FACULDADES INTEGRADAS DO BRASIL - UNIBRASIL
PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO

CASSIO COLOMBO FILHO

A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONALTRABALHISTA: "BRINCANDO NOS CAMPOS DO SENHOR"

CURITIBA
2012

CASSIO COLOMBO FILHO

A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONALTRABALHISTA: "BRINCANDO NOS CAMPOS DO SENHOR"

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação, como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito, Faculdades Integradas do Brasil - UniBrasil.
Orientador: Prof. Dr. Otávio Campos Fisher

CURITIBA

2012

TERMO DE APROVAÇÃO

CASSIO COLOMBO FILHO

A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONALTRABALHISTA:
"BRINCANDO NOS CAMPOS DO SENHOR"

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito, Programa de Mestrado, Faculdades Integradas do Brasil – UniBrasil, pela seguinte banca examinadora:

Orientador: Prof. Dr. Otávio Campos Fisher.
Programa de Mestrado em Direito, Faculdades Integradas do Brasil – UniBrasil.

Membros: Prof. Dr. Célio Horst Waldraff (Unibrasil)

Prof. Dr. Eduardo Biacchi Gomes (Unibrasil)

Curitiba, 30 de Junho de 2012.

"O choro pode durar uma noite, mas a alegria vem pela manhã"

Salmos 30:5

AGRADECIMENTOS

Agradeço a quem, em verdade, contribuiu para essa conquista, seja de forma direita ou indireta.

Agradeço, em princípio, a Deus, pelo fabuloso dom da VIDA e pela graça da salvação.

Agradeço a meus pais CASSIO e NOELI, pelo amor e criação nos caminhos do Senhor.

Agradeço a meus filhos STÉPHANIE, SOPHIE, CÁSSIO NETO e LUCAS, pelo carinho, confiança e apoio.

Agradeço a minha amada esposa companheira e ajudadora LETÍCIA, pelo amor.

Agradeço a meu orientador e amigo Prof. Dr. OCTÁVIO CAMPOS FISCHER por ter se apresentado como a “luz no fim do túnel”, pelo seu incentivo e precisa orientação.

Agradeço à Prof. Dr.a CAROL PRONNER, coordenadora do Mestrado pela paciência e confiança.

Agradeço à prestimosa colaboração de minha assistente MARIANA CESTO, cuja ajuda na pesquisa e organização do trabalho mostrou-se fundamental e essencial à sua conclusão.

Agradeço ao meu amigo BRUNO SOUSA DE LIMA pela eficaz atuação no auxílio à pesquisa e organização deste trabalho.

SUMÁRIO

RESUMO: viii

ABSTRACT: ix

1 INTRODUÇÃO 1

1.1 "BRINCANDO NOS CAMPOS DO SENHOR" 1

1.2 DIÁLOGOS ENTRE O DIREITO DO TRABALHO E O DIREITO CONSTITUCIONAL 3

1.3 COINCIDÊNCIAS ENTRE O DIREITO DO TRABALHO E O DIREITO CONSTITUCIONAL 5

2 PARTICULARISMOS DO DIREITO DO TRABALHO 10

2.1 PARTICULARISMOS DO DIREITO DO TRABALHO 10

2.2 OBJETO DO DIREITO DO TRABALHO 10

2.3 NATUREZA DO DIREITO DO TRABALHO 11

2.4 NATUREZA DA RELAÇÃO DE TRABALHO 12

2.5 PRINCÍPIO PROTETOR E COMPENSAÇÃO 13

2.6 PRINCÍPIO DA IRRENUNCIABILIDADE 20

2.7 PRINCÍPIO DA PRIMAZIA DA REALIDADE 22

2.8 PRINCÍPIOS GERAIS DO DIREITO APLICÁVEIS AO DIREITO DO TRABALHO 23

2.9 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS APLICÁVEIS NO DIREITO DO TRABALHO 24

2.10 SUMA DOS PARTICULARISMOS 27

3 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O DIREITO DO TRABALHO 28

3.1 DIREITO DO TRABALHO E DIREITOS FUNDAMENTAIS 28

3.2 DIREITOS HUMANOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS 28

3.3 TEORIA TRADICIONAL DOS DIREITOS HUMANOS 30

3.4 OS DIREITOS HUMANOS À LUZ DA FILOSOFIA DA HISTÓRIA 35

3.5 A TEORIA TRADICIONAL FRENTE À TEORIA CRÍTICA DOS DIREITOS HUMANOS E OUTRAS CORRENTES 38

3.6 DIREITOS FUNDAMENTAIS – GERAÇÕES E DIMENSÕES 42

3.7 DIREITOS FUNDAMENTAIS E CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA 44
3.8 DIREITOS FUNDAMENTAIS E PRINCÍPIOS 47
3.9 ELENCO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS 50
3.10 DIREITOS FUNDAMENTAIS E O DIREITO DO TRABALHO 50
3.11 A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES DE TRABALHO 55
4 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL 58
4.1 NOTAS PRELIMINARES 58
4.2 CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE 60
4.2.1 Repercussão Geral 61
4.3 CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE 62
4.4 CONTROLE MISTO DE CONSTITUCIONALIDADE 63
4.5 FORMAS DE CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE 64
4.5.1 Ação direta de inconstitucionalidade 64
4.5.2 Ação declaratória de constitucionalidade 68
4.5.3 Ação direta de inconstitucionalidade por omissão 70
4.5.4 Arguição de descumprimento de preceito fundamental 72
4.6 OUTRAS AÇÕES CONSTITUCIONAIS 77
4.6.1 Mandado de injunção 77
4.6.2 Reclamação constitucional 79
4.6.3 Habeas data 83
4.6.4 Ação popular 86
4.6.5 Mandado de segurança 90
4.6.6 Ação civil pública 95
5 ALGUMAS EXPERIÊNCIAS DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NA ESFERA TRABALHISTA – "Brincando nos Campos do Senhor" 101
5.1 O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO TRABALHO 101
5.2 O ENTENDIMENTO VINCULANTE DO STF – UMA SOLUÇÃO RESSUSCITADA 101
5.3 O SALÁRIO MÍNIMO MENOS QUE MÍNIMO 107
5.4 AS POLÍTICAS SALARIAS GOVERNAMENTAIS E A CONVALIDAÇÃO DA SUBTRAÇÃO DOS ÍNDICES INFLACIONÁRIOS 110
5.5 A POLÊMICA DA SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL TRABALHISTA 116

5.6 A ATUAÇÃO INJUNTIVA DO SUPREMO NO DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS 117

5.7 A EFÊMERA VIGÊNCIA DA CONVENÇÃO 158, DA OIT NO BRASIL 121

5.8 AS CONFUSÕES COM A BASE DE CÁLCULO DO ADICIONAL DE INSALUBRIDADE 127

5.9 A CAPACIDADE POSTULATÓRIA NA JUSTIÇA DO TRABALHO – MANUTENÇÃO DO *JUS POSTULANDI* 130

5.10 AS DISPUTAS DE GOVERNO – AS QUESTÕES DE COMPETÊNCIA MATERIAL COM AS DISPUTAS ENTRE OS RAMOS DO JUDICIÁRIO 132

5.10.1 Dano Moral e Questões Contratuais – Herdeiros 132

5.10.2 Competência quanto aos Servidores Públicos 134

5.10.3 Competência quanto aos Casos de Falência 136

5.11 A RESPONSABILIDADE DOS ENTES PÚBLICOS NOS SERVIÇOS TERCEIRIZADOS – O FIM DE UMA ERA DE LUTAS 137

5.12 OUTRAS ATUAÇÕES JURISPRUDENCIAIS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO DIREITO DO TRABALHO 140

CONCLUSÃO 141

BIBLIOGRAFIA 111

RESUMO

A presente dissertação visa, inicialmente, estabelecer a problemática da atualidade atinente à questão social. Por seguinte, ressalta a necessidade de diálogo entre o Direito do Trabalho e o Direito Constitucional, aponta as peculiaridades do direito do Trabalho, aloca os direitos trabalhistas entre os direitos humanos e os direitos fundamentais, apresenta os meios de controle de Constitucionalidade pelo Poder Judiciário. Por derradeiro, realiza-se uma análise das decisões proferidas em sede de controle de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal na seara trabalhista, tanto no direito material quanto no direito processual do Trabalho, realizando-se uma investigação a respeito das repercussões desses comandos junto à sociedade. Em relação à abordagem temática do filme “Brincando nos campos do Senhor”, se nesse realça-se o choque de culturas e as experiências sociais decorrentes do contato e aculturamento dos homens brancos ocidentais e os primitivos indígenas americanos, neste trabalho procura-se salientar os efeitos práticos das decisões da suprema corte brasileira, com suas extensões e limitações perante a coletividade.

Palavras chaves: Direito do Trabalho, Direitos Humanos, Direitos Fundamentais, Controle abstrato de constitucionalidade, efeitos das decisões, Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT

This thesis aims to initially establish the problems regarding to the social question. The need for dialogue between Labor Law and Constitutional Law is approached, peculiarities of Labor Law are highlighted, as well as labor rights are identified as human and fundamental rights. Also, this study includes the control of constitutionality. At last, an analysis of decisions of the Supreme Court is made, both in substantive and procedural Labor Law, carrying out an investigation about the repercussions of these commands in society. Regarding the thematic of the movie "At Play in the Fields of the Lord," the clash of cultures and experiences arising from social contact and acculturation of Western white men and the early American Indians is approached, as this study seeks to highlight the practical effects of the decisions of the supreme Court of Brazil, with its extensions and limitations.

Keywords: Labor Law, Human Rights, Fundamental Rights, abstract control of constitutionality, the effects of decisions, the Supreme Court.

INTRODUÇÃO

1.1 "BRINCANDO NOS CAMPOS DO SENHOR"

A questão social é um problema integral e atual. Foi primeiramente constatada no século XIX, em decorrência das desigualdades sociais da classe operária, o que levou o governo a implementar políticas sociais para atenuar os efeitos nefastos que a busca pelo capital da burguesia causava à classe trabalhadora. Todavia, com o passar dos anos, tais implementações não lograram resolver o problema de forma definitiva, sendo a solução de questões sociais de extrema importância e prioridade para o alcance de uma sociedade menos desigual.

Amélia COHN afirma que:

> "(...) a questão social no Brasil, a estar desde sua origem marcada pelo crivo do vínculo do indivíduo ao mercado de trabalho, e portanto não surgindo com o traço fundamental da cidadania que é a sua universalidade trouxe consigo certos aspectos que se revelam ainda hoje determinantes do caráter perverso de nossas políticas sociais." [1]

A socióloga complementa ainda que qualquer proposta ou tentativa de atenuação dos efeitos da questão social respeita religiosamente uma regra de ouro: "o não onerar os cofres públicos".[2]

Em ligação com a matéria juslaboralista, na questão social ressaltam-se os aspectos do "desemprego" e das "condições mínimas de trabalho", para análise dos rumos do direito na regulamentação das complicadas relações entre o capital e trabalho.

A atuação do direito na tentativa de amenizar os efeitos da questão social processa-se entre as vertentes da intervenção estatal no atendimento e garantia das condições mínimas de trabalho, e as restrições quanto aos custos de mão de obra impostas pelas leis de mercado.

Para este trabalho interessam diretamente a intervenção estatal por

---

[1] COHN, Amélia. "A questão social no Brasil: a difícil construção da cidadania". *In:* MOTA, Carlos Guilherme (org.). ***Viagem incompleta*: a experiência brasileira (1500-2000): A grande transação**. São Paulo: Senac São Paulo, 2000, pp. 389. Disponível em: <http://pt.scribd.com/doc/6650935/COHN-Amelia-a-Questao-Social-No-Brasil>. Acesso em: 09 jun. 2012.

[2] *Id*.

intermédio da jurisprudência e os efeitos sociais delas decorrentes.

A intervenção estatal na questão social decorre de uma série de fatores que variam conforme a época, local, cultura, dentre outros, principalmente econômicos, que atuam ora tornando o Estado intervencionista, ora liberal, sem uma ordem pré-estabelecida, e que lembram experiências sociais como a de "Brincando nos campos do Senhor", filme de produção norte-americana de 1992 dirigido por Hector BABENCO, cujo título original é *At play in the fields of the Lord* e fala do choque de culturas[3].

A questão ideológica de tal filme é envolvida pela matriz ocidental do pensamento único e a "verdade universal" imposta que causa destruição de culturas, leva a genocídios ocasionados pela contaminação biológica, e possibilita exploração de riquezas de propriedades alheias[4].

Guardadas as devidas proporções e deixando de lado as paixões e produção "hollywoodianas", quando o estado interfere colocando marcos regulatórios nas relações sociais, principalmente entre capital e trabalho, os efeitos são sentidos em doses que variam entre a quase omissão e o excesso de regramentos, ora impondo condutas omissivas, ora por condutas comissivas, ou até impondo ações afirmativas, cujos resultados são os mais variados, e envolvem conflitos de toda natureza, em situação comparável às "brincadeiras nos campos do Senhor" a que alude o filme em apreço.

Neste trabalho serão analisadas as relações entre os ramos do Direito que atuam centralmente na questão social entre capital e trabalho: o Direito do Trabalho e o Direito Constitucional; para que depois seja feita uma abordagem dos direitos sociais do trabalho; análise dos métodos de controle de constitucionalidade de atos normativos; e, por fim, uma breve retrospectiva sobre as atuações contemporâneas do Supremo Tribunal Federal no exercício do controle de constitucionalidade na seara trabalhista.

A utilização do termo "brincando", longe de ser brincadeira ou deboche, apenas ilustra a complexidade das relações envolvidas, e em momento algum visa

---

[3] FERRARI, Márcio. Brincando nos campos do senhor (1992). **UOL**, 26 fev. 2010. Disponível em: <http://cinema.uol.com.br/resenha/brincando-nos-campos-do-senhor-1992.jhtm>. Acesso em: 22 abr 2011.

[4] **DINIZ, Luiz Antônio Garcia. CLICK CIÊNCIA.** Disponível em: <http://www.clickciencia.ufscar.br/portal/edicao25/resenha2_detalhe.php>. Acesso em: 22 abr 2011.

ser desmerecedora à Corte Constitucional Brasileira. Apenas procura incitar a reflexão de modo um tanto provocativo e releva a importância das questões de alta indagação jurídica envolvidas.

1.2 DIÁLOGOS ENTRE O DIREITO DO TRABALHO E O DIREITO CONSTITUCIONAL

Os ramos das ciências jurídicas e sociais são interligados pela busca do Direito, independentemente da perplexidade que o próprio termo causa. As discussões sobre o significado do termo "direito" são objeto de debates históricos e até de extensas obras, exemplificando-se com "O conceito de Direito" de HART[5], ou a "Teoria Pura" de KELSEN[6], ou de suas "Razões" elencadas por ATIENZA[7].

Discussões conceituais e filosóficas à parte, o "Direito" tem subdivisões criadas para fins de sistematizar seu estudo e delimitar seu alcance.

Para tal sistematização podem-se adotar diversas formas de divisão e organização.

LARENZ, por exemplo, alerta que "Do Direito ocupa-se hoje uma série de disciplinas diferentes: a filosofia do Direito, a teoria do Direito, a sociologia do Direito, a história do Direito e a Jurisprudência (<<dogmática jurídica>>), para referir somente as mais importantes"[8] e, a partir delas, organizar a "metodologia da ciência do direito".

Ante a influência "romano-germânica" que historicamente foi o esteio do nosso direito, a divisão e organização que parece mais popular e aceita, inclusive sobre a qual se funda a maioria dos cursos jurídicos no Brasil, é a clássica divisão em dois grandes ramos: "Direito Público e Direito Privado", segundo o critério da "*utilidade* pública ou particular" da relação[9].

MIGUEL REALE, que também se debruçou sobre a questão do significado

---

[5] HART, Herbert Lionel Adolphus. **O Conceito de Direito**. Trad. de Antônio de Oliveira Sette-Câmara, São Paulo: WMFmartinsfontes, 2009.

[6] KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. de João Baptista Machado, São Paulo: Martins Fontes, 1998.

[7] ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito**, Teorias da Argumentação Jurídica. Trad. de Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2000.

[8] LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Trad. de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009, p. 261.

[9] REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 24 ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 341.

do termo “Direito”, desenvolvendo, inclusive, a chamada “teoria tridimensional” (*fato, valor, e norma*)[10], prestigiou tal divisão, alertando sobre as críticas de KELSEN e RADBRUCH e, complementando a teoria romana, insistiu que essa divisão deve levar em conta não somente o elemento “interesse da coletividade e particulares”, mas também “a forma”, distinguindo-a em “relação de coordenação e de subordinação”[11].

Partindo da divisão clássica, REALE incluiu no Direito Público: o Direito Constitucional; o Direito Administrativo; o Direito Processual; o Direito Penal; o Direito do Trabalho; o Direito Internacional Privado; e, o Direito Financeiro e Tributário[12].

O mesmo autor reservou para o Direito Privado apenas: o Direito Civil; o Direito Comercial, alertando sobre suas subdivisões (Direito Agrário, Direito Cooperativo, Direito Marítimo), e propondo a unificação do Direito Privado[13] que inclusive ganhou grande vulto no Código Civil Brasileiro de 2002, do qual REALE é um dos autores do anteprojeto respectivo.

Feita esta divisão científica, a extensão e a complexidade de matéria de cada um desses ramos do direito, pode, em algum momento, causar a falsa impressão de que são estanques, autônomos, mas a interdependência entre eles é característica indelével, sempre unidos por um objetivo maior, a “busca do Direito” e com diversos pontos de interseção.

Por ser a Constituição a “Lei das Leis, Lei Máxima, à qual todas as demais se subordinam e na qual todas se fundam”[14], constituindo base no ordenamento jurídico nacional, a disciplina jurídica que a estuda relaciona todos os ramos do Direito, com maior ou menor ênfase.

Este relacionamento entre o Direito Constitucional e os demais ramos do Direito acentua-se na moderna concepção de Constitucionalismo, que de Liberal, com ênfase nos aspectos de organização do Estado e proteção de Direitos de Liberdade, cedeu espaço para o Constitucionalismo Social, ligado à promoção da

---

[10] REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 509.
[11] REALE. **Lições**, *op. cit.,* p. 342-343.
[12] *Ibidem*, p. 341-358.
[13] *Ibidem*, p. 365.
[14] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Eficácia das Normas Constitucionais e Direitos Sociais. São Paulo: Malheiros. 2011. p 12.

igualdade material, com ampliação das tarefas do Estado no campo econômico[15].

