



Marcelo Rizzo Napolitano

**MODULAÇÃO DOS EFEITOS NO CONTROLE DE
CONSTITUCIONALIDADE DE MATÉRIAS
TRABALHISTAS**

**Monografia apresentada
à Escola de Formação da
Sociedade Brasileira de
Direito Público - SBDP,
sob a orientação da
Professora Carolina
Dalla Pacce**

SÃO PAULO

2015

Resumo: A declaração de inconstitucionalidade de uma norma gera a sua nulidade, ou seja, considera-se nunca presente no ordenamento jurídico e todos os seus efeitos, desfeitos. Há situações, contudo, nas quais a nulidade de uma norma não é desejada pois seus efeitos não podem ser desprezados e simplesmente desfeitos. São os casos envolvendo pagamento de contribuições, instituição de políticas públicas, etc. A modulação de efeitos é o instituto jurídico capaz de preservar tais efeitos, garantindo que a aplicação da norma no futuro não será mais realizada. Em uma relação de emprego, constata-se a mesma situação: o trabalhador exerce sua atividade sob o comando normativo vigente no momento mesmo. Com a declaração de nulidade de uma das normas que o regia, os frutos da atividade não podem ser desfeitos, nem tampouco o trabalho é um bem fungível. A aplicação da modulação de efeitos das decisões do Supremo Tribunal Federal, então, pode ser vista como solução natural. Não obstante, ainda não há estudos sobre o instituto à luz da legislação trabalhista, que possui características próprias a serem demonstradas no trabalho. O intuito desta pesquisa é estudar a aplicação da modulação de efeitos em casos envolvendo, de alguma forma, matérias trabalhistas. Busco averiguar os pressupostos utilizados pelos ministros na decisão de modular e como se encaixam nos requisitos previstos na lei 9868/99: segurança jurídica e excepcional interesse social.

Acórdãos citados: ADPF 156; AI 681.227 AgR-ED; AI 743.061 AgR; AI 791.123 AgR; ARE 664.799; ARE 709.212; CC 7.706; RE 388.359; RE 389.383; RE 390.513; RE 569.056 ED; RE 583.050; RE 586.453; RE 627.268.

Palavras-chave: Supremo Tribunal Federal, modulação de efeitos, direito do trabalho.

Agradeço aos meus pais, pelo apoio incondicional e pela confiança depositada em mim ao longo de toda a minha vida;

À Michelle, companheira de todas as horas, pelo seu amor e carinho;

À Carolina, pela valiosa orientação, sem a qual esta pesquisa não passaria do plano das ideias;

À Escola de Formação como um todo, por proporcionar um instigante ambiente de debate e aprendizado.

Sumário

1. Introdução.....	5
1.1. Apresentação do tema.....	5
1.2. Delimitação dos objetos estudados	5
1.2.1. Modulação de efeitos.....	5
1.2.2. Direito do trabalho.....	6
1.2.3. Modulação de efeitos e direito do trabalho	7
1.2.4. Metodologia	8
2. Modulação temporal dos efeitos	11
2.1. Controle de constitucionalidade	11
2.2. Teoria da nulidade	12
2.3. A Lei 9.868 de 1999 e seus efeitos no ordenamento brasileiro.....	13
2.4. Requisitos e problemas interpretativos	15
2.5. Modulação e direito do trabalho.....	16
3. Análise jurisprudencial - a construção de um instituto	19
3.1. FGTS - ARE 709.212	19
3.2. Depósito prévio condicional para o recurso administrativo - ADPF 156 e seus precedentes	24
3.3. Conflito de competência - o RE 586.453 e sua repercussão na jurisdição do STF	25
3.3.1. A repercussão jurídica do RE 586.453	28
3.3.2. Exceção à aplicação do RE 586.453 como precedente - servidores públicos 31	
4. Conclusão	33
Bibliografia	35

1. Introdução

1.1. Apresentação do tema

A presente monografia objetiva a investigação da modulação dos efeitos das decisões do Supremo Tribunal Federal (STF) que envolvam matérias de direito do trabalho. O instituto da modulação foi inserido no ordenamento jurídico brasileiro em 1999, através da Lei 9.868 (Lei da Ação Direta de Inconstitucionalidade e da Ação Declaratória de Constitucionalidade), transcorrido, portanto, considerável lapso temporal, necessário ao seu estudo empírico. Não obstante, a maioria das pesquisas voltam-se a ramos específicos do direito, notoriamente o direito tributário e o processual civil. Esta pesquisa busca ampliar o campo abrangido pelas demais ao direito do trabalho, pelas razões descritas a seguir.

1.2. Delimitação dos objetos estudados

1.2.1. Modulação de efeitos

No Brasil, é adotada a teoria da nulidade, segundo a qual uma lei inconstitucional é nula, ou seja, não produz efeitos a partir de sua criação. Desta forma, os efeitos da decisão atingem a lei desde sua entrada em vigor, bem como as consequências da lei inconstitucional. Trata-se de um efeito *ex tunc*, ou seja, retroativo, e *erga omnes*, válido para todos.

Em alguns casos, no entanto, a simples declaração da nulidade não resolveria o problema da inconstitucionalidade, mas criaria outros mais. Isto porque a nulidade dos efeitos da lei inconstitucional traria consequências graves às ordens jurídica e social. Trata-se de casos envolvendo leis tributárias, leis que instituem municípios, serviços públicos, etc.

A partir de 1999, com o advento da Lei 9868 e da Lei 9882, os ministros do Supremo Tribunal Federal podem modular os efeitos temporais de suas decisões, de forma a conservar os efeitos das leis.

Artigo 27 da Lei 9868/99: *"Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado."*

Artigo 11 da Lei 9882/99: *"Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, no processo de arguição de descumprimento de preceito fundamental, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado."*

A modulação, então, passa a ser um dos mecanismos de garantia de segurança jurídica e de estabilidade da jurisdição, respeitados os requisitos impostos pelo dispositivo legal apresentado.

1.2.2. Direito do trabalho

O direito do trabalho é produto histórico das lutas sociais pelas melhorias das condições de trabalho. Seu desenvolvimento teve início com a Revolução Industrial, período no qual houve severa degradação das relações de trabalho e a submissão quase total do trabalhador ao seu

empregador. Trata-se, pois, de um direito protecionista, que visa à proteção do polo mais fraco em uma relação de trabalho: o trabalhador. Nas palavras de Luciano Martinez: "... esse ramo do direito tem a função essencial de regular a autonomia da vontade de modo a estabelecer padrões mínimos e promover a melhoria da condição social da classe trabalhadora."¹ .

Esta característica essencial materializa-se no princípio protetivo, que por sua vez subdivide-se em *princípio da norma mais favorável*, *princípio in dubio pro operario* e *princípio da manutenção da condição mais benéfica*. De forma resumida, pelo primeiro se garante a aplicação da norma mais favorável ao trabalhador quando da existência de mais de uma norma aplicável ao caso. Princípio *in dubio pro operario* entende-se como critério de interpretação, segundo o qual das mais diversas interpretações de uma norma, vigora aquela mais benéfica ao trabalhador. Por último, garante-se a manutenção dos benefícios segundo o último princípio, impedindo a ocorrência de diminuição de benefícios.

