser a *lei*.

Importa, portanto, se faça a distinção entre sentença normativa e lei, no que toca à regulamentação de relações de trabalho e à força vinculante e prioritária da segunda, em que esta responde a uma tarefa de ordenação *global, geral*, em apreço a toda a contextura sócio-econômica da sociedade por ela regida, enquanto a primeira, a sentença normativa, circula-se no interesse restrito de grupos menores (em bases territoriais ou institucionais parciais), que são as categorias econômicas e as categorias profissionais.

Nada obsta — e até está em sua atribuição normadora ampla — venha a lei a estabelecer não só formas procedimentais mas, e sobretudo, preceitos

(61) MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. Ed. Freitas Bastos, Rio, 1951, pp. 188 e segs. e 378, nº 378.

(62) Ac. TST, in *Trab. e Seguro Social*, jan.-abril/1956, pp. 147-8.

(63) PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. Ed. Borsoli, Rio de Janeiro, 1954, T. I, p. 19, § 7º; veja-se, *idem Trab. Seg. Soc. cit.*, p. 152, no acórdão do TST.

materiais do âmbito nacional, que, penetrando no corpo da sentença normativa, ali se injetem em razão da "conformação" da economia geral (FORSTHOFF diz que o Estado moderno é "conformador"), que prevalece sobre o tráfego parcial da economia dos grupos intra-sociais, como são as categorias de empregados e de empregadores.

Chame-se a isto "planejamento" ou "planificação", a verdade é que o sistema operativo do equilíbrio econômico geral (ou global, de determinado país) somente pode ser alcançado através de instrumentos jurídicos adequados ou aptos para esse fim. E esse instrumento jurídico é a lei.

Explica-se assim a chamada legislação representativa da "política econômica do governo", como se costuma denominar a legislação posterior a 1964, que veio não só modificar atos procedimentais dos dissídios coletivos mas, também, e sobretudo, fixar *critérios* econômico-monetários, em formas de índices, percentuais, escalas, pressupostos de correção etc., a serem observados na sentença normativa.

O então e último Prejulgado 56. do Tribunal Superior do Trabalho, hoje Ato Normativo nº 1, não traduz senão uma condensação dessa legislação, em sua versão material e procedimental, iniciada com a Lei nº 4.725, de 13 de julho de 1965 (ainda sob a Constituição de 1946), modificada pelo Decreto-Lei nº 15, de 29 de julho de 1965, que cederam passo à Lei nº 6.708, de 30 de outubro de 1979, empolgada, recentemente, por sucessivos decretos-leis (com eficácia imediata e temporária, à força do § 2º do art. 55 da Constituição, salvo o problema da "inconstitucionalidade", em razão da matéria, ante a especificação dos n.ºs I a III do *caput* desse dispositivo da Lei Maior), até ao vigente e aprovado Decreto-Lei nº 2.065, de 26 de outubro de 1983 (arts. 24 e segs.), que se dirige, também, aos Tribunais do Trabalho (veja-se, v. gr., o § 1º do art. 26). Elucidativas, nesse aspecto, são as regras contidas no § 4º do art. 616 e no art. 623 da CLT, além dos limites de eficácia da sentença normativa (que importam, no fundo, em penetrar-se, no seu conteúdo, dada a fixação do momento em que se modificam as condições "materiais" nela reconhecidas), trazidos pelo Decreto-Lei nº 424, de 21 de janeiro de 1969, ao acrescentar um parágrafo (o único) no art. 867 da Consolidação das Leis do Trabalho.

Cabe atentar-se, todavia, para a direção da força vinculante da lei, no que toca à matéria objeto das decisões em dissídios coletivos (os fatos e as condições juridicizáveis ou não pelos Tribunais do Trabalho). É evidente que a injeção e/ou a vedação hão de ser expressas e específicas, como acontece com a legislação acima apontada.

A circunstância de determinada relação jurídica ou determinado direito (em acepção tradicional) vir regulado em lei não significa estejam inibidos os Tribunais de — no âmbito das categorias conflitantes — estabelecer outros preceitos, atendendo-se a peculiaridades das situações em litígio.

O campo para a clausulação normativa, salvo no que expressamente vedou ou diretamente reteve a lei, é campo aberto, contém-se e se expande no juízo de *equidade*, representado pelo poder normativo, sob comando direto do art. 141, § 1º, da Constituição federal.

Entender que certas cláusulas não podem ser objeto de sentença normativa porque se trata de matéria regulada em lei desatende ao princípio dos conteúdos mínimos revelados no art. 165 da Constituição e atenta contra não menos substancial princípio da "norma mais favorável", no direito do trabalho.

Declarar inconstitucionalidade de cláusula normativa em determinados casos e deixar de declará-la, em outros, importa em cair-se no arbítrio, salvo naquelas que envolvam, realmente, usurpação de poderes e não distribuição de competências dentro dos desvãos que a própria lei faz entrever, em sua programaticidade incompletamente realizada.

Atente-se, nesse ponto, ao art. 165 da Constituição federal e se preserva o poder normativo da Justiça do Trabalho.

Difícilmente, v. gr., se conceberá a consagração, pelo Supremo Tribunal Federal, de cláusulas normativas ou o seu corte, o que induzirá exercício de poder normativo por esse Tribunal, poder que lhe não confere a Constituição federal.

A inconstitucionalidade volta a ser matéria de delicada abordagem e que há de entender-se, nos dissídios coletivos, exclusivamente com a questão formal da competência e a questão material da expressa retenção legal.

Nesse plano, entende-se a primazia da lei, que se resguarda sob o princípio da constitucionalidade. A nível político-jurídico outra não será a postura do julgador. Explica-se a divisão dos Poderes em corte tipicamente funcional, como se explica a amplamente evolutiva concepção programática do sistema tripartite, que atende às condições do Estado moderno "conformador" da "sociedade afluyente" e do "tráfego de massa", tal a intensificação e a generalização estandardizada dos interesses em fluxo na sociedade. Não se há de perder, ainda assim, a linha histórica da organização estatal, que melhor a explica.

A competência originária e geral, a função a que historicamente se deve a criação do respectivo poder, estabelecem a precedência desse poder sobre a atividade. O exercício de atividade diversa, que é excepcional, interpreta-se restritivamente, dentro da linha expressa aberta pela Constituição, cujo art. 6º, parágrafo único, autoriza tal entendimento.

Nos dissídios coletivos econômicos, que mais vivamente nos interessam, as partes apresentam os fatos, pedindo a criação de efeitos jurídicos. Daí a sua natureza dispositiva. Juridicizando-os, os Tribunais do Trabalho asseguram-lhes os efeitos postulados ora por uma, ora por outra, impregnando-se a sentença normativa daqueles efeitos característicos da natureza do ato concessor: a generalidade, a permanência, a impessoalidade, que se têm pela eficácia *erga omnes*(64).

As sentenças normativas, como resultante da participação da vontade das partes e do Estado na formação do ato jurídico, não poderão ir além do que lhes reservou a lei. A esfera competencial ou de autonomia, na sua edição, é restrita.

(64) Ac. do TST, cit., in *Trab. e Seg. Social*, jan.-abril/56, p. 154.