É justamente este aspecto social que será abordado neste estudo, plasmado na ligação entre o Direito do Trabalho e o Direito Constitucional, seus pontos de interseção e contato, e a forma como se exterioriza o controle entre eles, em especial por intermédio da jurisdição constitucional.

1.3 COINCIDÊNCIAS ENTRE O DIREITO DO TRABALHO E O DIREITO CONSTITUCIONAL

Apesar das aparentes antinomias e diferenciações entre o Direito do Trabalho e o Direito Constitucional, podem ser percebidas identidades e afinidades que justificam a aproximação dos estudos respectivos.

Justificando que as normas constitucionais não são as últimas além das que se pode ir, BOBBIO ensina que "o poder constituinte é o poder último,..., supremo, originário, num ordenamento jurídico", que por sua vez pressupõe uma norma que o autoriza a produzir normas jurídicas, concluindo que "*essa norma é a norma fundamental*" ao mesmo tempo atributiva e imperativa, arrematando que "A coletividade é obrigada a obedecer às normas estabelecidas pelo poder constituinte"[16].

Um Direito que estuda normas atributivas e imperativas, naturalmente sobrepõe-se aos demais, colocando-se numa posição de destaque e primazia.

Sem menosprezo de tal proeminência, e da inclusão do Direito do Trabalho no Direito Constitucional, suas afinidades e coincidências impõem a necessidade de constante interlocução para mútua compreensão e assimilação, sem disputas, sem dissidências, e sem a pretensão de primazia.

O diálogo entre os tais ramos do direito é imprescindível. IHERING proclamava que "Sem luta não há direito..."[17], o que certamente não pode implicar numa "luta entre os direitos". A luta é "pelo" direito e não "dentro" dele.

Num rápido olhar sobre a história verificam-se identidades entre os Direitos:

---

[15] BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 107.

[16] BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Trad. de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 5 ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1994, p. 58-59.

[17] IHERING, Rudolf Von. **A luta pelo direito**. Trad. de João Vasconcelos. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1991, p. 87.

- 1919 – Ano da "criação da Organização Internacional do Trabalho, conforme previsão da parte XIII do Tratado de Versailhes"[18] e publicação da Constituição de Weimar[19]. Coincidência?

- Início do Século XX – Publicação de diversas constituições com conteúdo mais amplo e com o seu reconhecimento como leis fundamentais ("...Constitucionalismo Social, de regra identificado com as Constituições Mexicana de 1917 e de Weimar de 1919..."[20]) – intervenção do Estado para pacificação das questões sociais e regulamentação trabalhista, com o apoio da Igreja Católica por intermédio da encíclica *Rerum Novarum* e o *New Deal* nos Estados Unidos após a crise econômica de 1929.[21] Coincidência?

Não é à toa que o desenvolvimento do Direito Constitucional e do Direito do Trabalho são contemporâneos. Ambos decorrem de um aperfeiçoamento de um modelo de Estado com governo democrático mediante divisão de poderes para limitá-los, florescimento da democracia com reconhecimento da soberania popular e necessidade de proteção e garantia dos direitos sociais, entre eles os direitos decorrentes do trabalho subordinado.

Percebem-se no Direito Constitucional e no Direito do Trabalho idênticos genes que, quando fecundados, simplesmente germinaram e desenvolveram-se no mesmo ambiente, com finalidades coincidentes, porém, com ênfases diferenciadas.

O Direito Constitucional, voltado para as formas de governo, e o Direito do Trabalho, para a asseguração de patamares razoáveis nas relações sociais.

Pode-se concluir que o Direito Constitucional e o Direito do Trabalho são certamente da mesma família, como irmãos, e com finalidades igualmente nobres.

Novamente consultando IHERING, verifica-se que seus exemplos de luta pelo Direito normalmente são voltados para questões trabalhistas-sociais: "Sem luta não há direito, como sem trabalho não há propriedade. À máxima: *ganharás o teu pão com o suor do teu rosto*, corresponde com tanta mais verdade estoutra.: *só na*

---

[18] MAGANO, Octavio Bueno. **Manual de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr Editora. Vol. I, p. 20.
[19] BARROSO, *op. cit.,* p. 56.
[20] MORAIS, José Luis Bolzan de. A atualidade dos direitos sociais e a sua realização estatal em um contexto complexo e em transformação. *In:* STRECK, Lenio Luis *et al* (organizador). **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 101-119.
[21] MAGANO, *op. cit.,* p. 20-21.

luta encontrarás o teu direito."[22] Destarte, a proeminência das questões sociais acentua a necessidade de constitucionalização e consagração dos direitos respectivos como fundamentais.

Entre os juslaboralistas há diversos autores que desenvolvem estudos acerca de tal relação.

Ao tratar das relações do Direito do Trabalho com o Direito Constitucional, Maurício Godinho DELGADO tece as seguintes considerações:

> O Direito Constitucional é campo decisivo no processo de inserção justrabalhista no universo geral do Direito. Em seguida ao deflagrar na tendência de constitucionalização do ramo juslaborativo, com as Cartas Máximas de 1917, no México, e 1919, na Alemanha (no Brasil, a tendência iniciou-se com a Carta de 1934), as relações entre as duas áreas acentuaram-se, significativamente.
> Após a Segunda Guerra Mundial, superadas, na Europa, as experiências traumáticas e constrangedoras do fascismo e nazismo, as novas Constituições promulgadas em importantes países europeus conferiram novo *status* ao processo de constitucionalização justrabalhista. É que passaram a inserir nos Textos Magnos não só direitos laborativos, mas principalmente princípios jurídicos, vários deles associados à mesma perspectiva de construção e desenvolvimento do Direito do Trabalho: trata-se, ilustrativamente, dos princípios da dignidade da pessoa humana, da valorização sociojurídica do trabalho, da subordinação da propriedade privada à sua função social, da justiça social como facho orientador das ações estatais e da sociedade civil etc. Nesta linha, as Constituições da França (1946), Itália (1947), Alemanha (1949); posteriormente, as Cartas Magnas de Portugal (1976) e Espanha (1978).
> No Brasil, a mesma tendência de constitucionalização verificou-se: começada em 1934, foi mantida em todas as Constituições posteriores, mesmo as de natureza autocrática (1937, 1967, 1969). Entretanto, tal tendência adquiriu novo *status* apenas com a Carta Magna de 1988. É que esta, em inúmeros de seus preceitos e, até mesmo, na disposição topográfica de sua normas (que se iniciam pela pessoa humana, em vez de pelo Estado), firmou princípios basilares para a ordem jurídica, o Estado e a sociedade – grande parte desses princípios elevando ao ápice o trabalho, tal como a matriz do pós-guerra europeu.[23]

E após tais ensinamentos, DELGADO arremata ressaltando a utilização conjunta dos Direitos: "Neste período de crise e transição da área juslaborativa, o reporte permanente à Constituição e aos princípios basilares do Direito Constitucional, ao lado dos essenciais do ramo justrabalhista, é veio condutor fundamental para o estudioso e operador do Direito do Trabalho"[24].

Ante a similaridade e contemporaneidade verifica-se muita afinidade entre o Direito do Trabalho e o Direito Constitucional.

São decepcionantes os ecos nos corredores forenses, ou da Academia, de

---

[22] IHERING, *op. cit.,* p. 87.
[23] DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 8. ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 71-72.
[24] *Ibidem*, p. 72.

juslaboralistas que alegam serem néscios em Direito Constitucional ou constitucionalistas que dizem “nada entender” de Direito do Trabalho.

Com o atual desenvolvimento das relações estatais e sociais, os Direitos Constitucional e do Trabalho estão umbilicalmente ligados, dependendo reciprocamente de combinação entre eles para correta aplicação em qualquer esfera.

Um juslaboralista, em especial o aplicador prático do Direito do Trabalho, como um juiz do Trabalho, não pode se dar ao luxo de não entender de Direito Constitucional. Já um constitucionalista, ao lidar com aplicação de Direitos Fundamentais, poderá fazê-lo com mais propriedade se tiver boas noções de Direito do Trabalho.

No campo processual, isto é mais acentuado, pois as lides trabalhistas preenchem grande parte das discussões na esfera constitucional, obrigando os juízes a pronunciarem-se sobre tais questões, seja na esfera do controle concentrado de constitucionalidade, como do controle difuso.

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal – cuja competência precípua é a “guarda da Constituição”[25], debruça-se constantemente sobre questões que envolvem relações de trabalho, seja no controle abstrato de leis, seja no controle individualizado de casos, e até na criação do Direito pela via injuntiva.

Já os juízes e tribunais trabalhistas têm de entender e respeitar os efeitos das decisões vinculantes emanadas da Corte Constitucional, pois em seu cotidiano ocupam-se das questões de controle difuso de constitucionalidade dos atos normativos e sua aplicação prática.

É importante destacar, ainda, que ao fiscalizar constitucionalidade das leis, o Poder Judiciário decide exercendo atos que decorrem de suas atribuições constitucionais, ou seja, que vertem do poder único e legítimo do povo.

Quando atua desta maneira, o Poder Judiciário exerce e participa como legítimo poder da União (art. 2º, da Constituição Federal) do governo do Estado,

---

[25]“Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: (...)”BRASIL. Constituição (1988). **Constituição:** República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 22 abr 2012.

sendo sua decisão manifestação política expressa, com toda a força e o alcance decorrentes.

É nesse sentido que os poderes da União são independentes, mas harmônicos entre si, porque cada um tem condição e possibilidade de atuar no governo com as ferramentas que a própria Constituição lhes disponibiliza. É nesse sentido que o Poder Judiciário deve atentar às consequências de suas decisões, pois sua influência tem força, importância e repercussão muito significativas.

O fenômeno das "estreitas relações" entre o Direito Constitucional e o Direito do Trabalho conduz ao advento de outra disciplina: o Direito Constitucional do Trabalho, que foi observado por diversos autores, destacando-se os ensinamentos de Paulo BONAVIDES[26], e que gera respeitável bibliografia, com extenso conteúdo doutrinário[27].

Coincidências e dissidências à parte, fica evidente a constante necessidade de diálogo entre o Direito Constitucional e o Direito do Trabalho.

No presente ensaio, visa-se a análise não de todas as questões relacionadas à aplicação conjunta do Direito Constitucional e do Direito do Trabalho, mas sim do exercício da jurisdição normativa, utilizada no controle de constitucionalidade de atos que envolvam as relações de trabalho, com o estudo de casos pontuais e práticos, e que tornam a atuação dos Poderes Públicos comparáveis às "brincadeiras nos campos do Senhor".

---

[26] BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores. 2011. p. 46.

[27] Pode ser mencionada como exemplo, entre outras, a obra Curso de Direito Constitucional do Trabalho: Estudos em homenagem ao professor AMAURI MASCARO NASCIMENTO, da lavra de Arion Sayon Romita, pela editora LTr, em 1991.

CAPÍTULO I – PARTICULARISMOS DO DIREITO DO TRABALHO

2.1 PARTICULARISMOS DO DIREITO DO TRABALHO

Ante sua finalidade social e sua forma de desenvolvimento, o Direito do Trabalho apresenta particularismos, que lhe conferem autonomia em relação às demais disciplinas jurídicas. Tais particularismos decorrem de sua natureza, da natureza da relação de trabalho que ele regulamenta e, essencialmente, dos princípios que o norteiam, dentre os quais se destacam: 1) Princípio Protetor; 2) Princípio da Irrenunciabilidade; 3) Princípio da Primazia da Realidade.

A análise de tais particularismos faz-se útil para estabelecer as peculiaridades do Direito do Trabalho frente aos demais ramos do Direito, para, depois, conectá-lo aos direitos fundamentais e demonstrar que o exercício da jurisdição constitucional tem grande aplicação na seara trabalhista, sendo norteador de sua construção.

2.2 OBJETO DO DIREITO DO TRABALHO

A definição do Direito do Trabalho proposta por MAGANO: "o conjunto de princípios, normas e instituições, aplicáveis à relação de trabalho e situações equiparáveis, tendo em vista a melhoria da condição social do trabalhador, através de medidas protetoras e da modificação das estruturas sociais"[28], denota a amplitude de sua fontes, de seu campo de atuação, e o fim para o qual convergem suas normas e instituições.

Tal definição é ampla, porque abrange não só as relações de trabalho, em especial o trabalho subordinado, mas também as situações a ele equiparáveis.

Também chama a atenção o caráter isonômico do Direito do Trabalho, pelas suas medidas compensatórias (protetoras) de caráter social[29].

---

[28] MAGANO, *op. cit.*, p. 59.

[29] Vide explicação no tópico "Princípio da Proteção (Compensação)".

Explicando a abrangência da área "jurídico-trabalhista", DELGADO propõe uma acepção "lata" do Direito do Trabalho congregando os seguintes ramos jurídicos: a) Direito Material do Trabalho (Direito Individual e Coletivo); b) Direito Internacional do Trabalho; c) Direito Público do Trabalho (Direito Processual, Direito Administrativo, Direito Previdenciário e Acidentário, e Direito Penal).[30]

A conclusão é de que o objeto do Direito do Trabalho é amplo e, atualmente vai muito além do trabalho subordinado, que por sua vez também recebeu novas dimensões e tem suas finalidades diretamente voltadas para a área social.

2.3 NATUREZA DO DIREITO DO TRABALHO

Questão polêmica e cuja discussão é constantemente suscitada é da natureza do Direito do Trabalho e seu enquadramento como ramo do Direito Público ou do Privado.

REALE sustentava a sua natureza pública dada a disciplina das relações de trabalho e da previdência social pelo Estado, justificando que em tal mister interfere na qualidade fundamental de *poder soberano*, estabelecendo equilíbrio entre as partes, com vínculos de *subordinação*, e não de *coordenação*, invocando as regras do Estado e das Convenções Coletivas de Trabalho elaboradas pelos Sindicatos que implica na predominância das normas de ordem pública.[31]

Já a doutrina juslaboralista divide-se, e uma primeira corrente consagra o Direito do Trabalho como "terceiro gênero do mundo jurídico". É o caso de SÜSSEKIND[32] que se alia a CESARINO JÚNIOR, Evaristo de MORAES FILHO, Egon GOTTSCHALK, entre outros, constituindo-se no "Direito Social", num "Direito Unitário" ou num "direito misto", como defende MAGANO[33], nem público nem privado, portanto.

Uma outra corrente, que se afigura mais atual, enquadra-o como ramo do Direito Privado, sustentando que apesar da prevalência das normas de ordem pública que o regem, há espaço para atuação da autonomia da vontade – escólio de

---

[30] DELGADO. **Curso**, *op. cit.*, p. 59-60
[31] REALE. **Lições**, *op. cit.*, p. 352-354.
[32] SÜSSEKIND, Arnaldo. MARANHÃO, Délio. VIANNA, Segadas. TEIXEIRA, Lima. Instituições de Direito do Trabalho. São Paulo: LTr Editora. 1996. Vol. I. p. 119-120.
[33] MAGANO, *op. cit.*, p. 78.

NASCIMENTO[34], a quem se alinha Mauricio Godinho DELGADO[35], entre outros.

Tal discussão é importante na medida em que ressalta as finalidades sociais, a grande quantidade de normas de ordem pública e os fins econômicos do Direito do Trabalho, salientando sua peculiaridade ante os demais ramos do Direito.

2.4 NATUREZA DA RELAÇÃO DE TRABALHO

O debate neste ponto foca-se no contratualismo da relação de emprego.

A matéria é extensa, objeto de acirrados debates doutrinários, e adota-se a opinião de Amauri Mascaro NASCIMENTO, que bem sintetiza o assunto pontuando as três teorias existentes.[36]

Há uma "teoria subjetivista" (contratualista) que sustenta a natureza contratual da relação de emprego, ante a manifestação de vontade do trabalhador que adere às condições propostas pelo empregador, sem maiores negociações.

Já a "teoria objetivista" (anticontratualista) nega a existência de acordo de vontades, e o trabalhador apenas "engaja-se" na empresa.

Uma terceira corrente é a do "ato condição", segundo a qual, uma vez formado o vínculo entre trabalhador e empregador, seus efeitos são automaticamente produzidos.

Após um acordo teórico entre as correntes contratualistas e anticontratualistas na época da elaboração da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, resultou a redação do seu artigo 442: "Contrato individual de trabalho é o acordo tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego", objeto de severas críticas da doutrina pela sua falta de técnica.[37]

Mesmo com a polêmica e críticas, foi consagrada na CLT a natureza contratual da relação de emprego, reservando-se nela o espaço para a atuação da autonomia da vontade.

---

[34] NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao Direito do Trabalho**. 34. ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 76.
[35] DELGADO, **Curso**, *op. cit.*, p. 70.
[36] NASCIMENTO, *op. cit.*, p. 237-238.
[37] DELGADO, **Curso**, *op. cit.*, p. 462.

2.5 PRINCÍPIO PROTETOR E COMPENSAÇÃO

Talvez aqui se encontre a maior fonte de mal-entendidos do Direito do Trabalho. Atualmente seria melhor tratá-lo como “princípio de compensação”, para espantar o fantasma da inexistente prevalência de uma classe econômica menos abastada sobre outra detentora do capital, o que por si só já é paradoxal.

São comuns os comentários de que o Direito do Trabalho protege apenas a parte trabalhadora nas relações de trabalho e que os juízes do Trabalho, na sua aplicação, também acabam sendo tendenciosos, ao protegerem a mesma parte[38].

As críticas são ferozes e chega-se a apontar o Direito do Trabalho como um grande gerador de despesas de contratação, causando “atritos entre a lei e a realidade no campo trabalhista”[39].

Tais afirmações só podem decorrer de excessivo apego ao liberalismo econômico e desconhecimento da doutrina trabalhista, e devem ser rechaçadas como se explica a seguir.

No cenário brasileiro o legado de maior influência foi deixado pelo uruguaio Américo PLÁ RODRIGUEZ que escreveu uma obra específica sobre os “Princípios de Direito do Trabalho”[40] e obteve grande difusão e prestígio entre os autores nacionais, que normalmente partem da referência dele para abordarem o assunto e que não serão mencionados individualmente para que não se corra o risco de omissão.

Sob o escólio de Alfredo ROCCO, PLÁ RODRIGUEZ alerta que para que um ramo de ciência tenha autonomia é necessário que preencha três requisitos, a saber: “que possua um domínio suficientemente vasto, que possua doutrinas homogêneas presididas por conceitos gerais comuns, distintos dos de outros ramos do direito, e que possua método próprio”[41], e certamente o Direito do Trabalho os

---

[38] MUSSI, Waldemar. Manicômio trabalhista. **O Estado de São Paulo**, 16 jan. 2010. Disponível em: <http://www.cofecon.org.br/index.php?option=com_docman&task=doc_view&gid=898>. Acesso em: 17 jan. 2012.