Neste sentido, consideramos matérias trabalhistas tudo aquilo que for relevante ao direito do trabalho, ou seja, tudo o que for compreendido pelo direito do trabalho e seus institutos, tanto por se tratar de um benefício trabalhista, caso do FGTS, quanto da Justiça do Trabalho (RE 586.453) ou da legislação trabalhista, como na ADPF 156.

1.2.3. Modulação de efeitos e direito do trabalho

Como demonstrado, o instituto da modulação temporal de efeitos e o direito do trabalho possuem intrinsecamente uma característica protecionista. Aquele por garantir a segurança jurídica e esse por buscar a proteção da parte mais fraca. Muito embora tais semelhanças, não há estudos consideráveis acerca da relação entre ambos no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Este trabalho busca suprir esta lacuna respondendo as seguintes questões:

¹ MARTINEZ, Luciano. *Curso de direito do trabalho*. 6ª ed. São Paulo: Editora Saraiva. 2015

- Quais os argumentos utilizados pelos ministros na justificativa da modulação de efeitos?
- É possível estabelecer critérios que permitam prever a ocorrência de modulação?
- Pode-se dizer que a modulação temporal dos efeitos é utilizada devido ao princípio protetivo?

Acreditamos que tais indagações sejam essenciais ao direito do trabalho, na medida em que a modulação de uma decisão é elemento de segurança jurídica que pode afetar uma série de direitos, tais como garantias, tributos, encargos, etc.

Neste sentido, partimos do pressuposto de que o STF modula suas decisões para dar fiel cumprimento ao princípio protetivo do direito do trabalho, assumindo uma postura protecionista em relação aos trabalhadores.

1.2.4. Metodologia

Parte essencial de uma pesquisa empírica é a seleção do conjunto de objetos a serem analisados e os elementos contidos neles, dos quais dependem seu resultado. Para esta monografia, trabalharemos com a jurisprudência do STF obtida através da busca em seu endereço eletrônico, estabelecendo como recorte temporal todo o período compreendido entre a promulgação da Lei 9.868/99 e os dias de hoje.²

Procedemos, então, para a seção *Jurisprudência* para efetuar a busca. Em seguida, inserimos na chave de pesquisa as expressões “modulação” e “trabalhista”, interligadas pela ferramenta de busca “E”, obtendo como resultado 10 (dez) acórdãos. Não contentes com o número

² Observa-se que este recorte temporal não foi utilizado como parâmetro de busca no endereço eletrônico do STF, visando a fins de comparação entre os julgados anteriores e posteriores à edição da Lei. Adiantamos, entretanto, que nenhum acórdão do conjunto obtido antecede a Lei, impossibilitando o estudo comparativo.

de documentos disponíveis, alteramos as expressões para “modulação” e “trabalh\$”, tendo retornados 33 (trinta e três) decisões.³ Analisando a ambos, constatamos que, embora a primeira pesquisa tenha sido mais precisa, ou seja, resultou em poucos acórdãos incompatíveis com a pesquisa, a segunda continha maior número de decisões úteis ao trabalho. Isto porque a expressão “trabalh\$” abrange todas as expressões decorrentes de sufixos distintos, enquanto “trabalhista” limita-se a apenas uma delas. Escolhemos, desta forma, a segunda opção, a qual nos forneceu maior material de pesquisa.

Como ressaltado, muitas das decisões fornecidas não guardavam correspondência com o tema desta pesquisa, razão pela qual deveriam ser excluídas do conjunto final de acórdãos, aquele que efetivamente seria analisado. O método utilizado para tanto foi através da leitura da ementa, do relatório e, se preciso, de alguns dos votos presentes nos acórdãos, de forma a se garantir a compatibilidade de todos os selecionados e não deixar de fora aqueles que seriam interessantes para a análise.⁴

Ressalta-se que este juízo muitas vezes se viu prejudicado pela proximidade entre as matérias de outros ramos do direito, gerando dúvidas acerca de sua compatibilidade. Referimo-nos, especificamente, aos casos envolvendo servidores públicos e complementação de aposentadoria. Da mesma forma, tal questão foi solucionada através da análise da questão abordada no acórdão. No primeiro caso, buscávamos identificar o vínculo jurídico do servidor com a administração pública: se estatutário, não seria contemplado; se celetista, seria destacado para integrar este trabalho. Adiantamos, contudo, que não houve nenhum caso envolvendo servidores celetistas, todos eles tratando de servidores submetidos a estatutos

³ Além destes, foram utilizados os termos “trabalho” e “CLT” em conjunto com “modulação”. O resultado obtido com a primeira opção foi demasiadamente amplo devido à múltipla significação do vocábulo “trabalho”. Descartamos a segunda opção por restringir o alcance da pesquisa a um único diploma legal que, por sua vez, não é a única fonte do Direito do Trabalho. O termo “modulação” foi mantido após consulta no tesouro indicar sua correta utilização.

⁴ Os acórdãos excluídos do universo inicial foram: ADI 5163/GO; RE 638.115/CE; HC 84.548/SP; ADI 4.843/PB; ADI 429/CE; Rcl 4.335/AC; ADI 2.669/DF; ADI 1.842/RJ; ADI 4.167/DF; ADI 4.029/AM; RE 596.177/RS; MS 26.603/DF; MS 26.604/DF; ADI 2.949/MG; ADI 2.240/BA; RE 197.917/SP.

próprios. Quanto à complementação de aposentadoria, consideramos todos os acórdãos para este trabalho, tendo em vista que os casos, como se verá no capítulo 3, relacionavam-se ao conflito de competência entre Justiça Comum e Justiça do Trabalho, além do fato de direito do trabalho e direito previdenciário serem ramos muito próximos, que dividem inúmeros institutos e conceitos.

Com o universo de decisões definido, serão buscadas em cada acórdão informações essenciais à tomada de decisão favorável à modulação de efeitos: pedido, principais argumentos, possíveis consequências apontadas e dispositivos normativos citados. Em seguida, todos estes elementos serão compilados, de forma a facilitar uma análise comparativa do todo selecionado.

2. Modulação temporal dos efeitos

2.1. Controle de constitucionalidade

O sistema jurídico é composto por uma série de normas que mantém uma unidade entre si. Deve haver uma harmonia para que seja efetivo o seu funcionamento. Este sistema é disposto de forma hierárquica, com a Constituição ocupando seu topo. Desta forma, todos os atos normativos decorrem de uma ordem constitucional para que sua existência seja considerada válida: a Constituição é fundamento e validade de qualquer outra norma presente no sistema jurídico. Nenhuma lei ou ato jurídico, portanto, pode subsistir se estiver em desconformidade com os ditames constitucionais.

O controle de constitucionalidade se insere em um contexto no qual se faz necessário o combate a uma norma que afronte a Constituição, colocando em risco, deste modo, todo o sistema jurídico. Trata-se de um mecanismo que submete os atos normativos a uma verificação de compatibilidade com a constituição, sob pena de serem invalidados, que possui dois requisitos, a saber, a supremacia da Constituição e a rigidez constitucional. Pelo primeiro entende-se, como dito anteriormente, a maior hierarquia da Constituição ante outras normas jurídicas, razão pela qual é fundamento de validade das demais. O segundo dispõe que as normas constitucionais devem ter um processo de elaboração mais complexo e rígido para aprovação, tendo em vista a importância de seus ditames a todo o ordenamento. Caso o contrário, não faria sentido falar-se em hierarquia quando uma norma superior pode ser alterada com a mesma facilidade que uma inferior.