[39] PASTORE, José. **Atritos entre a Lei e a Realidade no Campo Trabalhista**. Disponível em: <http://www.josepastore.com.br/artigos/rt/rt_142.htm>. Acesso em 18-01-2012

[40] RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de Direito do Trabalho**. Tradução de Wagner D. Giglio. São Paulo: LTr; Ed.da Universidade de São Paulo, 1978.

[41] ROCCO, Alfredo. **Princípios de Derecho Mercantil.** Tradução: Espanhola, Madri, 1931, p. 67,

preenche com abundância.

Partindo de tal premissa, PLÁ RODRIGUEZ fez um levantamento entre os autores da época, notadamente os de origem hispânica e procurou sistematizar os princípios específicos de Direito do Trabalho, assim os enumerando:

> Os princípios que propomos são os seguintes: 1) princípio de proteção que se pode concretizar nestas três idéias; *in dubio, pro operario; regra da aplicação da norma mais favorável; e regra da condição mais benéfica. 2)* princípio da irrenunciabilidade de direitos; 3) princípio da continuidade da relação de emprego; 4) princípio da primazia da realidade; 5) princípio da razoabilidade, e 6) princípio da boa-fé.[42]

Entre tais princípios ganhou realce o chamado "princípio protetor", pois ele enfatizou o caráter protecionista do Direito do Trabalho, deu uma nova ótica à hermenêutica tradicional quebrando os paradigmas da especialidade e da hierarquia na solução do conflito de normas no espaço, e proporcionou uma nova dimensão à duração das normas transformando expectativas de direito do Direito Civil em normas com efeito de direito adquirido na esfera contratual trabalhista - conflito de normas no tempo.

Reforça-se o destaque na importância do princípio protetor na construção da doutrina juslaboralista, dadas a ausência de paradigma nos demais ramos do Direito e as peculiaridades de sua interpretação.

Aliás, o princípio protetor veio aliado ao de hiposuficiência, para justificar o tratamento desigual às partes que celebram um contrato de trabalho, fruto da desigualdade econômica dos contratantes, e que certamente influenciou outros sistemas como a doutrina da "proteção integral da criança e do adolescente"[43], e a

---

apud RODRIGUEZ, *op. cit.*, p. 9.

[42] RODRIGUEZ, *op. cit.*, p. 24

[43] "**Com o advento da previsão sob análise, necessário fez-se a elaboração de legislação infraconstitucional que tornasse efetivos esses direitos, o que ocorreu com a promulgação da Lei 8.069 em 1990, mais conhecida como Estatuto da Criança e do Adolescente, produto de mais uma conquista democrática da nação brasileira.** O Estatuto da Criança e do Adolescente é a normatização aplicável a todos aqueles que têm até 18 anos de idade — e em casos excepcionais até os 21 anos — a fim de garantir-lhes todo o indispensável para o seu completo desenvolvimento. Em consonância com a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança de 1989, ratificada pelo Brasil em 21.11.1990 através do Decreto 99.710, o novo regramento passou a adotar o que se denomina doutrina da proteção integral, cujo objetivo é satisfazer e garantir os direitos inerentes à criança e ao adolescente." *In*: Dicionário de Direitos Humanos da ESMPU: Estatuto da Criança e do Adolescente. ***Escola Superior do Ministério Público da União***. Disponível em: <http://www.esmpu.gov.br/dicionario/tiki-index.php?page=Estatuto%20da%20Crian%C3%A7a%20e%20do%20Adolescente>. Acesso em: 26 out 2009.

"vulnerabilidade do consumidor" para proteção de seus direitos[44].

Para minimizar a inferioridade econômica do trabalhador, que é o ponto crucial e origem da questão social e do próprio Direito do Trabalho, passaram-se a reconhecer as desigualdades compensatórias.

Durante décadas o Direito do Trabalho no Brasil foi norteado pelo princípio protetor, cuja aplicação é constantemente questionada, já que o excesso de proteção indiretamente pode resultar em discriminação, e até cria o "mito do bom direito".

Aldacy COUTINHO alerta que o Direito do Trabalho não está voltado exclusivamente à proteção do trabalhador, mas também ao próprio capital, ressaltando que os princípios de proteção ao trabalho (indisponibilidade de direitos, primazia da realidade, continuidade) vêm acompanhados dos princípios do capital (livre iniciativa, propriedade privada dos meios de produção e organização econômica capitalista)[45], mesclando com o Direito as conclusões do psicanalista francês Charles MELMAN, que faz uma interpretação bastante interessante do "discurso do capitalismo", relacionando-o com a NEP (nova economia psíquica) e dos efeitos do liberalismo econômico para "dissolução do laço social".[46]

No Judiciário Trabalhista, centro de aplicação e construção do Direito Processual do Trabalho, sentiram-se muito os efeitos da aplicação do princípio da proteção, na orientação dos juízes para solução das controvérsias em caso de provas divididas.

O próprio PLÁ RODRIGUEZ alertava para a controvérsia da questão ressalvando a posição em contrário de Benito PÉREZ, mas defendia a utilização do brocardo *in dubio pro misero* em caso de dúvida do juiz para valoração de provas assim se expressando: "a nosso juízo, cabe aplicar a regra dentro desse âmbito em casos de autêntica dúvida, para valorar o alcance ou o significado de uma prova.

---

[44] "Artigo 4º. *Omissis*. Inciso I: reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo". *In:* BRASIL. Lei 8.078/1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm. Acesso: 16 jan. 2012.

[45] COUTINHO, Aldacy Rachid. **Efetividade do Direito do Trabalho – uma mirada no 'homem sem gravidade'**. Disponível em: <http://www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev_75/Aldacy_Coutinho.pdf>. Acesso em: 16 jan. 2012.

[46] MELMAN. Charles. **O homem sem gravidade: gozar a qualquer preço**. Charles Melman: entrevistas por Jean-Pierre Lebrun. Trad. Sandra Regina Filgueiras. Rio de Janeiro: Companhia de Freud. 2008. p. 175.

Não para suprir omissões, mas para apreciar adequadamente o conjunto dos elementos probatórios, tendo em conta as diversas circunstâncias do caso"[47], e, inclusive já propunha até a distribuição do ônus da prova para o empregador como regra geral no Direito Processual do Trabalho.[48]

A repercussão estendeu-se em âmbito nacional e o escólio de CESARINO JÚNIOR era no sentido de que, em caso de dúvida sobre matéria fática que envolvesse documentação que deveria ser mantida pelo empregador, "...e o empregado for carente de prova, é justo que se decida a favor do empregado."[49], ou seja, acolheu a doutrina do *in dubio pro misero*.

Tanto o próprio PLÁ RODRIGUEZ quanto CESARINO JÚNIOR propugnavam pela utilização limitada do princípio protetor em matéria de Direito Processual do Trabalho, e tal tese acabou acolhida e consagrada no Tribunal Superior do Trabalho, através do item I do enunciado da súmula nº 338[50] de sua jurisprudência dominante que segue os exatos ensinamentos ora mencionados.

Não obstante toda a técnica até então proposta, a doutrina juslaboralista continuou desenvolvendo o princípio protetor dando-lhe outras conotações, exemplificando-se com DELGADO que desenvolveu toda uma teorização sobre "*núcleo basilar de princípios especiais*", nele inserindo o princípio da proteção, que "... não se desdobraria em apenas três outros, mas seria inspirador amplo de todo o complexo de regras, princípios e institutos que compõe esse ramo jurídico especializado."[51]

Ainda, tal autor insere no princípio em comento a "imperatividade das

---

[47] RODRIGUEZ, *op. cit.*, p.48.

[48] *Ibidem*, p. 48/49.

[49] CESARINO JÚNIOR, Antonio Francisco; CARDONE, Marly A. **Direito Social**. 2. Ed. São Paulo: LTr, 1993, vol I, p. 45.

[50] "Súmula n.º 338. JORNADA DE TRABALHO. REGISTRO. ÔNUS DA PROVA I - É ônus do empregador que conta com mais de 10 (dez) empregados o registro da jornada de trabalho na forma do art. 74, § 2º, da CLT. A não-apresentação injustificada dos controles de freqüência gera presunção relativa de veracidade da jornada de trabalho, a qual pode ser elidida por prova em contrário. II - A presunção de veracidade da jornada de trabalho, ainda que prevista em instrumento normativo, pode ser elidida por prova em contrário. III - Os cartões de ponto que demonstram horários de entrada e saída uniformes são inválidos como meio de prova, invertendo-se o ônus da prova, relativo às horas extras, que passa a ser do empregador, prevalecendo a jornada da inicial se dele não se desincumbir." *In:* BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmulas do Tribunal Superior do Trabalho. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html>. Acesso em: 20 jan. 2012.

[51] DELGADO. **Curso**, *op. cit.*, p. 183-184.

normas trabalhistas", "indisponibilidade dos direitos trabalhistas", "inalterabilidade contratual lesiva", ressaltando a "intangibilidade contratual objetiva", "intangibilidade salarial", "primazia da realidade sobre a forma", "continuidade da relação de emprego", além da "norma mais favorável" e da "condição mais benéfica", reservando a aplicação do "*in dubio pro operario*" e "maior rendimento" para as posições de controvérsia[52].

Dentre outros, tem-se, ainda, Alice Monteiro de BARROS, que também tem uma construção própria dizendo que "o princípio da proteção é consubstanciado na norma e na condição mais favorável", desdobrando a "norma mais favorável" nas teorias do "conglobamento", "acumulação", e "conglobamento orgânico"[53].

Revela-se a falta de consenso que permite interpretações particulares e aplicações diversificadas do instituto do princípio protetor.

E mais, isto acabou gerando rivalidades, um preocupante antaganonismo de interesses que são comuns, e o próprio questionamento do conceito de proteção.

Mediante interpretação mais adequada às exigências do modelo globalizado do mercado de trabalho, e seguindo a tendência de flexibilização que vem do Direito Comunitário Europeu, autores capitaneados pela doutrinadora portuguesa Maria do Rosário PALMA RAMALHO[54] dizem que os princípios são três: o princípio da "compensação da posição debitória complexa das partes" no vínculo laboral, o princípio do "coletivo" e o princípio da "autotutela laboral".

Em resumo, o princípio da "compensação da posição debitória complexa das partes" decorre da complexidade estrutural da relação de emprego e da posição que trabalhador e empregador nela ocupam, subdividindo-o em: **princípio da proteção ao trabalhador** (tutela interesses e patrimônio do empregado); e **princípio da salvaguarda dos interesses de gestão do empregador** (assegura condições necessárias ao cumprimento das obrigações contratuais e indiretamente viabiliza o contrato de trabalho).

Estes princípios abrangem regras legais e convencionais de segurança no emprego, suficiência salarial, conciliação da vida profissional com a vida privada e familiar; assistência ao trabalhador – harmoniza a norma mais favorável com o dever

---

[52] *Ibidem*, p. 183-199.

[53] BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2005, p. 169.

[54] RAMALHO, Maria do Rosário, *apud* NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao Direito do Trabalho**. 34. ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 127.

de colaboração, poder diretivo e disciplinar.

O “princípio do coletivo” destaca o componente coletivo, daí derivando as regras sobre: autonomia coletiva, gestão dos trabalhadores na empresa, interdependência dos vínculos laborais, igualdade de tratamento entre os trabalhadores.

Já pelo “princípio da autotutela laboral”, os próprios sujeitos podem defender diretamente seus direitos – greve, poder disciplinar e, onde permitido, o locaute[55].

Parece ser o primeiro momento em que o empregador é inserido na acepção do princípio protetor trabalhista, mas PALMA RAMALHO não para por aí, e continua a desenvolver sua teoria principiológica falando em “flexissegurança”, alertando que “o código genético do Direito do Trabalho é a sua matriz proteccionista...” referindo-se ao trabalho subordinado, e mencionando que na Europa há proposição de “flexibilização externa” com abertura dos sistemas jurídicos a novas modalidades de contratação laboral e a “flexibilização interna”, com a diminuição da rigidez dos regimes laborais em matérias chaves para a gestão da empresa[56].

Essa nova visão decorrente da União Europeia demanda “a construção de um direito multicultural supranacional”, como alerta Eduardo Biacchi GOMES, o qual invoca o “princípio da não-indiferença” para proteção dos direitos das minorias, mediante adoção de medidas efetivas, visando protegê-los e assegurar sua manifestação.[57] O que dizer então da asseguração dos direitos da massa trabalhadora ante a nova realidade econômica experimentada na União Europeia?

Paralelamente, na América do Sul, o autor uruguaio Héctor-Hugo BARBAGELATA prega o surgimento de uma segunda geração de princípios de Direito do Trabalho, elencando-os como: a) princípio de complementaridade e interdependência de todas as normas sobre direitos humanos; b) primazia da disposição mais favorável à pessoa humana; c) princípio da progressividade; d) princípio de irreversibilidade; e) adequação aos critérios assentados pelos

---

[55] RAMALHO, *op. cit.*, p. 127.

[56] RAMALHO, Maria do Rosário Palma. Modernizar o Direito do Trabalho para o século XXI. Notas breves sobre o livro verde da Comissão Européia de 22 de novembro de 2006 e sobre os desafios da *flexisegurança*. *In*: NAHAS, Thereza Christina (coordenação). **Princípios de direito e processo do trabalho**: questões atuais. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 33-37.

[57] GOMES, Eduardo Biacchi. **União Européia e multiculturalismo. O diálogo entre a democracia e os direitos fundamentais**. Curitiba: Juruá. 2008. p. 99-107.

organismos internacionais competentes; e f) presunção de auto-execução e auto-aplicabilidade, e daí para frente parte para princípios próprios do Direito do Trabalho que subdivide em “princípios gerais” e “princípios concretos” que devem reger a relação de trabalho, tudo com apego à chamada segunda geração de direitos humanos[58].

Como se vê, há extensas e bem fundadas orientações doutrinárias sobre a utilização, extensão e alcance do princípio protetor, procurando dar-lhe conotação mais consentânea com a realidade do mundo do trabalho globalizado. A mera compilação de todos estes estudos já demandaria a reunião de vasto material, que não é o objetivo deste trabalho. Porém, fica nítido que tal princípio foi posto em xeque, passando por reformulação, para adequar-se às exigências do modelo atual de mercado de trabalho globalizado e o enquadramento no modelo neoliberal que ele impõe[59].

Parece que o termo “protetor” assusta sobremaneira os “operadores do mercado de trabalho atual”, principalmente os empregadores, e talvez uma solução para impulsionar mais o afastamento do mito da proteção seria a utilização do termo “princípio compensador” para, a partir daí, mostrar que a asseguração de direitos fundamentais do Direito do Trabalho longe de ser entrave econômico, é exigência da interpretação atual do Direito, inclusive, para manutenção do próprio sistema capitalista.

Por ser uma das características mais marcantes do Direito do Trabalho e diferenciá-lo dos demais ramos do Direito com o seu viés tutelar, a exposição sobre tal princípio visa conectá-lo aos direitos fundamentais, sempre marcados pela inviolabilidade.

O princípio protetor assegura essa inviolabilidade dos direitos trabalhistas e tem de ser entendido como compensatório e não como privilegiador de uma classe social que não tem como ser dominante, dada sua incapacidade econômica e, consequentemente, de resistência.

---

[58] BARBAGELATA, Héctor-Hugo. Os princípios de Direito do Trabalho de segunda geração. *In*: **Cadernos da AMATRA IV**: ano 3, n. 7, Porto Alegre: HS Editora, abr/jun 2008, p. 18-29.

[59] “Resta pouca dúvida de que o <<neoliberalismo>> é o núcleo da matriz ideológica dos processos de <<mundialização>> e <<globalização>>, tendentes ao <<pensamento único>> (Ramonet)” é a conclusão de Alexandre Morais da ROSA e José Manuel Aroso LINHARES, a partir de estudos de Richard POSNER e Ulrich BECK. ROSA, Alexandre Morais da; LINHARES, José Manuel Aroso. **Diálogos com a *Law and Economics***. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 7.

2.6 PRINCÍPIO DA IRRENUNCIABILIDADE

Contrapondo-se à já relativizada ideia da obrigatoriedade da força dos contratos[60], resumida no brocardo *pacta sunt servanda,* o Direito do Trabalho desenvolveu uma espécie de vacina contra o mal gerado pelos abusos da aplicação de tal princípio, elaborando o "Princípio da Irrenunciabilidade" dos direitos trabalhistas, também conhecido por "Princípio da Indisponibilidade dos Direitos Trabalhistas".

Segundo DELGADO, tal princípio é projeção do Princípio da Imperatividade das normas trabalhistas, e "traduz a inviabilidade técnico-jurídica de poder o empregado despojar-se, por sua simples manifestação de vontade, das vantagens e proteções que lhe asseguram a ordem jurídica e o contrato".[61]

Digno de nota o questionamento feito por empregadores, principalmente em processos judiciais, no sentido de que o trabalhador tinha "livremente" e com "plena consciência" renunciado a direitos trabalhistas, tais como anotação em Carteira de Trabalho, extrapolamento de horário sem contraprestação, pedidos de demissão em situações de estabilidade no emprego, e outras manifestações de vontade, sempre atribuídas à liberdade das partes na contratação das condições de trabalho, e que não prevalecem em Juízo[62].

Muitas das críticas ao Direito do Trabalho e suas implicações decorrem do desconhecimento das restrições de renúncia a direitos fundamentais e sociais característicos dos contratos de trabalho.

---

[60] O Código de Defesa do Consumidor adotou a teoria da "onerosidade excessiva" assegurando em seu art. 6º como direito básico do consumidor: "V – a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em caso de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas." O Código Civil Brasileiro de 2002 adotou expressamente a teoria da imprevisão no art. 448. "Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação." *In:* BRASIL. Código Civil Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 20 jan. 2012.

[61] DELGADO, *op. cit*., p. 186.

[62] MUSSI, *op. cit*.

A irrenunciabilidade e inalienabilidade são traços característicos dos direitos humanos fundamentais, mas neles não são tão criticadas quanto nos direitos sociais juslaborais que os integram.

Determinados seguimentos da sociedade, por vezes resistem à irrenunciabilidade e querem transigir sobre direitos indisponíveis, como no caso da proibição francesa ao entretenimento do "lançamento de anões", adotado em algumas casas noturnas no início do século XXI, que consistia em publicamente jogar pequenos dublês o mais longe possível.