O sistema brasileiro admite os critérios difuso e concentrado para o controle de constitucionalidade. Pelo primeiro, admite-se que qualquer interessado questione a inconstitucionalidade em qualquer processo. No segundo caso, temos a competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal, que exerce sua jurisdição através da Ação Declaratória de

Constitucionalidade e da Ação Direta de Inconstitucionalidade. Não busco, neste trabalho, uma delimitação quanto ao critério adotado, pois o foco da questão reside menos no instrumento processual utilizado e mais na materialidade do caso e no fenômeno da modulação. Neste sentido, não descartei qualquer acórdão baseado nesta caracterização.

2.2. Teoria da nulidade

A questão acerca dos efeitos gerados pela inconstitucionalidade é debatida há bastante tempo na doutrina, cuja solução é de fundamental importância para o tema estudado. Três foram as naturezas apontadas para os atos inconstitucionais: inexistentes, nulos ou anuláveis. Isto porque o ato inexistente ou nulo, em teoria, não gera efeitos desde sua introdução no sistema jurídico. Ato anulável, por sua vez, é aquele no qual se reconhece uma situação disforme anterior, cujo ato de extinção tem natureza declarativa. Observa-se, então, que a ação que declara a inconstitucionalidade dos dois primeiros gera, naturalmente, efeitos *ex tunc*, enquanto que do terceiro, *ex nunc*. Percebe-se que a modulação de efeitos tal como é entendida (impedimento à retroação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade) não se faz necessária no último caso, já que toda decisão profere efeitos *ex nunc*. Destaca-se a Áustria como país a adotar a teoria da anulabilidade, muito influenciado pela ideias de Hans Kelsen.⁵

No Brasil, adota-se, desde Ruy Barbosa, a teoria da nulidade dos atos inconstitucionais, dos quais se diz nulos de pleno direito. Isto ocorre por uma decorrência lógica do sistema jurídico: se a Constituição é a lei suprema, as demais não podem confrontar sua supremacia. Trata-se de um postulado que busca garantir a própria existência do Direito. Neste sentido, a inconstitucionalidade caracteriza-se pela constatação de um vício insanável, presente desde sua origem.⁶

⁵ BARROSO, 2008, P. 15 a 18

⁶ BARROSO, *loc. cit.*

Dispõe a teoria da nulidade, então, que a decisão que reconhece a inconstitucionalidade de um ato é de caráter declaratório, e não constitutivo. Assim, seus efeitos são retroativos e atingem o momento da inserção da norma inválida no sistema jurídico, restabelecendo, desta forma, o *status quo ante*.

A realidade factual, contudo, nos mostra que a simples declaração de inconstitucionalidade com a anulação de todos os efeitos gerados pela lei até o momento da decisão pode ser mais gravosa do que a sua manutenção no sistema. Isto porque muitos dos efeitos gerados dificilmente podem ser anulados, tal qual o texto formal de uma lei. Expõe de forma sublime esta inconsistência na ADI 2.240/BA, na qual houve a inconstitucionalidade de um

a lei que instituía a criação de um município. Gerou-se, no caso, um município inconstitucional, que deveria ser dissolvido segundo a teoria da nulidade. Por óbvio, trata-se de solução impossível, de forma que os efeitos anteriores da lei não poderiam ser desprezados.

Neste sentido, o legislador brasileiro buscou solucionar estas controvérsias através da flexibilização da teoria da nulidade: com o advento da Lei 9.868 de 1999, a Lei da Ação Direta de Inconstitucionalidade e da Ação Declaratória de Constitucionalidade.

2.3. *A Lei 9.868 de 1999 e seus efeitos no ordenamento brasileiro*

A lei 9.868 de 1999 inaugura o instituto jurídico da modulação, segundo o qual o STF poderá modular os efeitos de sua decisão quando constatados perigo à segurança jurídica e ao interesse social:

“Artigo 27 da Lei 9868/99. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir

que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.”

Logo em seguida, é promulgada a Lei 9.882/99, que em seu artigo 11 estabelece os mesmos parâmetros para a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), conforme mostrado na no item 1.2.1.

A partir de então os ministros não mais são obrigados a se aterem à nulidade absoluta da declaração de inconstitucionalidade. Podem eles modular os efeitos de suas decisões de forma a abarcar determinadas situações e excluir outras do espectro temporal abrangido pela decisão. Além do efeito *ex tunc*, que retroage ao momento da introdução da norma no ordenamento jurídico, conferido nas hipóteses de nulidade absoluta, os ministros podem conferir efeitos *ex nunc* ou *pro futuro*, ou seja, posteriores à declaração ou à qualquer marco temporal estabelecido por eles, respectivamente.

Pronunciou-se acerca do instituto o Ministro Celso de Mello em seu voto no Recurso Extraordinário com Agravo 709.212 DF:

“Cabe lembrar, *por oportuno*, que esta Suprema Corte, tendo em vista as *múltiplas funções inerentes à jurisprudência* – tais como *a de conferir previsibilidade* às futuras decisões judiciais nas matérias por elas abrangidas, *a de atribuir estabilidade* às relações jurídicas constituídas sob a sua égide, *a de gerar certeza* quanto à validade dos efeitos decorrentes de atos praticados de acordo com esses mesmos precedentes e *a de preservar*, assim, em respeito à *ética do Direito*, a confiança dos cidadãos nas ações do Estado –, tem reconhecido a possibilidade, mesmo em temas de índole constitucional (RE 197.917/SP, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA), de determinar, nas hipóteses de revisão substancial da jurisprudência derivada *da ruptura de paradigma*, a não incidência, *sobre situações previamente consolidadas*, dos novos critérios *que venham a ser consagrados* pelo Supremo Tribunal Federal.” (ARE 709.212/DF, Voto Min. Celso de Mello fl. 72).

Nota-se no excerto colecionado a preocupação com a manutenção dos efeitos gerados pela lei lei inconstitucional em detrimento da nulidade absoluta, tendo em vista o “imperativo de proteção de outros valores igualmente tutelados pela Carta Magna, e que poderia ser obtido por meio de um `rigoroso juízo de proporcionalidade””.⁷

Resgatando a questão dos controles difuso e concentrado, expõe Matheus Morosov:

“De início, foi prevista em lei apenas para o controle concentrado de constitucionalidade, visto que as leis mencionadas tratam do processo e julgamento de Ação Declaratória de Inconstitucionalidade (ADI), Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF). No entanto, passou a ser utilizada de forma análoga no controle difuso de constitucionalidade. É curioso o fato de que a primeira vez que a modulação de efeitos foi utilizada nos termos das leis de controle concentrado, foi em um caso de controle difuso.

Trata-se do RE 197.917/SP, em que é analisada, pelo Ministro Gilmar Mendes, a possibilidade de aplicação do instrumento nos processos de controle de constitucionalidade difuso”.⁸

Ressalta-se, além disto, que a modulação de efeitos ocorre em caráter excepcional no ordenamento brasileiro em decorrência da teoria da nulidade. Desta forma, caso não haja menção ao instituto, pressupõe-se a nulidade absoluta e, conseqüentemente, a atribuição de efeitos *ex tunc*.