Tal prática causou comoção na França, Na cidade de Morsang-sur-Orge, onde a Prefeitura interditou um estabelecimento noturno, sob o argumento de violação da ordem pública através de prática contrária à dignidade humana. A questão teve desdobramentos a ponto de haver intervenção do mais alto Tribunal Administrativo francês vedando a prática[63]. Mas o caso não parou por aí e foi a julgamento internacional perante o órgão de defesa dos direitos humanos da ONU[64].

Eis um típico caso que apesar do consentimento do agente, não pode ser permitido porque viola a dignidade da pessoa humana e promove atividade laborativa ilícita.

Apesar da controvérsias o direito prevaleceu e foram asseguradas condições dignas de trabalho, e isto é muito comum no direito do trabalho, onde perseguem-se condições mínimas, que não podem ser objeto de renúncia pelos trabalhadores.

O empresariado não critica o caráter alimentar dos proventos numa ação de estado, mas a cobrança de verbas salariais alimentares na Justiça do Trabalho causa as já mencionadas críticas e acusações de excessiva proteção.

Os alimentos são irrenunciáveis estando tal restrição expressamente

---

[63] Decisão disponível nos seguintes *links*:

<http://www.utexas.edu/law/academics/centers/transnational/work_new/french/case.php?id=1024>

<http://archiv.jura.uni-saarland.de/france/saja/ja/1995_10_27_ce.html>. Acesso em: 20 fev. 2012.

[64] **ONU mantém proibição francesa a "lançamento de anões". UOL. Disponível em: <**http://noticias.uol.com.br/inter/reuters/2002/09/27/ult27u26540.jhtm> Acesso em: 26 jun 2012.

consagrada por regra do Código Civil Brasileiro[65], e a retribuição ao trabalho se dá por "salário" em sentido estrito ou parcelas de natureza salarial, cuja natureza é alimentícia.[66] Logo, justifica-se plenamente a irrenunciabilidade no Direito do Trabalho.

Em que pesem tais críticas, o princípio da irrenunciabilidade não só deve informar as análises que envolvem os direitos sociais, como se trata de característica essencial de direitos dessa ordem.

2.7 PRINCÍPIO DA PRIMAZIA DA REALIDADE

Outra constante crítica no Direito do Trabalho refere-se à não restrição aos documentos e outros elementos que indiciem uma relação diferente da do trabalho subordinado, e à procura de dados fáticos que melhor esclareçam e permitam uma análise apurada da situação, para verificação do preenchimento dos requisitos fáticos de uma relação de emprego.

> O **Princípio da Primazia da Realidade** significa que as relações jurídico-trabalhistas se definem pela situação de fato, isto é, pela forma como se realizou a prestação de serviços, pouco importando o nome que lhes foi atribuído pelas partes. Despreza-se a ficção jurídica. É sabido que muitas vezes a prestação de trabalho subordinado está encoberta por meio de contratos de Direito Civil ou Comercial. Compete ao intérprete, quando chamado a se pronunciar sobre o caso concreto, retirar essa roupagem e atribuir-lhe o enquadramento adequado, nos moldes traçados pelos art. 2º e 3º da CLT. Esse princípio manifesta-se em todas as fases da relação de emprego.[67]

Com a aplicação de tal princípio é comum desprezarem-se as provas documentais sobre uma relação jurídica trabalhista, prestigiando-se mais o resultado da prova oral que revele com mais precisão o que efetivamente ocorreu no caso concreto.

Na busca do fundamento e eficácia dos direitos humanos Helio GALLARDO identifica "uma distância, senão um abismo, ou seja, ruptura entre o que se diz e o

---

[65] Art. 1707. Pode o credor não exercer, porém lhe é vedado renunciar o direito a alimentos, sendo o respectivo crédito insuscetível de cessão, compensação e penhora. *In:* BRASIL, Código Civil Brasileiro, *op. cit*.

[66] "A natureza alimentar do salário é que responde por um razoável conjunto de garantias especiais que a ordem jurídica defere à parcela." *In* DELGADO. **Curso**, *op. cit.,* p. 708.

[67] BARROS, *op. cit.*, p. 186.

que se faz no campo dos direitos humanos"[68], chamando à atenção para a necessidade de observação de tais direitos sob uma ótica que coincide com a "primazia da realidade" de tal princípio.

A eficácia dos direitos fundamentais depende de observar a realidade onde o direito é aplicável e não o posicionar apenas como um ideal abstrato. Significa "fazer coincidir a teoria com a vida"[69], sem máscaras, pelo que a "primazia da realidade" aplica-se com ênfase aos direitos do homem.

2.8 PRINCÍPIOS GERAIS DO DIREITO APLICÁVEIS AO DIREITO DO TRABALHO

Mais uma vez invocam-se os ensinamentos de MIGUEL REALE, que identifica a existência de princípios gerais no Direito definindo-os como: "enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, quer para sua aplicação e integração, quer para a elaboração de novas normas"[70].

Tal autor esclarece que a maioria dos princípios gerais de Direito não consta de textos legais, sendo "*modelos doutrinários ou dogmáticos* fundamentais".[71]

O Direito do Trabalho também recepciona os princípios gerais do Direito, tais como o respeito à dignidade humana, à boa-fé contratual, à proibição do abuso de direito e do enriquecimento sem causa, à função social do direito[72], inclusive contando com expressa disposição legal insculpida no art. 8º da Consolidação das Leis do Trabalho[73], segundo o qual, em caso de omissão da norma jurídica o juiz

---

[68] GALLARDO, Helio. **Teoria Crítica: Matriz y Possibilidad de Derechos Humanos**. Murcia: Gráficas F. Gomez, (2010?). p. 9. Tradução livre de "*la* distancia*, cuando no abismo, o sea* ruptura, *entre lo que* se dice *y* se hace *em el campo de derechos humanos*".

[69] FLORES, Joaquin Herrera. **(Re)invenção dos Direitos Humanos**. Trad. de Carlos Roberto Diogo Garcia, Antonio Henrique Graciano Suxberger, Jefferson Aparecido Dias. Florianópolis: Editora Fundação Boiteux, 2009. p. 213.

[70] REALE. **Lições**, *op. cit.,* p. 306

[71] MUSSI, *op. cit*.

[72] NASCIMENTO, *op. cit.*, p. 123-124.

[73] Art. 8º - As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por eqüidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do Direito do Trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público. Parágrafo único - O direito comum será fonte subsidiária do Direito do Trabalho, naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste. *In:* BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 15 fev 2012.

deve decidir o caso de acordo com a analogia, os costumes, e os princípios gerais de direito, disposição que se afina com a do art. 4º, da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942)[74], que recebeu, a partir da Lei nº 12.376, de 30 de dezembro de 2010, a denominação de "Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro".

Ora, os princípios gerais de Direito não têm outra serventia senão a de asseguração da primazia do ordenamento jurídico, também para proteção de direitos subjetivos fundamentais do cidadão.

2.9 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS APLICÁVEIS NO DIREITO DO TRABALHO

Cabe analisar agora a relação direta do Direito do Trabalho com os direitos fundamentais assegurados no próprio corpo da Constituição.

Deve-se partir do princípio de supremacia da Constituição, que não pode ser perdido de vista na análise de qualquer questão.

Como ponderado por Luís Roberto BARROSO:

> Do ponto de vista jurídico, este é o principal traço distintivo da Constituição: sua posição hierárquica superior às demais normas do sistema. A Constituição é dotada de supremacia e prevalece sobre o processo político majoritário – isto é, sobre a vontade do poder constituído e sobre as leis em geral – porque fruto de uma manifestação especial da vontade popular, em uma conjuntura própria, em um momento constitucional. [75]

Entende-se que "o Direito do Trabalho, apesar da sua especificidade, não é um organismo solto e desvinculado dos princípios constitucionais"[76].

Talvez por falta de intimidade com a matéria os juslaboralistas identificaram os princípios com as normas constitucionais. Se isto não se adéqua à doutrina constitucionalista, realça a necessidade de utilização do binômio "Constituição – Normas Trabalhistas", como se infere da opinião de Amauri MASCARO:

---

[74] Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito. *In:* BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho, *op. cit*.

[75] BARROSO, *op. cit.,* p. 323.

[76] NASCIMENTO, *op. cit.*, p. 124.

> O juiz do trabalho não deve decidir as questões trabalhistas com base unicamente no conjunto de normas infraconstitucionais. Esse importante aspecto já foi sublinhado pelo jurista português *José Joaquim Gomes Canotilho* em conferência que proferiu em Porto Alegre, em maio de 1944, com o nome "Dizer a Norma nas Questões de Trabalho", na **qual mostrou a eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas. O juiz do trabalho é, também, embora especializado, um juiz constitucional.**
>
> **Ilustrações são oportunas, como fez o mesmo jurista. O trabalho escravo contraria o princípio fundamental da liberdade de trabalho; a dispensa de apenas alguns grevistas cuja participação na paralisação em nada difere da dos demais que aderiram ao movimento contrapõe-se, salvo peculiaridades, ao princípio constitucional da isonomia; a cobrança de contribuições sindicais em valores mais elevados daqueles que não são sócios do sindicato, com o objetivo de forçá-los a se associar, é contrária ao princípio constitucional da liberdade de sindicalização.**[77] (grifo não original)

Por isso, além dos princípios gerais do Direito aplicáveis à seara trabalhista, Amauri Mascaro NASCIMENTO elenca alguns princípios constitucionais do Direito do Trabalho, dentre os quais se destacam os seguintes:

> (...) é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer (inc. XIII); liberdade sindical (art. 8º); não-interferência do Estado na organização sindical (art. 8º, I); direito de greve (art. 9º); representação dos trabalhadores na empresa (art. 11); reconhecimento das convenções e acordos coletivos (art. 7º, XXVI); proteção em face da automação (art. 7º, XXVII); proteção contra a dispensa arbitrária ou sem justa causa (art. 7º, I); irredutibilidade dos salários (art. 7º, VI); a igualdade nas relações de trabalho, decorrência do princípio geral da igualdade; a defesa da dignidade do trabalhador, resultante do princípio geral da dignidade.[78]

Independentemente de seu tratamento como princípios ou não, é vasto o rol de direitos trabalhistas e sociais elencados na Constituição, salientando-se a interseção entre o Direito do Trabalho e o Direito Constitucional.

Não é demais lembrar que os diversos princípios constitucionais, que não se referem apenas à questão social e ao Direito do Trabalho em si, notadamente os abordados no art. 5º, da Constituição Federal, têm importância sensível na análise das questões trabalhistas.

Em primeiro lugar, destaca-se o princípio da inafastabilidade da jurisdição que identifica justamente o meio pelo qual é possível aos cidadãos pleitearem os

---

[77] NASCIMENTO, *op. cit.,* p. 124
[78] *Ibidem*, p. 125-126.

direitos e garantias que lhe são assegurados.

Assim ensina José Afonso da SILVA:

> O princípio da proteção judiciária, também chamado princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, constitui em verdade, a principal garantia dos direitos subjetivos. Mas ele, por seu turno, fundamenta-se no princípio da separação de poderes, reconhecido pela doutrina como garantia das garantias constitucionais. Aí se junta uma constelação de garantias: as da independência e imparcialidade do juiz, a do juiz natural ou constitucional, a do direito de ação e de defesa. Tudo ínsito nas regras do art. 5º, XXXV, LIV e LV.[79]

Como bem apontado por Luiz Guilherme MARINONI e Daniel MITIDIERO, um dos princípios mais relevantes presentes em nossa Constituição é o devido processo legal, referido por estes autores como "direito fundamental ao processo justo"[80]. Assim explicam os autores:

> O direito ao processo justo constitui *princípio fundamental* para organização do processo no estado Constitucional. É o *modelo mínimo* de atuação processual do Estado e mesmo dos particulares em determinadas situações substanciais. A sua observação é condição necessária e indispensável para obtenção de decisões justas.[81]

Também relevante para as controvérsias trabalhistas afigura-se o princípio da igualdade.

José Afonso da SILVA explica sobre este princípio:

> A igualdade perante o juiz decorre, pois, da igualdade perante a lei, como garantia constitucional indissoluvelmente ligada à democracia.
> O princípio da igualdade jurisdicional ou perante o juiz apresenta-se, portanto, sob dois prismas: 1) como interdição ao juiz de fazer distinção entre situações iguais , ao aplicar a lei; 2) como interdição ao legislador de editar leis que possibilitem tratamento desigual a situações iguais ou tratamento igual a situações desiguais por parte da Justiça. [82]

O princípio do contraditório também é relevante, uma vez que garante que as partes terão equidade de instrumentos no exercício do seu direito de atuar em juízo.

---

[79] SILVA, José Afonso de. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 16ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 431.

[80] SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 615.

[81] Ibidem, p. 616.

[82] SILVA, *op. cit.,* p. 221.

Nesse sentido, explicam MARINONI e MITIDIERO:

> Em geral, do ponto de vista do seu conteúdo, o direito ao contraditório é identificado com a simples bilateralidade da instância, dirigindo-se tão somente às partes. Neste contexto, o contraditório realiza-se apenas com a observância do binômio conhecimento-reação. Isto é, uma parte tem o direito de conhecer as alegações feitas no processo pela outra e tem o direito de, querendo, contrariá-las. Semelhante faculdade estende-se igualmente à produção da prova. Trata-se de feição do contraditório própria à cultura do Estado liberal, confinando as partes, no fundo, no terreno das alegações de fato e da respectiva prova.
> (...)
> Contraditório significa hoje conhecer e reagir, mas não só. Significa participar do processo e influir nos seus rumos. Isto é: direito de influência. Com essa nova dimensão, o direito ao contraditório deixou de ser algo cujos destinatários são tão somente as partes e começou a gravar igualmente o juiz. Daí a razão pela qual eloquentemente se observa que o juiz tem o dever não só de velar pelo contraditório entre as partes, mas fundamentalmente a ele também se submeter. O juiz encontra-se igualmente sujeito ao contraditório.[83]

Há, ainda, outros direitos fundamentais que se afiguram como verdadeiros princípios, porém, por ora, suspende-se a análise de tais questões, que será melhor aprofundada na aplicabilidade dos direitos constitucionais sociais.

2.10 SUMA DOS PARTICULARISMOS

O distanciamento entre o Direito Constitucional e o Direito do Trabalho pode ser decorrência dos particularismos do Direito Laboral, mas que envolvem direitos fundamentais sempre presentes nas relações de prestação de serviços, sejam ou não subordinadas, pelo que não se justifica essa separação.

A ampliação da competência material da Justiça do Trabalho depois da EC nº 45, de 30 de dezembro de 2004,, que deu nova redação ao art. 114 da Constituição da República, trouxe para discussão na Justiça Especial outras relações de trabalho que envolvem pessoalidade, não se limitando apenas o trabalho subordinado.

Nesse sentido, explica Carlos Henrique Bezerra LEITE que “com o advento da EC nº 45, de 30 de dezembro de 2004, a competência da Justiça do Trabalho foi bastante ampliada, de maneira que ela passou a processar e julgar as ações oriundas não apenas da relação de emprego, como também aquelas oriundas da

---

[83] SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel, *op. cit.,* p. 647/648..

relação de trabalho (CF, art. 114, I)"[84].

Reitera-se a necessidade de aproximação e diálogo dos interlocutores do Direito Constitucional e do Direito do Trabalho, para que tragam soluções comuns e científicas à questão social, e que as soluções propostas em ambas as esferas vão além das "brincadeiras nos campos do Senhor", com respostas adequadas, socialmente justas, independentemente da oneração dos cofres públicos e além das pressões do "divino mercado".

CAPÍTULO II – OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O DIREITO DO TRABALHO

3.1 DIREITO DO TRABALHO E DIREITOS FUNDAMENTAIS

Feito o breve apanhado sobre os marcos teóricos do Direito do Trabalho, passa-se à análise de sua interseção com os Direitos Fundamentais e a própria Constituição.

3.2 DIREITOS HUMANOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS

A matéria relacionada aos Direitos Humanos é extremamente extensa e passa por crescente sistematização. Inclusive este tem sido reconhecido como um ramo autônomo do Direito, e ao lado dos tradicionalmente mais estudados, constitui disciplina à parte nas grades curriculares de gradução e pós-gradução do ensino jurídico, junto com o Direito Civil, o Direito Penal, o Direito Comercial, o Direito do Trabalho e o próprio Direito Constitucional, entre os demais. É o novo "Direito dos Direitos Humanos", com estrutura e organização próprias, abrangendo as normas de proteção de origem tanto internacional quanto nacional.[85]

A inicial preocupação com a fundamentação dos direitos do homem evoluiu

---

[84] LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito Processual do Trabalho.** 8ª ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 174-176.

[85] PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional.** 11ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva. 2010. p. XXXIX

para a proteção dos mesmos[86], e a amplitude da matéria inviabiliza uma definição em poucas palavras do que são os Direitos Humanos.

Pinçando algumas considerações invocam-se os ensinamentos de CANOTILHO, que distingue os Direitos Humanos dos Direitos Fundamentais:

> "(...) direitos do homem são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista): direitos fundamentais são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espacio-temporalmente. Os direitos humanos arrancariam da própria natureza humana e daí o seu caráter inviolável, intemporal e universal: os direitos fundamentais seriam os direitos objetivamente vigentes numa ordem jurídica concreta."[87]

BOBBIO conclui que a expressão Direitos Humanos é "mal-definível", ressaltando a tautologia da maioria das definições, e elenca as quatro dificuldades que identifica, sem apresentar uma solução para a definição.[88] Em outra oportunidade o próprio BOBBIO limitou-se a apontar quatro problemas políticos e conceituais na caracterização dos Direitos Humanos: 1º) a relação entre a Declaração e a Constituição; 2º) natureza destes direitos (naturais, subjetivos concedidos pelo Estado, ou contratuais fundados no contrato expresso pela Constituição); 3º) modo de tutela dos direitos – separação dos poderes, com autonomia do Poder Judiciário, ou mediante participação dos cidadãos através de seus representantes; 4º) a classificação de tais direitos em: civis, políticos e sociais.[89]

Entre os constitucionalistas pátrios encontram-se utilizações sinônimas das expressões "Direitos Humanos" e "Direitos Fundamentais"[90], porém tem sido bastante prestigiada a organização do assunto proposta por INGO SARLET, quanto ao aspecto espacial:

---

[86] BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier. 2004 p. 25

[87] CANOTILHO, J.J. Gomes. ***Direito constitucional e teoria da constituição***. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2002. p. 369.

[88] BOBBIO. **A era**, *op. cit*., p. 17-18.

[89] BOBBIO, Norberto. MATEUCCI, Nicola. PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. Trad. Carmem C. Varriale. 6ª Ed. Brasília, DF: Editora Universidade de Brasília, 1994, p.354.