2.4. *Requisitos e problemas interpretativos*

A modulação ocorre mediante o cumprimento de três requisitos apresentados pela lei: a manutenção da segurança jurídica, o interesse

⁷ OLIVEIRA, 2008, p. 4 e 5.

⁸ MOROSOV, 2013, p. 7 e 8.

social e um quórum qualificado para sua aprovação (2/3 dos membros do STF). Muito embora a análise de tais requisitos não seja o objeto da pesquisa, algumas considerações fazem necessárias.

Percebe-se nos dois primeiros requisitos conceitos jurídicos indeterminados: há uma ampla margem de discricionariedade e de interpretação para os ministros, que podem encaixar as mais diversas situações neste contexto. Neste sentido se pronuncia Flávio de Oliveira:

“No entanto, não há preocupação em relacionar, no caso concreto, os potenciais riscos da decisão retroativa a nenhum desses “valores de estatura constitucional”. Nos votos, os ministros não procuram conceituar, nem distinguir o que seria violação à segurança jurídica ou prevalência de um ou mais relevantes interesses sociais. Nesse sentido, os ministros invocam, ao votarem, a segurança jurídica e/ou um “interesse coletivo de relevância reconhecida”, de forma genérica e imprecisa, tratando-os como duas categorias que se confundem. Conforme foi possível verificar por meio da leitura das ementas dos acórdãos, também em nenhum dos votos foi possível identificar qualquer raciocínio ponderativo dos interesses em jogo, no sentido em que foi estabelecido no capítulo segundo.”⁹

Deste modo, a aplicação do instituto é cercada de incertezas que lhe conferem imprevisibilidade. A falta de clareza dos pressupostos utilizados acaba por gerar uma situação controversa: o instituto, previsto para a manutenção da segurança jurídica, torna-se objeto de indeterminação.

Seu estudo empírico, pois, adquire relevância à medida em que seu entendimento se consubstancia mediante o estudo teórico e sua aplicação nos julgados do STF.

2.5. *Modulação e direito do trabalho*

⁹ OLIVEIRA, 2008, p. 56.

A despeito de sua idade, o estudo da modulação de efeitos até o presente momento limitou-se a ramos específicos do Direito, dos quais o direito tributário adquire destaque. Expandir os estudos acerca do instituto permite maior compreensão de seus requisitos formais e materiais, o que garantiria maiores legitimidade à Corte e previsibilidade aos seus julgados, corroborando entendimento expresso pelo Ministro Celso de Mello, em voto destacado no item 2 deste capítulo.

O direito do trabalho, em específico, é um campo fértil para este estudo. Seu principal diploma legal data de 1942, tendo vigido sob quatro diferentes Constituições (as de 1937, 1946, 1967 e a atual, de 1988). Muitos de seus institutos vêm sendo, naturalmente, rediscutidos à luz da Constituição atual, renovando seus significados e retirando os incompatíveis com a nova ordem constitucional.

A tarefa do magistrado, nesta situação, é delicada. O trabalho possui elevado valor para o Estado: é citado como fundamento da República no artigo 1º, IV da Constituição; aos trabalhadores são assegurados direitos específicos, contidos no artigo 7º da Lei Maior. Ademais, é citado como fundamento das ordens econômica e social pelos artigos 170 e 193, respectivamente. Neste sentido, matérias trabalhistas possuem enorme interesse social, ocasionando situações nas quais a declaração de nulidade absoluta geraria dano muito maior do que a manutenção de uma norma inconstitucional no sistema jurídico. Preenche-se, desta forma, um dos requisitos exigidos pelo artigo 27 da Lei 9.868/99.

Ademais, o direito do trabalho é um direito protecionista. Isto significa que sua principal função é a guarda dos direitos do polo mais fraco da relação de trabalho: o trabalhador. Nas palavras de Luciano Martinez: "(...) esse ramo do direito tem a função essencial de regular a autonomia da vontade de modo a estabelecer padrões mínimos e promover a melhoria da condição social da classe trabalhadora."¹⁰

¹⁰ MARTINEZ, Luciano. *Curso de direito do trabalho*. 6ª ed. São Paulo: Editora Saraiva. 2015

Esta característica essencial materializa-se no princípio protetivo, que por sua vez subdivide-se em *princípio da norma mais favorável*, *princípio in dubio pro operario* e *princípio da manutenção da condição mais benéfica*. De forma resumida, pelo primeiro se garante a aplicação da norma mais favorável ao trabalhador quando da existência de mais de uma norma aplicável ao caso. Princípio *in dubio pro operario* entende-se como critério de interpretação, segundo o qual das mais diversas interpretações de uma norma, vigora aquela mais benéfica ao trabalhador. Por último, garante-se a manutenção dos benefícios segundo o último princípio, impedindo a ocorrência de diminuição de benefícios.

Nota-se, portanto, uma preocupação acentuada com a estabilidade e com a segurança jurídicas em uma relação de trabalho. Neste sentido, a modulação viria para corroborar a lógica protecionista deste ramo do direito e o entendimento do ministro citado anteriormente.

Como destacado no item anterior, o estudo do instituto não se completa com a análise teórica. Torna-se imperioso, então, um estudo analítico dos julgados do STF para a verificação de sua aplicação prática, objeto do próximo capítulo desta pesquisa.

3. Análise jurisprudencial - a construção de um instituto

Neste capítulo, apresentamos uma análise dos acórdãos selecionados. A melhor forma que encontramos para tornar a leitura mais fluida e aproveitar ao máximo o conteúdo dos acórdãos foi reuni-los em grupos temáticos e, ao final, no próximo capítulo, expor as conclusões gerais advindas da análise conjunta dos julgados. Pretendemos expor os detalhes de cada um e contextualiza-los à luz do direito do trabalho e, ao final, tecer uma análise generalizada de todos os acórdãos que compõe esta pesquisa.

3.1. FGTS - ARE 709.212

Observamos, neste caso, a corte julgar o prazo prescricional aplicável para cobrança de valores não depositados do FGTS. Para que possamos compreender o julgado, faz-se necessária uma explicação prévia acerca deste instituto.

O FGTS foi criado pela Lei 5.107 de 1966 como alternativa à garantia de emprego especial, ou seja, a estabilidade adquirida pelo empregado após dez anos de serviço no mesmo emprego, após os quais não poderia mais ser demitido sem justa causa. O FGTS funcionava de forma a substituir essa garantia, mediante manifestação expressa do trabalhador, através de um recolhimento adicional equivalente a oito por cento (8%) de seu salário mensal, de forma a completar, ao final de um ano, um salário (104% exatamente, considerando-se o 13º salário)¹¹. Ocorre que, à época, a natureza jurídica do FGTS era controversa, como nos mostra o ministro Gilmar Mendes em um trecho de seu voto:

¹¹ MARTINEZ, 2015, p. 684.

“À época, ainda não havia sido solucionada antiga controvérsia jurisprudencial e doutrinária acerca da natureza jurídica do FGTS, questão prejudicial à definição do prazo aplicável à cobrança dos valores não vertidos, a tempo e modo, pelos empregadores e tomadores de serviço, ao Fundo.