[90] MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Bonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 231-232.

> Em que pese sejam ambos os termos (‘direitos humanos’ e ‘direitos fundamentais’) comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira e, diga-se de passagem, procedente para a distinção é de que o termo ‘direitos fundamentais’ se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão ‘direitos humanos’ guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional)[91].

Adotando-se a divisão ora proposta, reservando-se os “Direitos Humanos” para o Direito Internacional e os “Direitos Fundamentais” para o Direito Constitucional, mantendo-se à vista seu entrelaçamento, são necessárias algumas ponderações quanto ao desenvolvimento das teorias respectivas.

3.3 TEORIA TRADICIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

Os Direitos Humanos “não são um dado, mas um construído, uma invenção humana em constante processo de construção e reconstrução,”[92] não apareceram num passe de mágica, por decreto, ou mera declaração. Provêm de uma construção histórica de reconhecimento e proteção, passando por diversos estágios.

A concepção dos direitos humanos, tal qual conhecida e reconhecida na atualidade, advém de uma construção histórica, cíclica, que parte da percepção de uma determinada mazela social, da luta de uma determinada classe pela eliminação desse mal, e ainda, da imposição (que se volta tanto ao Estado quanto aos cidadãos) de que não se realizem condutas que possam resultar na dita mazela e, enfim, de que realizem condutas que impliquem não apenas em um dever de abstenção, mas também em um dever de ação para que se possa assim proteger determinado direito e ainda efetivá-lo.[93]

---

[91] SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 34-35.

[92] PIOVESAN, *op. cit*., p. 113-114.

[93] CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. V. I. Sergio Fabris Editores: Porto Alegre, 2003, p. 33.

Nesse sentido, a ideia dos Direitos Humanos é tão antiga quanto a história das civilizações, tendo essa se manifestado no seio das sociedades por meio da defesa da dignidade humana, afigurando-se verdadeiro instrumento de combate às diversas formas de dominação do ser humano. Essas manifestações reacionárias visavam resguardar os homens dos poderes arbitrários e permitir a sua participação na vida comunitária.[94]

Em princípio, a concepção primeira de direitos humanos remonta a uma fase pré-histórica, oriunda do mundo antigo e externada por meio da religião e da filosofia. Pelos pensamentos greco-romano e cristão os homens deveriam resguardar os valores da dignidade da pessoa humana, da liberdade e da igualdade entre os homens. [95]

A partir do século XVI esses ideais antigos começaram a influenciar a concepção jusnaturalista de direitos humanos, pelo que, o homem, simplesmente por existir, é titular de direitos naturais e inalienáveis. Essa corrente teve como um dos seus expoentes São Tomás de AQUINO, o qual defendia a existência de uma igualdade cristã entre os homens e a coexistência de um direito natural e um positivo.[96]

Com os séculos XVII e XVIII a lei natural abandona a base teológica em que se fundava o direito natural medieval e passa adotar uma base racionalista, defendendo a construção racional de um sistema jurídico baseado em princípios do direito natural. Com essa mudança nos fundamentos os direitos do homem passaram a gravitar em torno do próprio indivíduo e não em volta da sociedade. Os direitos do homem, os quais eram inseparavelmente individual e social, tornaram-se estritamente direitos individuais.[97]

Nesse contexto, os ideais racionalistas de direitos naturais inalienáveis do homem e de submissão da autoridade ao direito natural foram utilizados por vários estudiosos, ora como forma de defesa dos direitos de autodeterminação, de liberdade, de manifestação, ora como forma de constituição do Estado. No entanto,

---

[94] *Id*.
[95] SARLET, *op. cit.*, p. 38.
[96] SARLET, *op. cit.*, p. 38.
[97] *Ibidem*, p. 39.

a forma mais relevante foi a utilização desse fundamento para instruir as Cartas de Direitos na Inglaterra. [98]

A esse respeito, há que se destacar a influência de Edward COKE e John LOCKE na formulação dessas disposições. O primeiro sustentava a existência de direitos fundamentais dos cidadãos ingleses, como a proteção da liberdade contra prisões arbitrárias e o reconhecimento do direito de propriedade. O segundo vislumbrava nos direitos naturais e inalienáveis do homem uma eficácia oponível até mesmo aos detentores do poder, no entanto, somente os cidadãos poderiam exercer esse direito de resistência, estando essas premissas dispostas no contrato social[99].

Consoante Perez LUÑO, a proposta de JOHN LOCKE de defesa dos direitos naturais à vida, à liberdade e à propriedade tornou-se a finalidade primordial da sociedade organizada, bem como o princípio legitimador do governo.[100] Diante disso, concebe-se que os escritos de John LOCKE serviram de fundamento para o pensamento individualista e do jusnaturalismo iluminista do século XVIII, embasados no direito do homem à liberdade, o qual se tornaria instrumento da limitação do poder estatal.

Concebe-se o pensamento kantiano como o marco final dessa fase do jusnaturalismo iluminista dos direitos humanos. KANT entendia que o direito de liberdade era um direito amplo e que nele estavam compreendidos os demais direitos, bem como entendia ser aquele um direito natural inerente à condição humana, limitado apenas pela vontade humana de coexistência.[101]

Em suma, essa corrente jusnaturalista apresenta como herança para a conceituação jurídica moderna de direitos humanos a ideia de que o homem antecede o Estado, isto é, que os direitos dos indivíduos são anteriores aos do Estado, bem como a concepção de que o Estado somente se forma por vontade do homem e que a justiça se sobrepõe ao direito positivo.[102]

---

[98] *Id*.
[99] *Ibidem*, p. 39-40.
[100] PEREZ LUÑO, A. E. Los Derechos Fundamentales, *apud Ibidem*, p. 40.
[101] SARLET, *op cit*., p. 40.
[102] CANÇADO TRINDADE, *op cit*., p. 35.

Por seguinte, segundo SARLET a concepção jusnaturalista racionalista de direitos humanos foi positivada originariamente por meio da Declaração Francesa (1789), a qual passou a prever os direitos humanos[103]. No entanto, entende Lara Ponte que a Declaração de Direito dos povos da Virgínia (1776) foi a primeira declaração de direitos da história e a Declaração Francesa (1789), a primeira a ter alcance universal.[104]

Os direitos humanos constituíram uma verdadeira bandeira das revoluções francesa, americana e inglesa, as quais derrotaram o absolutismo e fundaram os regimes democráticos modernos. Esse princípio político de liberdade frente ao Estado trouxe conclusões fundamentais para sociedade contemporânea, como a democracia e o Estado de Direito. [105]

Em termos atuais, quando se fala em "Direitos Humanos" a grande referência é a Declaração Universal dos Direitos do Homem, da Organização das Nações Unidas – ONU, de 10 de dezembro de 1948, quando "o humanismo político da liberdade alcançou seu ponto mais alto no século XX."[106]

Nesse viés, a Carta dos Direitos do Homem foi simultaneamente um documento de convergência e síntese. Convergência porque representa um combinado de anseios e esperanças, pois, desde a sua promulgação sempre foi considerada verdadeira carta de alforria para os povos que a subscreveram, após as grandes guerras. Significa síntese porque naquele momento (1948) estamparam-se direitos e garantias fundamentais que nenhuma Constituição houvera conseguido reunir sob a chancela de um consenso universal.[107]

Essa diretriz elementar dos Direitos do Homem consagra em seu rol os seguintes direitos trabalhistas:

---

[103] SARLET, *op cit.*, p. 44.

[104] LARA PONTE, Rodolfo. **Los derechos humanos en el constitucionalismo mexicano**. p. 41. Disponível em: <http://www.bibliojuridica.org/libros/libros/1/161/4.pdf>. Acesso: 25/04/2010.

[105] LARA PONTE, *op cit.*, p. 20.

[106] BONAVIDES, *op. cit.*, p. 574.

[107] *Ibidem*, p. 574-575.

Artigo XXIII

1.Toda pessoa tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego.

2. Toda pessoa, sem qualquer distinção, tem direito a igual remuneração por igual trabalho.

3. Toda pessoa que trabalhe tem direito a uma remuneração justa e satisfatória, que lhe assegure, assim como à sua família, uma existência compatível com a dignidade humana, e a que se acrescentarão, se necessário, outros meios de proteção social.

4. Toda pessoa tem direito a organizar sindicatos e neles ingressar para proteção de seus interesses.

Logo, no campo do Direito Internacional, graças à proteção aos direitos trabalhistas, e partindo-se de interpretações garantistas, as "condições justas e favoráveis de trabalho" a que alude o mencionado item "1", do artigo XXIII, da Declaração em estudo, podem tomar dimensão que implique proteção de outros direitos, inclusive, a jornada de oito horas diárias ou qualquer outra garantia que diga respeito às condições humanas essenciais do trabalhador.

Ainda no campo do Direito Internacional, a Organização Internacional do Trabalho tem grande atuação e na sua 86ª Conferência Internacional, em 18 de junho de 1998, adotou a "Declaração da OIT Sobre os Princípios e Direitos Fundamentais do Trabalho", em cujo art. 2º elencou os seguintes princípios:

a) a liberdade sindical e o reconhecimento efetivo do direito de negociação coletiva;

b) a eliminação de todas as formas de trabalho forçado ou obrigatório;

c) a abolição efetiva do trabalho infantil; e

d) a eliminação da discriminação em matéria de emprego e ocupação.

Transpondo tais princípios para o direito pátrio temos seu reconhecimento e proteção, em âmbito supralegal como analisado a seguir.

A respeito do 1º princípio, o da liberdade sindical, no Brasil o art. 8º, da Constituição Federal consagrou-o dizendo que é livre a associação profissional ou sindical. Quanto ao princípio da autonomia coletiva sindical, o art. 8º, inciso I, da Constituição Federal, resguarda de forma clara a plenitude da autonomia coletiva

dos sindicatos diante dos poderes públicos, exatamente como impõe o verdadeiro conceito de liberdade sindical, desenvolvido na Convenção nº 87, da OIT[108], ao prescrever que a lei não poderá exigir autorização do Estado para a fundação de sindicato, ressalvado o registro no órgão competente, vedadas ao Poder Público a interferência e a intervenção na organização sindical.

Destarte, o constituinte de 1988 determinou expressamente a plena liberdade de associação, independentemente de autorizações dos entes públicos, em total acordo com o princípio fundamental do Estado Democrático de Direito, inscrito no inciso V do artigo 1º da Lei Maior. Desse modo, é vedada a interferência estatal em todo tipo de associação, pois nenhum órgão público detém autoridade segundo a Lei Maior de 1988, para conferir ou não legitimidade à existência de uma associação e sua consequente representatividade.

Ao trato da eliminação de todas as formas de trabalho forçado ou obrigatório, o objeto do Direito do Trabalho reside na luta pelo reconhecimento e aperfeiçoamento da condição humana no mercado laborativo. Por isso, torna-se imperioso observar, no Estado Democrático de Direito hodierno, uma gama de direitos e garantias aptos a preservar o cidadão e a dignidade dos despossuídos, consoante se observa do capítulo dos “Direitos Sociais”, constante da Carta Política de 1988.[109]

No que tange à proibição do trabalho infantil, a Constituição Republicana, em seu art. 7º, XXXIII, admite o trabalho, em geral, a partir dos 16 anos, exceto nos casos de trabalho noturno, perigoso ou insalubre, nos quais a idade mínima se dá

---

[108] Preceitua o art. 2º da Convenção nº 87 da OIT: “Os trabalhadores e os empregadores, sem distinção de qualquer espécie, terão direito de constituir, sem autorização prévia, organizações de sua escolha, bem como o direito de se filiar a essas organizações, sob a única condição de se conformar com os estatutos da mesma”. *In:* BRASIL. **Convenção Relativa à Liberdade Sindical e à Proteção do Direito de Sindicalização: Convenção nº 87/OIT.** Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/conv_oit_87_dir_sindical.htm>. Acesso: 15 fev. 2012.

[109] DELGADO, Maurício Godinho. **Capitalismo, trabalho e emprego. Entre o paradigma da destruição e os caminhos de reconstrução.** São Paulo: LTr, 2006, p. 142.

aos 18 anos. A Constituição admite, também, o trabalho a partir dos 14 anos (art. 227, § 3º, I, CF), mas somente na condição de aprendiz. Em acréscimo, a CLT garante ao trabalhador adolescente entre 14 e 18 anos uma série de proteções especiais, detalhadas em seu Capítulo IV.

Por derradeiro, o art. 7º, inciso XXX, da Constituição Federal proíbe a diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil. Nesse inciso constitucional vigora o princípio da igualdade, que deve ser observado nas relações do trabalho. Em adição, há ainda a Convenção nº 100, da OIT, que estabelece uma política contra a discriminação.

Isto demonstra a preocupação com os direitos humanos e sua transposição do direito internacional para o nacional.

3.4 OS DIREITOS HUMANOS À LUZ DA FILOSOFIA DA HISTÓRIA

Destaca-se em princípio que são distintas as formas de se tratar dos direitos humanos, segundo Norberto BOBBIO existe a filosófica, histórica, ética, jurídica e política. Na abordagem ora apresentada utiliza-se a perspectiva denominada *filosofia da história*[110].

Segundo a concepção de Thomas HOBBES, partindo da premissa de que o homem encontrava-se num ambiente hostil, em relação à natureza e aos outros homens, reagiu a essas adversidades, por primeiro criando formas de sobrevivência, como resposta à natureza e, em seguida, formas de defesa, para resolver tal adversidade. Essas últimas “são representadas pelo sistema de regras que reduzem os impulsos agressivos mediante penas, ou estimulam os impulsos de colaboração e de solidariedade através de prêmios”. [111]

No começo as regras eram essencialmente imperativas, negativas ou positivas, e buscavam obter comportamentos desejados ou evitar os não desejados,

---

[110] BOBBIO. **A Era**, *op. cit*., p. 67.
[111] BOBBIO. **A Era**, *op. cit.*, p. 72.

invocando para tanto sanções celestes ou terrenas. Assim nasce o mundo moral, com a incumbência de formulação, imposição e aplicação de mandamentos ou proibições, e, portanto, do ponto de vista daqueles a quem são dirigidos os mandamentos e as proibições, de obrigações. [112]

Os códigos morais visavam comprimir e não libertar, restringir e não ampliar os espaços de liberdade, como ainda, corrigir os errados, não os deixando agir livremente. Com isso, a moral sempre foi voltada mais para os deveres do que para os direitos. Para passar do código dos deveres para o código dos direitos era necessária uma inversão de valores, isto é, a moral não podia ser notada pelo ponto de vista da comunidade, mas sim do indivíduo.

A grande reviravolta iniciou no Ocidente a partir da concepção cristã da vida, pela qual todos os homens são irmãos enquanto filhos de Deus. A doutrina filosófica do jusnaturalismo, fez do indivíduo, e não mais da sociedade, o ponto de partida para construção de uma doutrina moral e do direito. No estado de natureza, para HOBBES, os homens voltavam-se uns contra os outros para defender-se. Em LOCKE, considerado um dos inspiradores dos direitos do homem, no princípio, não estava o homem em disputa, guerra constante, como em HOBBES, mas sim num estado de liberdade, ainda que nos limites da lei. [113]

Com John LOCKE nota-se que a doutrina jusnaturalista acolhe a concepção individualista da sociedade, abandonando-se a antiga concepção organicista, pela qual a sociedade estava acima dos indivíduos. O princípio dessa concepção individualista deu-se em HOBBES, com a contraposição entre indivíduo e Estado, sendo esse concebido como um *corpo artificial*. Pela concepção individualista o indivíduo vem em primeiro plano, o qual possui valor em si mesmo, e depois o Estado, já que o Estado é feito pelo indivíduo e não vice-versa, consoante o art. 2º, da Declaração dos Direitos Humanos de 1789[114].

Nessa toada é invertida também a relação entre direito e dever, pois, em relação aos indivíduos primeiro tem-se os direitos e depois os deveres e, em relação ao Estado primeiro os deveres e depois os direitos. A mesma inversão ocorre em relação à finalidade do Estado, a qual para o organicismo “é a luta contra as facções

---

[112] Id.
[113] BOBBIO. **A Era**. *op. cit.*, p. 75-76.
[114] BOBBIO. **A Era**. *op. cit.*, p. 76.

que, dilacerando o corpo político, o matam; e, para o individualismo, é o crescimento do indivíduo, tanto quanto possível livre dos condicionamentos externos”[115].

Essa mesma inversão se deu com o valor “justiça”, pois numa concepção organicista o justo significava cada uma das partes da qual era composto o Estado deveria desempenhar uma função própria, enquanto que no individualismo o justo era que cada indivíduo fosse tratado de forma pudesse satisfazer suas necessidades e atingir suas finalidades.

Embora se diga que o primado do direito sobre a obrigação é um traço marcante do direito romano, destaca-se que essa relação era apenas entre particulares. Com isso, o reconhecimento dos direitos do homem, surge quando esse se dá na esfera das relações interpessoais entre indivíduos, e entre esses e o Estado, aparecendo assim o direito subjetivo público*,* que caracteriza o Estado de Direito. [116]

É com o nascimento do Estado de Direito que ocorre a passagem final da visão organicista para a individualista. No Estado de Direito, o indivíduo tem, em face do Estado, não apenas direitos privados, mas também públicos. O Estado de Direito é o Estado dos cidadãos.

Desde o seu surgimento com o pensamento político a partir dos séculos XVII e XVIII, a doutrina dos direitos do homem evoluiu bastante, tendo passado pelos processos de conversão em direito positivo, de generalização e de internacionalização, estando atualmente na fase de “especificação”, onde se parte da concepção abstrata de sujeito “homem”*,* para uma concepção específica desse homem, que podem ser os idosos, as crianças, as mulheres, os portadores de necessidades especiais, dentre outros. [117]

3.5 A TEORIA TRADICIONAL FRENTE À TEORIA CRÍTICA DOS DIREITOS HUMANOS E OUTRAS CORRENTES

Em relação às críticas aos direitos humanos vale mencionar a lição de Norberto BOBBIO, para o qual os direitos humanos são mal definidos, variáveis e

---

[115] *Ibidem*, p. 77.
[116] *Ibidem*, p. 78.
[117] BOBBIO. Op. cit., p. 78-79.

heterogêneos. Por primeiro, entende que os direitos humanos não apresentam uma conceituação precisa sobre o que exatamente são, a maioria é tautológica: “Direitos dos homens são os que cabem ao homem enquanto homem.” [118] São “variáveis” pois sua fundamentalidade varia conforme a época histórica e a civilização que dele se utiliza. São heterogêneos porque agregam diversos valores, mesmo que contraditórios entre si. [119]

Em outro aspecto, reforçando o caráter etnocêntrico ocidental dos direitos humanos, colaciona-se o entendimento de Chantall MOUFFE, a qual entende que o conceito de direitos humanos ocidental possui como pressupostos: a natureza humana universal conhecida por sua racionalidade, a dignidade absoluta e irredutível do ser humano e a autonomia do indivíduo. No entanto, assevera que esses atributos são apenas ocidentais e liberais, pelo que se distinguem de concepções de dignidade da pessoa humana adotadas por outras culturas.[120]

A autora destaca que na Índia e na China o conceito direito do homem não encontra guarida, pois nessas culturas o homem não é visto de forma isolada do resto do mundo natural. Em sociedades não ocidentais e não liberais a ideia de autonomia individual não possui grande prioridade, pois as tomadas de decisões são menos individualistas e mais solidárias entre os membros de uma sociedade. Releva que liberdade pode ser a última palavra na comunidade européia, mas para o Oriente a palavra importante é harmonia. [121]

Outra crítica à concepção de direitos humanos parte de Boaventura de Sousa SANTOS, o qual afirma que esses direitos afiguram-se instrumentos da globalização hegemônica, que visam impor os valores ocidentais, considerados universais, para o resto do mundo. Note o entendimento:

> “Enquanto forem concebidos como direitos humanos universais, os direitos humanos tenderão a operar como localismo globalizado e, portanto, como uma forma de globalização hegemônica. Para poderem operar como forma de cosmopolitismo, como

---

[118] BOBBIO. Op. cit., p. 37.
[119] BOBBIO. Op. cit., p. 36-42.
[120] MOUFFE, Chantal. **Can human rights accomodate pluralism?** Centre for the Study of Democracy - University of Westminster. Londres, 2010, p 05.

[121] Id.

> globalização contra-hegemônica, os direitos humanos têm de ser reconceitualizados como multiculturais."[122]

Em suma, pode-se observar que as críticas sobre os fundamentos dos Direitos Humanos giram em torno do modelo liberal capitalista sobre o qual foram reconhecidos e declarados tais direitos, inviabilizando sua eventual aplicação prática.

Noutro panorama crítico, cumpre dar ênfase à chamada "Teoria Crítica dos Direitos Humanos", capitaneada por Joaquin Herrera FLORES[123], que de maneira realista e despida de preconceitos, identifica o grande distanciamento entre a teoria e a prática e propõe uma nova visão, com uma preocupação principal na eficácia da aplicação dos Direitos, partindo de novos conceitos e explorando melhor os antigos a partir de "um universo normativo de resistência", com base nos valores liberdade, igualdade, solidariedade, embasados nos conceitos de "autoconservação e liberdade" do filósofo Baruch SPINOZA[124].

Para FLORES a polêmica sobre os direitos humanos no mundo de hoje está centrada em duas visões, duas racionalidades e duas práticas. A princípio, uma visão abstrata, vazia de conteúdo e referências com relação às circunstâncias reais das pessoas e centrada em volta da concepção ocidental de direito e do valor da identidade. Em segundo lugar, uma visão localista, na qual prevalece o próprio, a visão do indivíduo com respeito a dos outros e centrada em torno de uma ideia particular de cultura e de valor da diferença. [125]

A visão abstrata traz uma racionalidade jurídico-formal, que representa uma prática universalista. De outro lado, a visão localista possui uma racionalidade material-cultural, que significa uma prática particularista.[126]

---

[122] SOUSA SANTOS, Boaventura de. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. *In*: SOUSA SANTOS, Boaventura de (Org). **Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo cultural**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 438.

[123] FLORES, Joaquin Herrera. **Teoria Crítica dos Direitos Humanos**, Os Direitos Humanos como Produtos Culturais. Trad. e rev. De Luciana Caplan, Carlos Roberto Diogo Garcia, Antonio Henrique Graciano Suxberger, Jefferson Aparecido Dias. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009. p. 191.

[124] PEREIRA, Rafael Rodrigues. **O conatus de Spinoza: auto-conservação ou liberdade.** Disponível em: <http://www.fflch.usp.br/df/espinosanos/ARTIGOS/numero%2019/rafael19.pdf>. Acesso em 20-01-2012.

[125] FLORES, Joaquin Herrera. **(Re)invenção dos Direitos Humanos**. Trad. de Carlos Roberto Diogo Garcia, Antonio Henrique Graciano Suxberger, Jefferson Aparecido Dias. Florianópolis: Editora Fundação Boiteux, 2009. p. 155.

[126] FLORES. **(Re)invenção**, *op. cit.*, p. 155.

De acordo com FLORES ambas as visões possuem razões de peso para serem defendidas, observe-se:

> "O direito, visto desde sua aparente neutralidade, pretende garantir a "todos" e, não apenas a uns frente a outros, um marco de convivência comum. A cultura, vista desde seu aparente encerramento local, pretende garantir a sobrevivência de alguns símbolos, de uma de conhecimento e de valorização que orientam a ação do grupo para os preferidos por seus membros. O problema surge quando cada uma dessas visões se considera superior e tende a considerar inferior ou rechaçar o que a outra visão propõe. O direito acima do cultural e vice-versa. A identidade como algo prévio à diferença ou vice-versa. Nem o direito, garantidor de identidade comum, é neutro; nem a cultura, garantidora da diferença, é algo fechado. O relevante é construir uma cultura dos direitos que acolha em seu seio a universalidade das garantias e o respeito pelo diferente. Mas isso já supõe outra visão que assuma a complexidade do tema que abordamos. Essa visão complexa dos direitos humanos é a que queremos desenvolver nestas páginas. Seu esquema será o seguinte:
> Visão complexa -> Racionalidade de resistência -> Prática intercultural
> Com essa visão queremos superar a polêmica entre o pretendido universalismo dos direitos e a aparente particularidade das culturas. Ambas as afirmações são o produto de visões distorcidas e reducionistas da realidade. Ambas acabam ontogilizando e dogmatizando seus pontos de vista ao não relacionar suas propostas com os contextos reais. (...)[127]

Elaborando uma crítica às doutrinas existentes, FLORES propõe uma teoria realista e crítica dos direitos humanos que seja capaz de potencializar novas reflexões e novas práticas sociais. Por primeiro, entende ser necessário assegurar uma visão realista do mundo em que se vive e atua. Por segundo, desestabilizar o sentimento comum de opressão a partir de experimentações de hipóteses elaboradas por meio de perguntas e possíveis respostas.[128]

Por seguinte, para a construção de uma teoria realista e crítica dos direitos humanos, FLORES apresenta quatro condições e cinco deveres básicos, a saber: **condições** - 1) assegurar uma visão em que vivemos e desejamos atuar; 2) ter um pensamento de combate – eficaz com vistas à mobilização; 3) reconhecer coletividades sociais determinadas, que necessitam do pensamento crítico para elaborarem uma visão alternativa do mundo e sentirem-se seguras ao lutar pela dignidade; 4) buscar permanente de exterioridade em relação ao sistema dominante[129].

Em continuidade, consideram-se **deveres**: 1) reconhecimento de que todos e todas devem ter possibilidade de reagir culturalmente frente ao entorno de

---

[127] Ibidem, p. 155-156.
[128] PRONER, Carol. Reinventando lós derechos humanos: el legado de Joaquín Herrera Flores. *In:* PRONER, Carol; CORREAS, Oscar [Coord]. **Teoria critica dos direito humanos: *in memoriam* Joaquín Herrera Flores**. Belo Horizonte: Fórum. 2011p. 32.
[129] FLORES. **(Re)invenção**, *op. cit.*, p. 61-66.

relações no qual vivemos; 2) respeito como forma de conceber o reconhecimento como condição necessária mas não suficiente na hora de por em prática as lutas pela dignidade; 3) reciprocidade para saber devolver o que tomamos dos outros para construir nossos privilégios; 4) responsabilidade em caso de termos de ser recíprocos perante o dano cometido aos outros; 5) redistribuição – estabelecimento de regras jurídicas, fórmulas institucionais e ações políticas e econômicas concretas que possibilitem a todos não comente satisfazer as necessidades vitais primárias, indo além, na construção de uma dignidade humana não submetida aos processos depredadores do sistema impostos pelas necessidade de benefício imediato que caracterizam o modo de relações baseado no capital[130].

Para materializar a teoria realista e crítica dos direitos humanos FLORES propõe uma estratégia de ponderação de elementos a partir de uma representação gráfica, o diamante ético. Essa representação é composta por elementos teóricos e conceituais que conduzem a um raciocínio crítico, note-se:

> "Na qualidade de diamante, nossa figura pretende afirmar indiscutível interdependência entre os múltiplos componentes que definem os direitos humanos no mundo contemporâneo. Com o "diamante ético", nos lançamos a uma aposta: os direitos humanos visto em sua real complexidade constituem o marco para construir uma ética que tenha como horizonte a consecução das condições para que "todas e todos" (indivíduos, culturas, formas de vida) possam levar à prática sua concepção da dignidade humana.[131]

Os elementos do diamante ético são os seguintes: 01) Eixo vertical – Conceituais - a) teorias; b) posição; c) espaço; d) valores; e) narração; f) instituições; 02) Eixo horizontal – Materiais - a) forças produtivas; b) disposição; c) desenvolvimento; d) práticas sociais; e) historicidade; f) relações sociais.[132]

Em síntese, de acordo com Carol PRONER o diamante ético representa um instrumento de análise que permite determinar os elementos relevantes que devem ser considerados numa investigação crítica, pois parte de um universalismo de combate: garantir a todos a possibilidade de lutar, plural e diferenciadamente, pela

---

[130] *Ibidem*, p. 67-69.
[131] *Ibidem*, p. 119.
[132] FLORES. **(Re)invenção**,*op. cit*., p. 122.

dignidade humana[133].

3.6 DIREITOS FUNDAMENTAIS – GERAÇÕES E DIMENSÕES

Ainda com base na premissa doutrinária de que direitos humanos são diferentes de direitos fundamentais, pois estes contam com fundamentação jurídico-positiva constitucional em dimensão nacional, analisa-se a evolução de tais direitos para melhor poder se chegar a uma conclusão quanto à sua efetivação.[134]

No ordenamento jurídico pátrio, o estudo das gerações ou dimensões de direito constantemente faz referência a três autores: Norberto BOBBIO[135], Paulo BONAVIDES[136] e Ingo SARLET[137].

A referência a gerações de direitos normalmente é atribuída a BOBBIO, mas tal teoria foi primeiramente lançada pelo jurista tcheco-francês Karel VAZAK, numa conferência no Instituto Internacional dos Direitos Humanos em 1979.[138]

Para BOBBIO, o desenvolvimento dos direitos do homem passou por três fases: 1ª) direitos de liberdade, assim entendidos como aqueles que tendem a limitar o poder do Estado e reservam para o indivíduo ou grupos particulares uma esfera de liberdade em relação ao Estado; 2ª) direitos políticos, nos quais a liberdade é concebida positivamente, como autonomia, tendo como consequência a participação ampla, generalizada e frequente dos membros de uma comunidade no poder político; 3ª) direitos sociais, os quais expressam o amadurecimento de novos valores como os do bem estar e da igualdade, não apenas formal. Tal autor classifica a Declaração Universal dos Direitos do Homem como o ponto de partida com relação ao processo de proteção global dos direitos humanos.[139]

Em âmbito nacional, Paulo BONAVIDES aponta quatro gerações de direitos fundamentais e faz alusão inclusive a uma quinta geração. A partir do lema revolucionário do século XVIII que exprimiu em três princípios cardeais todo

---

[133] PRONER, *op. cit*., p. 33.
[134] SARLET, *op. cit.*, p. 35.
[135] BOBBIO. **A Era**. *op. cit.*, p. 30.
[136] BONAVIDES, *op. cit*., p. 46.
[137] SARLET, *op. cit.*, p. 34-35.
[138] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 09-11.
[139] BOBBIO. **A Era**, *op. cit*., p. 32.

conteúdo possível dos direitos fundamentais: liberdade, igualdade e fraternidade.[140]

Estabelece o seu elenco da seguinte maneira: **primeira geração** – direitos de liberdade – direitos civis e políticos; **segunda geração** – direitos de igualdade – sociais; **terceira geração** – direitos de fraternidade – direito ao desenvolvimento, direito à paz, direito ao meio ambiente, direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e direito de comunicação; **quarta geração** – globalização política dos direitos fundamentais – direito à democracia, direito à informação e direito ao pluralismo. Por fim conclui que tais direitos envolvem os das gerações anteriores; **quinta geração** – direito à paz, extraído dos direitos de terceira geração, dando novo conceito ao termo paz, em seu caráter universal, em sua feição agregadora de solidariedade, em seu plano harmonizador de todas as etnias, de todas as culturas, de todos os sistemas, de todas as crenças que a fé e a dignidade do homem propugnam, reivindicam, concretizam e legitimam.[141]

De outra maneira, Ingo SARLET prefere o termo “dimensões” por entender que o uso da expressão “gerações” pode ensejar a falsa impressão da substituição gradativa de uma geração por outra. A organização dos direitos fundamentais é traçada nos seguintes termos: **primeira dimensão** – direitos individuais (do indivíduo contra o Estado) – de cunho negativo, pois dirigidos a uma abstenção por parte dos poderes públicos, são os de inspiração jusnaturalista, direitos à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade perante a lei; **segunda dimensão** – direitos a prestações sociais estatais – que abrange mais que os direitos de cunho prestacional, mas tem como marco o cunho positivo, como direitos à assistência social, saúde, educação, trabalho, etc.; **terceira dimensão** – direitos de titularidade coletiva ou difusa – são os direitos à paz, à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento, ao meio ambiente e qualidade de vida, à conservação e utilização do patrimônio histórico e cultural e à comunicação; a **quarta dimensão**, seguindo o escólio de Paulo BONAVIDES, resultado da globalização dos direitos fundamentais, são os direitos à democracia, à informação e ao pluralismo; e, a **quinta dimensão** para o direito à paz.[142]

As gerações ou dimensões, longe de hierarquizar os direitos fundamentais,

---

[140] BONAVIDES, *op. cit.*, p. 562-593.
[141] *Id*.
[142] SARLET, *op. cit.*, p. 34-35.

são mera classificação para estudo histórico de seu desenvolvimento. O trinômio igualdade-liberdade-fraternidade (*conatus*), segundo FLORES, constitui a grande base e fundamentação dos direitos humanos[143].

Estabelecidos os balizadores históricos e situados temporalmente os direitos fundamentais, passa-se à análise de quais são tais direitos, sua eficácia, para, por fim, neles situar os direitos trabalhistas.

3.7 DIREITOS FUNDAMENTAIS E CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA

Para melhor compreensão e delimitação dos Direitos Fundamentais que, segundo a teoria ora adotada, referem-se àqueles que são inscritos no ordenamento jurídico de uma nação, fazem-se necessários breves comentários sobre Constituição, seu conteúdo e aplicação.

O Constitucionalismo moderno é fruto das revoluções liberais e tem muitas definições. Luis Roberto BARROSO faz uma análise ampla e analisa o termo sob os pontos de vista político e jurídico. Do ponto de vista político, conceitua a Constituição: "como o conjunto de decisões do poder Constituinte ao criar ou reconstruir o Estado, instituindo os órgãos de poder e disciplinando as relações que manterão entre si e com a sociedade" [144].

Sob o ponto de vista jurídico, subdivide-a em duas dimensões: "em sentido material, *i.e*., quanto ao conteúdo de suas normas, a Constituição organiza o exercício do poder político, define os direitos fundamentais, consagra valores e indica fins públicos a serem realizados". Já "em sentido formal, *i.e.,* quanto à sua posição no sistema, a Constituição é a norma fundamental e superior, que regula o modo de produção das demais normas do ordenamento jurídico e limita seu conteúdo"[145].

Quanto à forma, BARROSO também as classifica em escritas e não escritas; quanto à origem, em promulgadas, democráticas ou outorgadas; quanto à estabilidade do texto, em rígidas, flexíveis e semi-rígidas; e quanto ao conteúdo, em

---

[143] FLORES. **Teoria**, *op. cit*., p. 191.
[144] BARROSO, *op. cit.*, p. 97.
[145] BARROSO, *op. cit.*, p. 97.

sintéticas e analíticas.[146]

BARROSO considera a Constituição do Brasil de 1988 como uma *higher law,* pois organizou o Estado em República Federativa, dividiu os poderes entre o Executivo, o Legislativo, o Judiciário, ainda com atribuições ao Ministério Público, organizou o exercício do poder político e definiu direitos fundamentais. Leciona ser **escrita**, porque consta de um documento; **promulgada**, porque contou com a participação popular na sua elaboração, por meio de eleição de representantes; **semi-rígida**, porque as normas consideradas materialmente constitucionais só podem ser alteradas mediante procedimento mais dificultoso de emenda constitucional; e **analítica**, porque desenvolve em maior extensão o conteúdo dos princípios que adota.[147]

Classificada a Constituição da República Federativa do Brasil em vigor, passa-se a uma análise de suas normas quanto ao seu conteúdo constitucional.

A elaboração da Constituição de 1988, chamada por Ulisses GUIMARÃES de "Constituição cidadã", foi objeto de acirrados debates políticos, pois o Brasil atravessava a transição de uma ditadura militar para um regime democrático popular, e a maioria das críticas colocavam-se pela ideologia econômica, concebida como "um misto de capitalismo amordaçado e um socialismo encabulado"[148].

Tais críticas referem-se ao modo como foi combatido o regime totalitário ditatorial militar pela democracia capitalista liberal, mas com remissões ao socialismo. Com uma pitada de humor e irreverência, Carlos CHAGAS alertou que "as Constituições brasileiras sempre foram elaboradas contra alguma coisa, em repúdio a algum sistema, ou até a grupo de pessoas"[149] e explica:

> Nossa primeira lei fundamental, de 1824, foi imposta por D. Pedro I contra a Assembléia Nacional Constituinte que ele dissolveu, ou seja, contra os anseios nacionais por ela representados. A Constituição de 1891, da República, veio contra o Império. A de 1934, contra a República Velha. A de 1937, contra a Democracia. A de 1946, contra o Estado Novo. A de 1967 contra a legitimidade e a representatividade nacionais. A de 1969, contra o mundo.[150]

---

[146] *Ibidem*, 103-105.
[147] *Id*.
[148] PRADO, Ney. **Razões das virtudes e vícios da Constituição de 1988**. Subsídios à revisão Constitucional. São Paulo: Instituto Liberal – Editora Inconfidentes. 1994, p. 55.
[149] CHAGAS, Carlos. *Apud.* PRADO, Ney. Razões das virtudes e vícios da Constituição de 1988. Subsídios à revisão Constitucional. São Paulo: Instituto Liberal – Editora Inconfidentes. 1994, p. 31.
[150] Id.