Em virtude do disposto no art. 20 da Lei 5.107/1966, segundo o qual a cobrança judicial e administrativa dos valores devidos ao FGTS deveria ocorrer de modo análogo à cobrança das contribuições previdenciárias e com os mesmos privilégios, o Tribunal Superior do Trabalho inclinou-se pela tese de que o FGTS teria natureza previdenciária e, portanto, a ele seria aplicável o disposto no art. 144 da Lei 3.807, de 26 de agosto de 1960 (Lei Orgânica da Previdência Social), que fixava o prazo de trinta anos para a cobrança das contribuições previdenciárias.” (ARE 709.212/DF, Voto Rel. Min. Gilmar Mendes, fl. 8)

Prevaleceu até 1988, portanto, a tese sustentando a natureza previdenciária do FGTS, gerando a consequente aplicação analógica do prazo trintenário, previsto para os benefícios previdenciários.

Com a promulgação da Constituição de 1988, contudo, o FGTS adquire regime jurídico próprio. A partir de então, deixa de ser uma alternativa à estabilidade e passa a ser direito autônomo. Isto porque a Constituição deixa expresso em seu artigo 7º, inciso III que o FGTS é direito dos trabalhadores, inserindo-o no regime trabalhista, de forma a colocar fim às discussões acerca de sua natureza. Logo após, foi promulgada a Lei 8.036 de 1990, a Lei do FGTS, que, não obstante a previsão constitucional, mantinha o prazo trintenário. Em conformidade com a lei, o Tribunal Superior do Trabalho editou súmula corroborando o prazo trintenário:

“Súmula 362. É trintenária a prescrição do direito de reclamar contra o não-recolhimento da contribuição para o FGTS, observado o prazo de 2 (dois) anos após o término do contrato de trabalho”.

Dispõe a Constituição, no entanto, em sentido contrário em seu artigo 7º, inciso XXIX:

“Artigo 7º, XXIX. ação, quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho”.

É neste contexto que se insere o presente caso, no qual se busca a solução definitiva para esta controvérsia.

Gilmar Mendes, relator do caso, argumenta no sentido de que a própria Constituição soluciona a questão ao incluir o FGTS no rol de direitos dos trabalhadores, conferindo-lhe, assim, natureza trabalhista. Além disto, a questão dos prazos também é expressamente prevista no inciso XXIX do artigo 7º. Cabe ressaltar, no entanto, que até 2000 a Constituição não continha esta disposição, inserida por meio da Emenda Constitucional 28/2000.

Também aponta o ministro que a Súmula da Corte Trabalhista é posterior à introdução do texto constitucional, datando de 2003, na qual adota parcialmente o texto constitucional. Isto porque considera apenas a parte final do texto para a edição da súmula (“observado o prazo de dois anos após o término do contrato de trabalho”). Com isto, a Corte Trabalhista considera apenas a parte que seria benéfica ao trabalhador e ignora o começo do enunciado, que prevê um prazo menor.

Para o ministro relator, trata-se de uma aplicação indevida do princípio protetivo, corolário máximo do Direito do Trabalho, que aponta como correto o maior prazo pois resguarda o direito de cobrança por mais tempo do que o menor prazo. Nas palavras do Ministro:

“O princípio da proteção do trabalhador, não obstante a posição central que ocupa no Direito do Trabalho, não é apto a autorizar, por si só, a

interpretação – defendida por alguns doutrinadores e tribunais, inclusive pelo Tribunal Superior do Trabalho – segundo a qual o art. 7o, XXIX, da Constituição estabeleceria apenas o prazo prescricional mínimo a ser observado pela legislação ordinária, inexistindo óbice à sua ampliação, com vistas à proteção do trabalhador.” (ARE 709.212/DF, Voto Rel. Min. Gilmar Mendes, fl. 14)

(...)

“Ademais, o princípio da proteção do trabalhador não pode ser interpretado e aplicado de forma isolada, sem a devida atenção aos demais princípios que informam a ordem constitucional. De fato, a previsão de prazo tão dilatado para o ajuizamento de reclamação contra o não recolhimento do FGTS, além de se revelar em descompasso com a literalidade do Texto Constitucional, atenta contra a necessidade de certeza e estabilidade nas relações jurídicas, princípio basilar de nossa Constituição e razão de ser do próprio Direito.” (ARE 709.212/DF, Voto Rel. Min. Gilmar Mendes, fl. 15)

Neste sentido, argumenta o ministro pela necessidade da modulação dos efeitos da decisão devido à manutenção, por um longo período de tempo, do entendimento de que o prazo aplicável seria o trintenário. Ao alterar uma posição historicamente adotada pelo STF, o ministro preocupasse com a segurança jurídica e com os possíveis efeitos da retroação da aplicação do prazo menor. Por isto, atribui efeitos *ex nunc* à decisão, aplicando-se aos casos cujo termo inicial ocorra após a decisão o prazo de cinco anos, e aos que já estavam em curso, o que ocorrer primeiro: os 30 (trinta) anos contados do prazo inicial ou 5 (cinco) anos contados a partir da decisão.

A maioria dos ministros acompanhou o relator em seu voto, adicionando argumentos que fortalecem a tese do relator. O Ministro Luiz Fux afirma que o FGTS é uma verba acessória, sujeita às mesmas regras que o principal, o salário, que possui prazo prescricional de 5 (cinco) anos. Além disto, cita a razoabilidade como argumento, bem como o faz o Ministro Luís Roberto Barroso, pois considera prazos de 30 (trinta) anos extensos demais.

Houve, no entanto, três votos contrários ao relator, que, mesmo vencidos, suscitam argumentos importantes. Inicialmente diverge o Ministro Teori Zavascki: para ele, não se trata de uma relação trabalhista entre empregador e empregado, mas sim uma relação intermediária entre o trabalhador e o Fundo, e entre o empregador e o Fundo, de modo que não aceita a aplicação do inciso XXIX do artigo 7º da Constituição, e vota pela manutenção da jurisprudência da Corte.

Marco Aurélio, por sua vez, entende que são discutidos dois prazos no caso: o de 2 (dois) anos após a extinção do contrato de trabalho e o de 5 (cinco) anos. Pelo último, considera o prazo prescricional, porém pelo primeiro entende ser decadencial, motivo pelo qual não seguiu o relator. O trabalhador teria direito, em até 2 (dois) anos após a extinção do contrato de trabalho, de recolher as parcelas atrasadas dos últimos cinco anos. Quanto à modulação, afirma o ministro que o trabalhador tem o dever de verificar os depósitos das parcelas, mediante controle próprio. Neste sentido, argumenta que a modulação de efeitos geraria uma procura exacerbada ao Poder Judiciário para se ajuizar ações trabalhistas pleiteando parcelas em atraso. Vota, por fim, pelo provimento parcial da ação, no sentido de se garantir o direito sob as parcelas não prescritas (atrasadas em até cinco anos), e desconhece a modulação proposta pelo relator.

Rosa Weber, por fim, utiliza argumentos trabalhistas para enfrentar a questão: segundo ela, o princípio protetivo autorizaria que a Constituição estabelecesse um piso mínimo, podendo ser aumentado por normas infraconstitucionais:

“(…)nada impede que a Constituição tenha fixado prazo prescricional determinado – e o fez no art. 7º, XXIX – e que, em função de normas coletivas ou de normas outras, uma legislação infraconstitucional – como a Lei no 8.036/1990 – expressamente assegure a prescrição trintenária para o Fundo de Garantia, por aplicação analógica e subsidiária, autorizada expressamente pelo art. 8º, parágrafo único, da CLT (…)” (ARE 709.212/DF, Voto Min. Rosa Weber, fl. 41)

Percebe-se uma argumentação diametralmente oposta entre o voto da ministra e o voto vencedor. Pela primeira, o princípio protetivo vê no texto constitucional uma proteção básica ao trabalhador, mas pelo vencedor, a interpretação constitucional é que deve fundamentar as possibilidades do legislador infraconstitucional, atuando em um espectro restritivo. Consta-se, também, que a modulação surge como medida de segurança jurídica, necessária devido à mudança de prazo.

3.2. *Depósito prévio condicional para o recurso administrativo - ADPF 156 e seus precedentes*

Trata-se do caso no qual o STF declara a inconstitucionalidade do artigo 636, § 1º da CLT, que exigia o depósito prévio do valor correspondente à multa como condição de admissibilidade de recurso administrativo interposto junto à autoridade trabalhista. Muito embora a *ratio decidendi* do caso envolva matéria administrativa, sua repercussão se dá no âmbito do direito do trabalho, isto por causar uma alteração na principal legislação trabalhista.

A questão de interesse para este trabalho, então, passa a ser a modulação dos efeitos da decisão. Após o voto da Ministra Relatora Cármen Lúcia, o Ministro Luiz Fux questiona se não seria o caso de se modular os efeitos da decisão, tendo em vista a data de promulgação do dispositivo legal, inserido na CLT pelo Decreto-Lei 229 de 1967, motivo pelo qual teria abarcado um sem número de relações jurídicas, que seriam invalidadas pela declaração de inconstitucionalidade absoluta. A resposta ao Ministro foi dada pela própria Relatora e pelos Ministros Cezar Peluso e Celso de Mello, apontando que o Tribunal havia se pronunciado acerca dos efeitos quando da revisão da jurisprudência.

Nesta ocasião, o STF julgou conjuntamente três Recursos Extraordinários que apresentavam a mesma exigência de depósito prévio, declarando sua inconstitucionalidade nos casos RE 390.513, RE 389.383 e

RE 388.359 no dia 27 de março de 2007. Os ministros utilizam-se deste precedente para operar da mesma maneira no julgamento da ADPF 156.

Em análise dos acórdãos referidos, não constatou-se qualquer deliberação acerca de uma possível modulação. Presume-se, desta forma, a nulidade absoluta aplicada ao caso, ensejando a edição da Súmula Vinculante 21: “É inconstitucional a exigência de depósito prévio ou arrolamento prévios de dinheiro ou bens para admissibilidade de recurso administrativo”, a partir da qual houve a pacificação da jurisprudência. Baseado no exposto, constata-se que o Tribunal rejeitou a modulação na ADPF 156.

Com isto, surge a questão: a operação de efeitos *ex tunc* no caso em questão geraria o direito ao ressarcimento das multas já pagas? Se a nulidade absoluta anula todos os efeitos da norma, como se nunca tivesse existido no ordenamento, a resposta lógica a esta questão é sim, teriam direito. Essa questão, contudo, não foi objeto de debate dos ministros, tampouco se constatou a existência, no STF, de ações cobrando a devolução das multas já pagas. O direito do trabalho, como direito protetivo, também deveria exigir tal reparação, haja vista sua posição sua função protetiva.

3.3. Conflito de competência - o RE 586.453 e sua repercussão na jurisdição do STF

No caso em questão, o STF discute a competência para o processamento de demandas envolvendo complementação de aposentadoria por entidades privadas. Trata-se de um julgamento conjunto, envolvendo os Recursos Extraordinários 586.453/SE e 583.050/RS. O primeiro, de relatoria da Ministra Ellen Gracie, trazia o pedido da transferência da competência da Justiça do Trabalho para a Justiça Comum. O segundo, de relatoria do Ministro Cezar Peluso, ao contrário, pedia a declaração de competência da Justiça do Trabalho. A decisão final, como se verá no decorrer da explicação, envolve uma única solução aplicada a

ambos os casos, gerando a procedência daquela e a improcedência desta. Por conter pedidos semelhantes, porém opostos em sua concretude, o caso é de análise confusa e complexa, exigindo atenção aos documentos de ambas as decisões. Até mesmo os ministros se confundiam reiteradamente, causa que gerou inúmeros debates ao longo do acórdão para a aferição da posição de cada um deles perante os casos. Não obstante, o que mais nos interessa a este estudo é o RE 586.453/SE, que teve seus efeitos modulados.

Estabeleceu-se, no julgamento, duas soluções distintas, propostas pelos relatores de cada caso. Iniciando pelo perdedor, o Ministro Cezar Peluso votou pela manutenção da jurisprudência da Corte, que previa três hipóteses: (i) compete à Justiça do Trabalho, quando a complementação de aposentadoria em âmbito privado decorre do contrato de trabalho; (ii) compete à Justiça Comum, quando a relação jurídica não se baseia no contrato de trabalho; e (iii) quando for controversa a natureza da relação jurídica, não cabe recurso extraordinário por óbice das súmulas 279 e 454. Sustenta o ministro que o STF deve se submeter ao quadro probatório e à análise dos fatos trazidas pelo tribunal de origem, que constataria, ou não, a existência do vínculo trabalhista.

Argumentando em sentido contrário, sustenta a Ministra Ellen Gracie que a manutenção da jurisprudência defendida pelo Ministro Cezar Peluso apenas corrobora a situação de insegurança jurídica, pois não soluciona, de fato, a controvérsia. O posicionamento adotado pela Corte até então simplesmente confirmava a decisão do tribunal de origem, pois pressupunha correta a análise factual realizada pelo tribunal de origem, cabendo ao STF ater-se a ela em sua decisão. Contra isto, a Ministra propõe a solução obtida através da interpretação do artigo 202, § 2º da Constituição:

“Artigo 202, § 2º. As contribuições do empregador, os benefícios e as condições contratuais previstas nos estatutos, regulamentos e planos de benefícios das entidades de previdência privada não integram o contrato de trabalho dos participantes, assim como, à exceção dos benefícios

concedidos, não integram a remuneração dos participantes, nos termos da lei.”

Conclui a ministra, desta forma, não caber, em nenhuma hipótese, a competência da Justiça do Trabalho para julgar causas envolvendo complementação de aposentadoria por entidades de previdência privada.

Sua argumentação convenceu a maioria dos ministros: Dias Toffoli, Luiz Fux, Celso de Mello e Gilmar Mendes seguiram seu voto. O Ministro Dias Toffoli reforçou a argumentação abordando a autonomização do direito previdenciário. Luiz Fux, por sua vez, sustentou a importância de se estabelecer uma tese jurídica, substituindo os critérios materiais defendidos por Cezar Peluso e os que votaram em conformidade com ele (Marco Aurélio, Cármen Lúcia e Joaquim Barbosa)¹². Celso de Mello, por sua vez, ressaltou a importância da solução apontada pela Ministra Ellen Gracie para a segurança jurídica e a proteção da confiança em nas ações do Estado.