Nesse cenário político de incertezas, os legisladores constituintes foram pródigos ao elencar os direitos sociais, em especial os individuais trabalhistas que mereceram dois artigos, 6º e 7º, e este último com nada menos que trinta e quatro incisos e um parágrafo único, atitude que foi taxada pelos liberais de "assistencialismo" na consagração do Constitucionalismo Social com acusação de que:

> (...) os chamados direitos sociais não são vantagens que o governo dá e sim, prejuízo que lhe causa. São parcelas de salário dos que trabalham retiradas à força sob a promessa de voltarem em serviços. Mas sai uma parcela para a saúde, e o trabalhador não recebe o serviço de saúde adequado.(...)[151].

Insta reconhecer que o constitucionalismo social heroicamente resistiu a tais críticas e acabou inserido no texto constitucional, cabendo aos poderes instituídos e aos intérpretes e aplicadores da lei dar-lhe a importância e dimensão necessárias, bem como os meios para a sua aplicação.

Será examinado, pois, se as normas constitucionais realmente exacerbam ou não na instituição dos direitos sociais.

Quanto ao conteúdo material, as normas constitucionais podem ser classificadas ou agrupadas, para fins de estudos de diversos modos. Agrada a divisão de BARROSO em normas constitucionais de organização: de estruturação e disciplinamento do exercício do poder político; normas constitucionais definidoras de direitos, agrupáveis em quatro grandes categorias - direitos individuais, direitos políticos, direitos sociais e direitos difusos; e normas constitucionais programáticas, que traçam fins sociais a serem alcançados pela atuação futura dos poderes públicos e que, portanto, não geram direitos subjetivos em sua feição positiva, mas os geram em sua feição negativa[152].

Após a análise sistemática da Constituição Federal, Vidal Serrano NUNES JUNIOR indica dois critérios de delimitação dos direitos fundamentais: um formal e outro material[153].

O critério formal vem da organização do texto constitucional, que em seu

---

[151] PRADO, Ney. Razões das virtudes e vícios da Constituição de 1988. Subsídios à revisão Constitucional. São Paulo: Instituto Liberal – Editora Inconfidentes. 1994, p. 68.

[152] BARROSO, *op. cit.*, p. 223-225

[153] NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **A cidadania social na Constituição de 1988 – estratégias de positivação e exigibilidade social dos direitos sociais.** São Paulo: Editora Verbatim, 2009, p. 31.

“Título II” trata “dos Direitos e Garantias Fundamentais”, subdividindo-os em cinco capítulos: Capítulo I – Dos Direitos e dos Deveres Individuais e Coletivos; Capítulo II – Dos Direitos Sociais; Capítulo III – Da Nacionalidade; Capítulo IV – Dos Direitos Políticos; Capítulo V – Dos Partidos Políticos; e estende-os, já que o § 2º, do art. 5º prescreve expressamente que tais “direitos e garantias não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Já o critério material consiste no modo de identificação dos direitos e garantias “decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição”. O art. 1º, inciso III, indica o princípio da dignidade humana como fundamento do Estado Brasileiro e Vidal SERRANO alerta que “só é possível falar em vida digna a partir de aspectos ingênitos, como a preservação da incolumidade física e psíquica do indivíduo, bem como a partir da noção de que o indivíduo deve estar integrado à sociedade da qual participa”[154].

Resumindo, os direitos e garantias fundamentais não se podem contrapor ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e por aí já se mostra o para indicação dos direitos fundamentais e seu alcance.

3.8 DIREITOS FUNDAMENTAIS E PRINCÍPIOS

O tema é complexo, com diversas teorias e formulações. A seguir, tecem-se algumas considerações sobre a moderna visão dos princípios com um “vôo de pássaro” sobre a extensa doutrina do assunto.

Todas as classificações acabam tendo por finalidade a sistematização do estudo e verificação dos efeitos dos direitos fundamentais e que pode ser útil na verificação ou enquadramento de situações práticas já que o conceito de direitos fundamentais em nossa Constituição é “materialmente aberto”[155], em virtude do § 2º, do art. 5º: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Diante das expressões “regime” e “princípios”, percebe-se que alguns

---

[154] NUNES JUNIOR, *op. cit.*, p. 34.
[155] SARLET, *op. cit.,* p. 78.

direitos fundamentais não constam do catálogo constitucional, pelo que as mesmas assumem posição muito ampla.

Daí porque, buscando-se alinhar princípios e direitos fundamentais inicia-se a verificação pelos princípios, que ganharam grande vulto na hermenêutica e aplicação do direito a partir de sua distinção das regras.

No final dos anos 80, DWORKIN propôs a interpretação e aplicação das cláusulas abstratas da Constituição – princípios de decência política e justiça dando início à moderna teoria dos princípios[156], a partir da estrutura da *Commom Law*.

ALEXY[157], partindo de teorias dos direitos fundamentais na Constituição alemã, tornou a teoria dos princípios mais próxima do modelo romano-germânico e o Direito brasileiro passou a adaptar e desenvolver tal teoria nos anos 90, com a emblemática colaboração de Ingo SARLET[158], que desenvolveu uma teoria sobre a eficácia dos direitos fundamentais de grande aceitação.

Dentro da concepção de ALEXY, as normas podem ser divididas de forma relevante em regras e princípios. A diferença entre estes últimos é qualitativa e "princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*"[159] e podem ser satisfeitos em graus variados enquanto as regras são ou não satisfeitas.

Há diversas formulações de teorias sobre a eficácia dos direitos fundamentais, ora analisando-as sob a ótica da eficácia das normas constitucionais (plena ou contida), aperfeiçoando-se na classificação por dimensões, ora falando em eficácia vertical e horizontal dos direitos fundamentais, sendo esta última muito popular nos meios acadêmicos.

A eficácia vertical diz respeito às relações entre Estado e o Poder Público e os particulares (legislador e juiz) e eficácia horizontal concerne à eficácia nas relações entre particulares.[160]

São produzidas teorias engenhosas sob o ângulo funcional dos direitos fundamentais como direitos de defesa ou direitos a prestações em sentido amplo e

---

[156] DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
[157] ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.
[158] SARLET, *op. cit*., p. 34-35.
[159] ALEXY, *op cit.,* p. 90.
[160] MARINONI, Luiz Guilherme. **O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais**. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15441-15442-1-PB.pdf>. Acesso em: 19 jan. 2012.

em sentido estrito.[161]

São erigidas teses em tema de direitos fundamentais, conforme proposta na "teoria dos direitos e bens fundamentais" de Luigi FERRAJOLI: 1ª) radical diferença de estrutura entre direitos fundamentais e direitos patrimoniais – direito subjetivo, aí se enquadrando os direitos inclusivos e direitos exclusivos, direitos universais e direitos singulares e direitos indisponíveis e direitos disponíveis; 2ª) fundamento e parâmetro da igualdade jurídica – conjunto das garantias asseguradas pelo Estado de Direito – direitos de expectativas vitais como a saúde, instrução e subsistência; 3ª) natureza supranacional em grande parte dos direitos fundamentais – limites externos aos poderes públicos e base normativa de uma democracia internacional; 4ª) relações entre os direitos e suas garantias – expectativas negativas ou positivas às quais correspondem deveres (de prestações) – garantias primárias – ou proibição (de lesões) – garantias secundárias.[162]

Considerando-se que, segundo o conceito material, há normas constitucionais que não estão na Constituição, e há normas infraconstitucionais que constam de seu texto (formal), busca-se uma doutrina que permita aferir quais são realmente os direitos fundamentais, independentemente de onde estejam enunciados.

Tudo isso em busca de um rol de direitos fundamentais.

3.9 ELENCO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Apesar do extenso rol do Título II da Constituição Federal, a eficácia imediata e reconhecimento de garantias fundamentais tem sido restritos a uma parte, mais especificamente ao artigo 5º, que elenca os Direitos e Garantias Individuais.

A frente será demonstrado o comportamento da jurisprudência nesta matéria, principalmente no emblemático caso da Convenção nº 158, da Organização Internacional do Trabalho – OIT. Ratificada pelo Brasil foi aprovada por Decreto legislativo do Congresso Nacional em 1992, foi promulgada pelo Presidente da

---

[161] SARLET, *op. cit*., p. 167.

[162] FERRAJOLI, Luigi. **Por uma Teoria dos Direitos e dos Bens Fundamentais**. Trad. de Alexandre Salim, Alfredo Copetti Neto, Daniela Cademartori, Hermes Zaneti Junior, Sergio Cademartori. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. p. 15-16.

República em abril de 1996, por meio de Decreto Presidencial. Em novembro/1996, foi comunicada a denúncia através de Nota do Governo brasileiro à OIT, denunciada por novo Decreto Presidencial em novembro de 1996, deixou de vigorar no país em novembro de 1997. No curto período em que vigeu, a Convenção nº 158 teve negados seus efeitos em território brasileiro por decisão liminar do Supremo Tribunal Federal, em ação de inconstitucionalidade (ADI 1480).

Partindo da divisão quanto ao conteúdo material das normas constitucionais, elas são subdivididas em normas de organização, definidoras de direitos e programáticas. Interessam diretamente as normas definidoras de direitos que se subdividem em direitos individuais, direitos políticos, direitos sociais e direitos difusos.[163]

Por tal divisão, os direitos individuais concentram-se no artigo 5º da Constituição com setenta e oito incisos, assegurando de modo geral o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

Os direitos políticos estão nos artigos 12 a 17 da Constituição, os sociais nos artigos 6º a 11 e os difusos, exemplificativamente, a proteção ao patrimônio cultural, no artigo 216, e do meio ambiente, no artigo 225.

3.10 DIREITOS FUNDAMENTAIS E O DIREITO DO TRABALHO

O presente estudo concentra-se nos direitos sociais, em especial os voltados ao Direito do Trabalho.

Já no art. 1º, a Constituição Federal traz em seu bojo referência aos direitos sociais, quando menciona que **são fundamentos desta República, a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa**, demonstrando, de plano, a preocupação do constituinte originário em privilegiar e focar a preocupação do governo com os valores sociais advindos do trabalho.

Além disso, os objetivos fundamentais da República, enunciados no art. 3º da Constituição são, sem dúvida, alcançáveis mediante o prestígio do trabalho digno: a) construir uma sociedade livre, justa e solidária; b) garantir o desenvolvimento nacional; c) erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; d) promover o bem de todos, sem preconceitos

---

[163] BARROSO, *op. cit.*, p. 223.

de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Notadamente, a Constituição Federal trata dos direitos sociais no art. 7º e seguintes, ao enumerá-los detalhadamente, nos seguintes termos:

> Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.
>
> Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:
>
> I - relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos;
>
> II - seguro-desemprego, em caso de desemprego involuntário;
>
> III - fundo de garantia do tempo de serviço;
>
> IV - salário mínimo , fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim;
>
> V - piso salarial proporcional à extensão e à complexidade do trabalho;
>
> VI - irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo;
>
> VII - garantia de salário, nunca inferior ao mínimo, para os que percebem remuneração variável;
>
> VIII - décimo terceiro salário com base na remuneração integral ou no valor da aposentadoria;
>
> IX - remuneração do trabalho noturno superior à do diurno;
>
> X - proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa;
>
> XI - participação nos lucros, ou resultados, desvinculada da remuneração, e, excepcionalmente, participação na gestão da empresa, conforme definido em lei;
>
> XII - salário-família pago em razão do dependente do trabalhador de baixa renda nos termos da lei;
>
> XIII - duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho;

XIV - jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, salvo negociação coletiva;

XV - repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos;

XVI - remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em cinqüenta por cento à do normal;

XVII - gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal;

XVIII - licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias;

XIX - licença-paternidade, nos termos fixados em lei;

XX - proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei;

XXI - aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei;

XXII - redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança;

XXIII - adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei;

XXIV - aposentadoria;

XXV - assistência gratuita aos filhos e dependentes desde o nascimento até 5 (cinco) anos de idade em creches e pré-escolas;

XXVI - reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho;

XXVII - proteção em face da automação, na forma da lei;

XXVIII - seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa;

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;

XXX - proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil;

XXXI - proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência;

XXXII - proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos;

XXXIII - proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos;

XXXIV - igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso.

Parágrafo único. São assegurados à categoria dos trabalhadores domésticos os direitos previstos nos incisos IV, VI, VIII, XV, XVII, XVIII, XIX, XXI e XXIV, bem como a sua integração à previdência social.

Art. 8º É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte:

I - a lei não poderá exigir autorização do Estado para a fundação de sindicato, ressalvado o registro no órgão competente, vedadas ao Poder Público a interferência e a intervenção na organização sindical;

II - é vedada a criação de mais de uma organização sindical, em qualquer grau, representativa de categoria profissional ou econômica, na mesma base territorial, que será definida pelos trabalhadores ou empregadores interessados, não podendo ser inferior à área de um Município;

III - ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas;

IV - a assembléia geral fixará a contribuição que, em se tratando de categoria profissional, será descontada em folha, para custeio do sistema confederativo da representação sindical respectiva, independentemente da contribuição prevista em lei;

V - ninguém será obrigado a filiar-se ou a manter-se filiado a sindicato;

VI - é obrigatória a participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho;

VII - o aposentado filiado tem direito a votar e ser votado nas organizações sindicais;

VIII - é vedada a dispensa do empregado sindicalizado a partir do registro da candidatura a cargo de direção ou representação sindical e, se eleito, ainda que suplente, até um ano após o final do mandato, salvo se cometer falta grave nos termos da lei.

Parágrafo único. As disposições deste artigo aplicam-se à organização de sindicatos rurais e de colônias de pescadores, atendidas as condições que a lei estabelecer.

Art. 9º É assegurado o direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender.

> § 1º - A lei definirá os serviços ou atividades essenciais e disporá sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade.
>
> § 2º - Os abusos cometidos sujeitam os responsáveis às penas da lei.
>
> Art. 10. É assegurada a participação dos trabalhadores e empregadores nos colegiados dos órgãos públicos em que seus interesses profissionais ou previdenciários sejam objeto de discussão e deliberação.
>
> Art. 11. Nas empresas de mais de duzentos empregados, é assegurada a eleição de um representante destes com a finalidade exclusiva de promover-lhes o entendimento direto com os empregadores.

A extensão do colacionado rol por si só já causa a indagação se todas as normas ali contidas são formalmente constitucionais ou têm conteúdo material que justifique seu posicionamento na Constituição.

Não é demais lembrar, outrossim, que deslocados em outros pontos da Constituição existem outros dispositivos que tratam de direitos sociais, trazendo diretrizes de extrema importância para interpretação da legislação trabalhista como um todo, a exemplo do art. 170, que introduz a regulação acerca da ordem econômica do país e prevê que “a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”, observados princípios como o da “busca do pleno emprego”.

O art. 193, da Constituição estabelece os nortes relativos à ordem social, que “tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais”, dando início a todas as disposições relativas à seguridade social, que tem essencial importância à classe trabalhadora, notadamente à parcela menos privilegiada e àqueles atingidos pelas mais variadas hipóteses de adversidades.

Ainda, recentemente alterado pela EC nº 59, de 11 de novembro de 2009, o artigo 214, da Constituição, dispõe como objetivo das diretivas do Plano Nacional de Educação, a “formação para o trabalho”.

Atendendo ao princípio da proteção integral da criança e do adolescente, há mais uma vez referência ao trabalho dos menores de dezoito anos. O art. 227, § 3º, prevê expressamente que:

> Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à

alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

(...)

§ 3º - O direito a proteção especial abrangerá os seguintes aspectos:

I - idade mínima de quatorze anos para admissão ao trabalho, observado o disposto no art. 7º, XXXIII;

II - garantia de direitos previdenciários e trabalhistas;

(...)

III - garantia de acesso do trabalhador adolescente e jovem à escola; (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)

(...)

Por fim, no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, art. 10, há expressa referência à regulamentação da proibição de despedida arbitrária ou sem justa causa dos membros de direção das Comissões Internas de Prevenção de Acidentes, assim como da empregada gestante e, também, trata do prazo para a licença-paternidade enquanto não houver lei específica para o assunto.

A Constituição, portanto, como já se antevia da leitura dos seus primeiros dispositivos, tem farta referência aos direitos sociais, cujo respeito e atenção constituem fundamento e objetivo para construção de um Estado Democrático de Direito.

Em consonância com Paulo BONAVIDES não é possível compreender o constitucionalismo do Estado social brasileiro contido na Constituição Federal sem se vincular à teoria dos direitos sociais fundamentais, ao princípio da igualdade, aos institutos processuais que garantem direitos sociais e a liberdade e ao papel que doravante assume o STF na guarda da Constituição. O novo Direito que a sociedade industrial produziu não poderia ser senão o Direito Constitucional do Estado Social[164].

Contudo, na doutrina constitucionalista são escassos os autores que

---

[164] BONAVIDES, *op. cit.*, p. 450.

consideram os direitos sociais fundamentais como de eficácia plena e aplicabilidade imediata, ante as restrições de tratarem as relações entre particulares. Entre os mesmos destaca-se Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO.[165] Já Virgílio AFONSO DA SILVA, propõe a restringibilidade dos direitos fundamentais, porém, como forma de evitar diminuição no grau de proteção dos mesmos.[166]

Casuisticamente, há até indignação quanto ao fato de direitos trabalhistas, talvez de menor importância que os assegurados na Declaração Universal dos Direitos do Homem, situem-se entre os direitos fundamentais como no “aviso prévio”, ou no “adicional de insalubridade”, aos quais se costuma atribuir conteúdo infraconstitucional, sendo considerada injustificada sua menção no texto da Constituição.

Se os direitos trabalhistas não são constitucionais, obviamente não merecerão tutela da jurisdição constitucional, e daí a importância neste trabalho, que não tem por objetivo estender-se em tal problema neste momento, e apenas abordará a questão quando da análise da repercussão jurisprudencial.

3.11 A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES DE TRABALHO

A incidência dos direitos fundamentais nas relações de direito do trabalho provém da constitucionalização dos direitos sociais, onde o trabalhador deixou de ser objeto de direito para ser sujeito de direito, reconhecendo-se assim direitos aos cidadãos trabalhadores. Ao contrário do que ocorreu nessa fase, a doutrina moderna visa estabelecer os “direitos fundamentais ou laborais inespecíficos”, consubstanciados naqueles direitos de cunho geral, aplicáveis no espaço físico da empresa.[167]

As relações sociais se afiguram um dos campos das relações jurídico-privadas onde os direitos fundamentais encontram-se mais suscetíveis para alcançar maior relevância, e, por seguinte, maior vunerabilidade. Essa relação jurídica, por

---

[165] BANDEIRA DE MELLO, *op. cit*., 2011.