Não obstante, ressalta a ministra:

“(…)tendo em vista a infinidade de causas ora em tramitação, desde já proponho aos colegas, na hipótese de vir a ser acompanhada pela douta maioria, que os efeitos da decisão com repercussão geral sejam limitados aos processos nos quais já haja sentença de mérito até o presente momento.” (RE 586.453/SE, Voto Min. Ellen Gracie, fl. 16)

Esclarece, logo em seguida, que o retorno às primeiras fases processuais acarretaria dano à celeridade processual (prevista no artigo 5º, LXXVIII da Constituição) e prejuízo aos interessados. Ressalta, também, a incompatibilidade entre os sistemas processuais trabalhista e civil, complicando, ainda mais, a simples remessa dos autos à Justiça Comum.

¹² Conta-se apenas nove ministros pois o julgamento foi realizado na ausência do Ministro Ricardo Lewandowski e na vacância da cadeira deixada pelo Ministro Ayres Britto.

Neste sentido propõe a modulação para manter, na Justiça Federal do Trabalho, até final execução, todos os processos dessa espécie em que já tenha sido proferida sentença de mérito, até o dia da conclusão do julgamento do recurso (20/2/13).¹³

Outras questões referentes ao instituto da modulação de efeitos foram abordados neste acórdão, tal como a possibilidade de se modular uma decisão envolvendo um caso concreto, na qual não há a declaração de inconstitucionalidade de uma lei, ou da obrigatoriedade do *quorum* previsto em lei para as Ações Direitas de Inconstitucionalidade, de maioria qualificada dos ministros.

Responde a primeira de maneira afirmativa, citando, para tanto, o HC 82.959/SP, quando o Tribunal modulou os efeitos em índole objetiva, quando da declaração incidental de inconstitucionalidade da vedação legal à progressão de regimes em casos de condenação por crime hediondo – artigo 2º, § 1º da Lei no 8.072/90.¹⁴

Para a segunda questão, a solução encontrada foi a realização de uma deliberação especialmente para que se deliberasse acerca do *quorum* necessário, aplicável a todas as situações que envolvam a aplicação do instituto em julgados de caráter objetivo. Após esta deliberação, prevaleceu a maioria qualificada prevista no texto legal.

3.3.1. A repercussão jurídica do RE 586.453

A importância deste julgado para a jurisdição do STF pode ser medida pelo número de embargos e agravos decididos com base neste acórdão: AI 681.227 AGR-ED/PI, AI 743.061 AGR/RN, AI 791.123 AgR/PB, ARE 664.799, RE 627.268 AGR/AM, RE 569.056 ED/PA e, por fim, CC

¹³ A data a ser considerada como marco temporal para a modulação foi objeto de controvérsia no debate entre os ministros. Isto porque houve o pedido de vista do Ministro Joaquim Barbosa e, quando do prosseguimento da ação, a Ministra Ellen Gracie já não mais compunha o STF. Questionou-se, então, se a modulação deveria ocorrer a partir do pronunciamento da ministra ou da decisão final do Tribunal, optando-se pela última por razões de segurança jurídica.

¹⁴ DE OLIVEIRA, 2008, p. 36

7.706. Ressalta-se que o próprio RE 586.453 já foi objeto de embargo, porém este não foi provido, mantidos válidos seus efeitos.

Dentro deste conjunto de julgados que possuem o RE 586.453 como precedente, destaca-se o CC 7.706, que nos apresenta uma situação *sui generis*. Isto porque é suscitado um conflito de competência entre duas ações tramitando em justiças distintas, a trabalhista e a civil, ambas com decisão de mérito.

Reconhece o Relator Ministro Dias Toffoli que o caso não configura conflito de competência, nos moldes do artigo 115, I e II do Código de Processo Civil de 1973:

“Em nenhum momento, portanto, houve pronunciamento da Justiça trabalhista quanto a sua competência, ou a ausência dela, para processamento da demanda.

Por outro lado, no bojo da reclamação trabalhista proposta pelo sindicato, a alegação de incompetência da Justiça do Trabalho se deu pelos réus da demanda e vem sendo arguida em todas as instâncias – até o momento sem sucesso – e sem que exista manifestação de juízo diverso quanto a sua competência para a apreciação do feito.

Não se caracteriza, assim, o conflito de competência nos moldes dos incisos I ou II do art. 115 do CPC”. (CC 7.706/SP, Voto Rel. Min. Dias Toffoli, j. 12/03/2015, fl. 20)

Trata-se, em verdade, do instituto da conexão, quando entre duas ações há mesmos medido ou causa de pedir.¹⁵ A aplicação da conexão ao caso em questão, entretanto, não é possível, tendo em vista já terem sido julgadas as ações que deram origem a ele. Observa-se, neste sentido, a súmula 235 do STJ, que afasta a aplicação da solução apontada pelo artigo 105 do CPC:

¹⁵ Artigo 103, CPC de 1973

“Súmula 235 do STJ. A conexão não determina a reunião dos processos, se um deles já foi julgado”.

A solução apontada pelo ministro, então, obtém-se através da interpretação extensiva do inciso III do artigo 115 supracitado, cuja aplicação é admitida na hipótese de possibilidade de prolação de decisões conflitantes em feitos distintos. Desta forma, embora não se caracterize o conflito de competência em sentido estrito, sua aplicação é essencial para a determinação da justiça competente. Ressalta-se, neste sentido, o pronunciamento do Ministro Luís Roberto Barroso, que aponta a segurança jurídica como finalidade última do conflito de competência, razão pela qual admite sua aplicação.¹⁶

Neste sentido opera a aplicação do RE 586.453 como precedente, através da declaração de competência absoluta da Justiça Comum. Desta forma, o processo em trâmite na Justiça trabalhista seria deslocado para a Justiça Comum para apreciação de seu conteúdo e do direito aplicável.

Interessante notar que a fórmula da modulação estabelecida no precedente não se aplica neste caso, tendo em vista que ambas as ações originárias possuem julgamento de mérito, de forma a se concluir pela competência tanto da Justiça do Trabalho quanto da Justiça Comum:

“Se a aplicação dessa regra de modulação ao casos dos autos poderia conduzir à inadmissível conclusão de que cada um dos feitos poderia ser julgado perante os respectivos juízos, uma apreciação mais detida leva à conclusão de que isso não é possível.

Isso porque aquela regra de modulação foi estabelecida com base no pressuposto de que a demanda ou havia sido proposta na Justiça comum (e aí permaneceria, por força da regra geral) ou teria sido intentada perante a Justiça do Trabalho (e, nesse caso, teria seu curso obstado nessa instância, com remessa dos autos à Justiça comum, se não contivesse sentença de mérito até 20/2/13).

¹⁶ CC 7.706/SP, Voto Min. Luís Roberto Barroso, j. 12/03/2015, fl 35.

A regra de modulação teve, portanto, por pressuposto, sua incidência sobre demandas únicas, isoladamente consideradas. Não foi, por evidente, assentada para reger divergência quanto à competência para o processamento de ações diversas.” (CC 7.706/SP, Voto Rel. Min. Dias Toffoli, j. 12/03/2015, fl. 28)

Impossível seria, então, a solução do caso através da aplicação total do RE 586.453, mas apenas de parte de seu conteúdo: a determinação da competência, apenas.

3.3.2. Exceção à aplicação do RE 586.453 como precedente - servidores públicos

Há uma exceção, contudo, às regras trazidas pelo RE 586.453, observada no embargo de declaração no embargo de declaração no embargo de declaração no agravo regimental na Reclamação 5.648. No caso, o Ministro Relator Luiz Fux corrobora o afastamento da aplicação do RE 586.453 por falta de identidade temática.

Sustenta que, a despeito da solução apontada no RE 586.453, em casos envolvendo servidores públicos, a análise das condições materiais e do vínculo estabelecido entre o servidor e a administração pública é fundamental. Isto para determinar se se trata de vínculo estatutário ou celetista. No primeiro caso, a competência seria da Justiça Comum, por se tratar de matéria administrativa; ao contrário, no segundo caso a competência seria da Justiça do trabalho, tendo em vista a submissão do servidor ao regime trabalhista.

“Assim, nos termos do que assentado pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, para a fixação da competência da Justiça Comum ou da Justiça do Trabalho, em casos como o presente, deve-se analisar a natureza do vínculo jurídico existente entre o trabalhador – termo aqui tomado em sua acepção ampla - e o órgão patronal: se de natureza jurídico-

administrativa o vínculo, a competência fixa-se como da Justiça Comum; se de natureza celetista, a competência é da Justiça Trabalhista.” (RCL 5.698 AgR-ED-ED-ED/SP, Voto Rel. Min. Luiz Fux, fl. 13)

Afasta-se, por completo, a aplicação do precedente no caso, pois considera-se a necessidade de um tratamento especial aos servidores públicos, sujeitos a dois possíveis regimes jurídicos, ao contrário do trabalhador empregado, obrigatoriamente vinculado ao direito do trabalho.

4. Conclusão

Buscamos, ao longo desta pesquisa, elementos que comprovassem uma postura protecionista da Corte ao modular os efeitos de suas decisões em se tratando de matérias trabalhistas. Os resultados obtidos, contudo, não indicam esta realidade.

Observamos, em todos os casos, a preocupação dos ministros com a segurança jurídica e com a estabilidade da jurisdição da Corte, porém não podemos justificá-la segundo a doutrina do direito do trabalho. A segurança em questão relaciona-se não ao trabalhador, mas às relações jurídicas estabelecidas entre as partes no momento da vigência da lei inconstitucional ou da jurisprudência ultrapassada, independentemente de sua natureza. Neste sentido, o requisito legal imposto pelo artigo 27 da Lei 9.868 não é preenchido pelo princípio protetivo, específico do direito do trabalho, mas sim pelo princípio geral da segurança jurídica. Sobre esta questão, é significativo o voto do Ministro Gilmar Mendes no ARE 709.212, destacado no início do capítulo anterior, no qual tece severas críticas ao Tribunal Superior do trabalho, que, segundo ele, utiliza-se deste princípio para interpretar o direito em desconformidade com a Constituição, de forma a torná-lo mais protetivo do que autoriza as normas constitucionais.

Nem mesmo o segundo requisito legal (excepcional interesse social) é capaz de provocar uma reação mais protetiva do STF: a ADPF 156 demonstra que não há nenhuma discussão específica quando outros temas são trazidos para o direito do trabalho. A questão dos depósitos prévios condicionais foi solucionada através da aplicação dos precedentes, na qual não houve modulação de efeitos. Embora pudesse se falar em decisão benéfica com a nulidade absoluta do artigo 636, § 1º da CLT, não fica claro pela leitura do acórdão se aqueles que já pagaram as multas teriam direito ao ressarcimento. Tal questão não é abordada por nenhum ministro, tendo apenas o Ministro Luiz Fux pronunciado seu incômodo com relação aos efeitos da decisão.

Da mesma forma procede a Corte no julgamento do RE 586.453, quando considerou mais relevante a estabilização de sua jurisdição do que a análise em concreto dos contatos de cada trabalhador, o que poderia favorecer-lo na concessão dos benefícios pleiteados. Muito embora tenha modulado os efeitos desta decisão, o fez por motivos de segurança jurídica, ao prever a estabilidade da jurisdição e o prejuízo processual que adviria de uma nulidade absoluta.

Concluimos, então, pela impossibilidade de se estabelecer, no âmbito trabalhista, qualquer tipo de previsibilidade acerca da aplicação da modulação, tendo em vista a ausência de argumentos fundados na doutrina específica do direito do trabalho e na ausência do enquadramento das causas como "excepcional interesse social".

Bibliografia

- BARROSO, Luís Roberto. *Controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 3ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2008.
- BRAZ, Mariane Cereja. *O STF e a modulação temporal dos efeitos no controle de constitucionalidade abstrato e concentrado*. Monografia da Escola de Formação da sbdp de 2012. Disponível em: <http://sbdp.org.br/arquivos/monografia/211_Mariane%20Braz.pdf>. Acesso em: 22 nov. 2015.
- CASTRO, João Bosco Marcial de. *O controle de constitucionalidade das leis: a legitimidade do Supremo Tribunal Federal para modular os efeitos da declaração de inconstitucionalidade*. Porto Alegre: Núria Fabris Editora, 2012.
- JACOB, Ricardo de Melo. *O STF e a modulação dos efeitos: construções jurisprudenciais sobre a aplicação deste instituto*. Monografia da Escola de Formação da sbdp de 2011. Disponível em: <http://sbdp.org.br/arquivos/monografia/200_Ricardo%20de%20Melo%200Jacob%20-%20Monografia%20-%20Revisada.pdf>. Acesso em: 22 nov. 2015.
- MARTINEZ, Luciano. *Curso de direito do trabalho*. 6ª edição. São Paulo: Editora Saraiva. 2015.
- MOROSOV, Matheus Henrique Marques. *Modulação de efeitos no STF: construção, desenvolvimento e aplicação do instrumento*. Monografia da Escola de Formação da sbdp de 2013. Disponível em: <http://sbdp.org.br/arquivos/monografia/244_Matheus%20Morosov.pdf>. Acesso em: 22 nov. 2015.
- NOGUEIRA, Antonio de Pádua Soubhie. *Modulação dos efeitos das decisões no processo civil*. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-28082015->

082859/publico/TeseCompleto_AntoniodePaduaSoubhieNogueira.pdf>.

Acesso em: 22 nov. 2015.

- OLIVEIRA, Flávio Beicker Barbosa de. *O Supremo Tribunal Federal e a dimensão temporal de suas decisões: a modulação em vista do princípio da nulidade dos atos normativos inconstitucionais*. Monografia da Escola de Formação da sbdp de 2008. Disponível em: <http://sbdp.org.br/arquivos/monografia/113_flavio.pdf>. Acesso em: 22 nov. 2015.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Controle de Constitucionalidade – modulação de efeitos*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sobreStfCooperacaoInternacional/anelxo/Respostas_Venice_Forum/4Port.pdf>. Acesso em: 3.jun.2015.