[166] AFONSO DA SILVA, Virgílio. **DIREITOS FUNDAMENTAIS conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 253.

[167] AMARAL, Júlio Ricardo de Paula. **Eficácia dos direitos fundamentais nas relações trabalhistas.** São Paulo: LTr. 2007, p.83-85.

conta da situação de sujeição de uma das partes, pressupõe maiores riscos que em outros vínculos entre sujeitos privados, em especial os direitos dos trabalhadores.[168]

Por segundo, a maioria da doutrina e jurisprudência nacional entende pela aplicação direta ou imediata dos direitos fundamentais no âmbito das relações trabalhistas, haja vista que somente dessa forma é possível a efetiva proteção dos direitos e liberdades públicas dos trabalhadores, no âmbito da variável e dinâmica relação trabalhista.[169]

A propósito da aplicação direta e imediata dos direitos fundamentais, o Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do Recurso Extraordinário n. 161.243/DF, determinou a incidência do princípio da igualdade nas relações trabalhistas.[170] No entanto, as minúcias a respeito das decisões proferidas nesse sentido serão abordadas em capítulo posterior desse estudo.

Em adição, a aplicação direta ou imediata dos direitos fundamentais na seara das relações laborais possui as seguintes razões justificadoras:

> (...) a intangibilidade do conteúdo essencial dos direitos fundamentais dos trabalhadores, bem como a flagrante desigualdade existente ente os sujeitos envolvidos nas relações trabalhistas – empregados e empregadores -, em face da grande concentração de poder nas mãos do empresário no seio destas relações. [171]

Depois de reconhecida a necessária aplicação direta ou imediata dos direitos fundamentais na seara das relações laborais, cumpre destacar a forma pela qual ocorrerá essa incidência. Em princípio, os direitos fundamentais não possuem caráter absoluto, não são exercitáveis aleatoriamente pelo seu titular. Por essa razão existirão situações em que ocorrerá a colisão de direitos fundamentais, pelo que será preciso um critério necessário e apto para solução dessa tensão, sendo esse o princípio da proporcionalidade.[172]

Apresenta-se o princípio da proporcionalidade sob a luz dos ensinamentos de Gilmar MENDES, a saber:

---

[168] Ibidem, p.85.
[169] AMARAL, *op. cit.*, p.86.
[170] *Id*.
[171] *Ibidem,* p.87.
[172] *Ibidem*, p.92.

> consubstancia uma pauta de natureza axiológica que emana diretamente das idéia de justiça, equidade, bom senso, prudência, moderação, justa medida, proibição de excesso, direito justo e valores afins; precede e condiciona a positivação jurídica, inclusive a de nível constitucional; e, ainda, enquanto princípio geral do direito, serve de regra de interpretação para todo o ordenarnento jurídico. No âmbito do direito constitucional, que o acolheu e reforçou, a ponto de impô-lo à obediência não apenas das autoridadês administrativas, mas também de juízes e legisladores, esse princípio acabou se tornando consubstancial à própria ideia de Estado de Direito pela sua íntima ligação com os direitos fundamentais, que lhe dão suporte e, ao mesmo tempo, dele dependem para se realizar. (...) A utilização do princípio da proporcionalidade ou da proibição de excesso no direito constitucional envolve, (...), a apreciação da necessidade e adequação da providência legislativa. (...) O subpríncípio da adequação (Geeignetheit) exige que as medidas interventivas adotadas se mostrem aptas a atingir de objetivos pretendidos. (...) O subprincípio da necessidade (Notwendigkeit oder Erforderlichkeit) significa que nenhum meio menos gravoso para o indivíduo revelar-se-ia igualmente eficaz na consecução dos objetivos pretendidos[173].

Esse princípio é composto por três “subprincípios”: a) princípio da adequação; b) princípio da necessidade; e, c) princípio da proporcionalidade em sentido estrito.

O princípio da proporcionalidade possui o fim de verificar a relação existente entre os meios e os fins sob vários aspectos, isto é, analisa a maneira pela qual se realiza uma eventual limitação de um determinado direito fundamental atingido em relação com o bem, valor ou direito que se busca resguardar. Além disso, visa, em específico, a resolução dos conflitos entre os direitos fundamentais dos empregadores e dos trabalhadores.[174]

O uso de desse instrumento de solução de conflitos torna-se imprescindível no contexto atual, pois a gradual e crescente expansão da importância dada aos direitos dos empregadores pela Constituição, tal como ocorre com os direitos fundamentais dos trabalhadores, é a maior responsável por gerar colisões entre os direitos e liberdades protegidos pelas normas constitucionais.[175]

Por derradeiro, não sendo absolutos os direitos e as liberdades públicas dos trabalhadores, tampouco os dos empregadores, mas aptos a sofrer restrições, o

---

[173] MENDES, *op. cit*., p. 114-115/320-322.
[174] AMARAL, *op. cit.*, p.93.
[175] *Ibidem*, p.99.

aplicador das normas jurídicas deverá, em regra, socorrer-se do presente princípio da proporcionalidade.

CAPÍTULO III – O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL

4.1 NOTAS PRELIMINARES

De acordo com Paulo BONAVIDES o sistema das Constituições rígidas é oriundo dos poderes constituinte e constituído. Disso resulta a superioridade da lei constitucional. As Constituições rígidas, sendo Constituições em sentido formal, demandam um processo especial de revisão, o qual demonstra a supremacia incontestável da norma constitucional.[176]

O órgão legislativo, em regra elaborador das leis, não pode introduzir no sistema jurídico, leis contrárias às disposições constitucionais, sob pena de serem consideradas nulas, inaplicáveis, sem validade ou incompatíveis com a ordem jurídica estabelecida. Para se expungir do sistema normativo as leis

---

[176] BONAVIDES, *op. cit*., p. 296.

inconstitucionais, utiliza-se o controle de constitucionalidade, que pode ser formal ou material.[177]

Nesse viés, o controle formal é, por excelência, um controle estritamente "jurídico". Essa forma de controle confere ao órgão que o exerce a competência para examinar se as leis foram elaboradas de acordo com a Constituição, se houve observância das formas estatuídas, se a regra normativa não fere normas constitucionais de competência.[178]

O controle material incide sobre o conteúdo da norma, revestindo-se de alto teor de "politicidade". Analisa a lei a fundo, outorga a quem o exerce a competência para decidir sobre o teor e a matéria da regra jurídica, buscando amoldá-la ao espírito da Constituição e aos seus princípios políticos fundamentais. É o controle substancialmente político.[179]

De outra maneira, Gilmar MENDES leciona que o reconhecimento da supremacia da Constituição e de sua força vinculante aos poderes públicos obriga que sejam estabelecidas formas e maneiras de defesa da Constituição, pelo que entende ser necessária a realização de um controle de constitucionalidade dos atos do Poder Público, especialmente das leis e atos normativos.[180]

Nessa senda, em relação às formas de controle de constitucionalidade, verifica-se ser possível classificá-las de diversas maneiras. Note-se:

> Quanto ao órgão – quem controla -, pode-se ter:
>
> a) Controle político;
> b) Controle jurisdicional;
> c) Controle misto;
>
> Cogita-se de controle de constitucionalidade político, também chamado modelo francês, quando a atividade de controle de constitucionalidade é exercido por órgão político e não por órgão jurisdicional.

---

[177] *Ibidem*, p. 297.
[178] *Ibidem*, p. 297-298.
[179] *Ibidem*, p. 298-299.
[180] MENDES, *op. cit*., p. 1004.

> Assim, o controle de constitucionalidade realizado pelas Casas Legislativas, pelas Comissões de Constituição e Justiça ou pelas demais comissões, enquadram-se nessa categoria.
>
> Também o veto oposto pelo Executivo a projeto de lei, com fundamento em inconstitucionalidade da proposição legislativa, configura típico exemplo de controle de constitucionalidade político (Constituição Federal, art. 66, §1º).
>
> O controle jurisdicional é aquele exercido por órgão integrante do Poder Judiciário ou por Corte Constitucional. Pode ser:
>
> a) difuso;
> b) concentrado (também chamado austríaco);
> c) misto;
> (...)
> Quanto ao modo ou à forma de controle, ele pode ser:
> a) incidental;
> b) principal;
> (...)
>
> Quanto ao momento, ele pode ser:
>
> a) preventivo; e
> b) Repressivo (...).

Para Clèmerson CLÈVE a fiscalização da constitucionalidade das normas deve ser definida pelo parâmetro a ser utilizado. Em regra, os diversos sistemas de fiscalização estão vinculados estritamente à Constituição formal. A fiscalização pode ser definida pelo seu "objeto", podendo ser em decorrência da ação ou omissão do Poder Público. Em razão do "momento de realização", onde será preventiva ou repressiva.[181]

Em relação à natureza do órgão que realiza o controle, devendo ser política ou jurídica. Em conta do número de órgãos dotados de competência para realizar o controle, onde será difusa ou concentrada. E, quanto ao modo de manifestação, podendo ser subjetiva ou objetiva.[182]

O presente estudo propõe-se a tratar da fiscalização sob o aspecto finalidade, pelo que, essa pode ser objetiva (abstrata) ou subjetiva (concreta). A primeira busca a conformidade de comportamentos, atos e normas, em relação à

---

[181] CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 77.
[182] CLÈVE, *op. cit.*, p. 77.

Constituição. A segunda forma a defesa de um direito subjetivo de uma pessoa, juridicamente resguardado.[183]

4.2 CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE

A princípio, esse instrumento de controle desenvolveu-se nos Estados Unidos da America, a partir da discussão travada no âmbito da Suprema Corte americana, em especial quando da questão *Marbury v. Madison*, em 1803[184].

Essa modalidade de controle da constitucionalidade das leis, difuso ou americano, "assegura a qualquer órgão judicial incumbido de aplicar a lei a um caso concreto o poder-dever de afastar a sua aplicação se a considerar incompatível com a ordem constitucional"[185].

Esse instrumento de controle possibilita ao Poder Judiciário, no decorrer de qualquer demanda, apreciar a inconstitucionalidade de uma norma, suscitada incidentalmente, sob a forma de prejudicial de mérito[186].

Desse modo, cabe ao Poder Judiciário, ao decidir a prejudicial apontada, declarar a inconstitucionalidade ou constitucionalidade de uma norma, e, por consequência, afastá-la do caso concreto ou utilizá-la da para resolução do litígio em que foi suscitada[187].

No sistema americano a fiscalização sempre foi provocada por via de exceção, ou por via de defesa, pelo que, a manifestação sempre ocorreu sob a égide de um *case*[188]*.* Todavia, a fiscalização concreta desenvolveu-se e atualmente esse sistema perdeu em parte a característica de um modelo voltado para defesa de posições exclusivamente subjetivas e passou a adotar uma forma processual que valora o interesse público em sentido amplo[189].

---

[183] *Ibidem*, p. 78-79.
[184] MENDES, *op. cit.*, p. 1005.
[185] *Id*.
[186] CLÈVE, *op. cit*., p. 91.
[187] *Id.*
[188] CLÈVE, *op. cit.*, p. 92.
[189] MENDES, *op cit*., p. 1008.

4.2.1 Repercussão geral

Com o crescente aumento de recursos e, principalmente, diante da repetição de questões semelhantes, a recente reforma do Judiciário, introduzida pela Emenda nº 45, de 30 de dezembro de 2004, dispôs acerca da repercussão geral.

Nos termos do art. 102, § 3º, da Constituição Federal, "no recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros".

MARINONI explica a evolução histórica deste e de institutos semelhantes que já existiram em nosso ordenamento:

> No Brasil, antes da instituição da "repercussão geral" como requisito de admissibilidade do recurso extraordinário (EC 45/2004; art. 102, § 3º, da CF), experimentou-se o requisito da arguição de relevância da questão afirmada para o ser conhecimento em sede extraordinária (art. 119, III, a e d c/c § 1º, da CF/1967, alterada pela EC 1/1969 c/c arts. 325, I e XI, e 327, § 1º, do RISTF, com a redação dada pela Emenda Regimental 2/1985).
>
> Não obstante tenham a função de "filtragem recursal", a "arguição de relevância" e a "repercussão geral" não se confundem. Enquanto a arguição de relevância funcionava como um instituto que visava a possibilitar o conhecimento deste ou daquele recurso extraordinário *a priori* incabível, funcionando como um instituto com característica central *inclusiva*, a repercussão geral visa a *excluir* do conhecimento do STF controvérsias que assim não se confundem.[190]

O mesmo autor explica que para caracterizar a existência de repercussão geral é preciso combinar relevância e transcendência – "a questão debatida tem de

---

[190] SARLET. **Curso**. *op. cit.*, p. 838.

ser relevante do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, além de transcender para além do interesse subjetivo das partes na causa"[191].

Dessa forma, este instituto plasma de forma muito prática o princípio da eficiência, uma vez que permite que uma matéria relevante, que cause repercussão em mais diversos processos semelhantes seja decidida de uma só vez, evitando que os processos subam com recurso extraordinário para discutir um entendimento já assentado na Corte.

Com isso, valoriza-se a evita-se o dispêndio de material e de tempo, tanto das partes, quanto do próprio Judiciário, que abre espaço para outras discussões e, da mesma forma, pode discutir cada uma com o vagar e atenção que merecem sem causar com isso o atraso das demais.

4.3 CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE

O controle concentrado de constitucionalidade, denominado austríaco ou europeu, atribui a um órgão jurisdicional superior ou a uma Corte constitucional a competência para realizar o julgamento de demandas constitucionais.[192]

Esse modelo foi criado com a Constituição da Áustria em 1920 e ampliado com Emenda Constitucional de 1929. Esse sistema tornou o juiz ou tribunal um participante ativo do controle de constitucionalidade, pelo menos na condição de um órgão responsável pela provocação.[193]

A fiscalização abstrata da constitucionalidade das normas desenvolve-se por via de ação, o que possibilita o controle da norma *in abstracto* por meio de uma ação de inconstitucionalidade prevista formalmente no texto constitucional.[194]

Essa modalidade dá-se por meio de impugnação de uma lei perante um dado tribunal, o qual poderá declarar a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade

---

[191] SARLET. **Curso**, *op. cit.,* p. 839.
[192] MENDES, *op. cit*., p. 1005.
[193] Id.
[194] BONAVIDES, *op. cit*., p.307.

daquela lei. E, sendo declarada inconstitucional a norma, essa é removida do ordenamento jurídico, por ser incompatível com esse.[195]

Para Gilmar MENDES esse modelo "adota as ações individuais para a defesa de posições subjetivas e cria mecanismos específicos para a defesa dessas posições, com a atribuição de eficácia *ex tunc* da decisão para o caso concreto que ensejou a declaração de inconstitucionalidade do sistema austríaco."[196]

4.4 CONTROLE MISTO DE CONSTITUCIONALIDADE

O controle misto de constitucionalidade cumula os dois modelos de controle de constitucionalidade, o difuso e concentrado. No modelo misto, em tese, atribui-se a prerrogativa de afastar a aplicação da lei nas ações e processos judiciais aos órgãos ordinários do Poder Judiciário, mas se reconhece a determinado órgão de cúpula, como um Tribunal Supremo ou uma Corte Constitucional, a prerrogativa para proferir decisões em determinadas ações de cunho abstrato ou difuso.[197]

Em princípio, no Brasil a fiscalização incidental (via de defesa) será sempre subjetiva e a por via principal (via de ação direta) será, em regra, objetiva. Assim, o ordenamento pátrio fiscaliza a constitucionalidade das normas por via de exceção e de ação.

No direito brasileiro a fiscalização da constitucionalidade de uma norma, pela via de exceção, pode ser suscitada por: a) um autor, quando da propositura de qualquer ação, perante um órgão jurisdicional competente; b) um réu, quando da sua resposta; c) por um terceiro, juridicamente interessado. Sendo suscitada em qualquer modalidade processual, seja de conhecimento, executório ou cautelar. E ainda, pode ser instada por meio das ações constitucionais, mandado de segurança,

---

[195] BONAVIDES, *op. cit.*, p.307.
[196] MENDES, *op. cit*., p. 1007.
[197] *Ibidem*, p. 1005-1006.

habeas corpus, *habeas data,* podendo ser suscitada na Ação Civil Pública e na Ação Popular. [198]

A outra forma de fiscalização da constitucionalidade de uma norma, a via de ação, é realizada por meio dos seguintes instrumentos: a) Ação direta de inconstitucionalidade genérica (art. 102, I, "a" da Constituição Federal); b) Argüição de descumprimento de preceito fundamental (art. 102, §1º, Constituição Federal); c) Ação direta de inconstitucionalidade supridora de omissão (art. 103, §2º, Constituição Federal); d) Ação direta de inconstitucionalidade interventiva (art. 36, III, Constituição Federal); e, e) Ação direta declaratória de constitucionalidade (art. 102, I, "a" da Constituição de 1988 – Constituição Federal). [199]

4.5 FORMAS DE CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE

4.5.1 Ação Direta de Inconstitucionalidade

A Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI genérica) destina-se ao controle de constitucionalidade do ato normativo abstrato, genérico, impessoal. Busca afastar do ordenamento jurídico o ato normativo viciado, incompatível com a Constituição da República, mediante sua invalidação.[200]

De acordo com o artigo 102, da Constituição Federal[201], o Supremo Tribunal Federal detém a competência originária para o julgamento da ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, quando houver

---

[198] CLÈVE, *op. cit*., p. 97.

[199] DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Aspectos processuais da ADIN (Ação Direta de Inconstitucionalidade) e da ADC (Ação Declaratória de Constitucionalidade). *In:* DIDIER JUNIOR, Fredie. **Ações Constitucionais**. 5 ed. Salvador: Jus Podivm, 2011, p. 450-451.

[200] DIDIER JUNIOR. Aspectos, *op. cit.*, p. 455.

[201] Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal; *In:* BRASIL. Constituição, *op. cit.*

contrariedade à Constituição Federal de 1988.[202] Assim, podem ser impugnados via ação direta de inconstitucionalidade as leis ou atos normativos primários, de origem federal ou estadual. [203]

Em relação à legitimidade tem-se a passiva e a ativa. Na passiva, verifica-se que o processo objetivo, do qual pertence a ação declaratória de inconstitucionalidade, apresenta-se como uma exceção à regra relação jurídica tríplice, haja vista que nessa modalidade de ação não existirá propriamente um réu, pois, mesmo que os órgãos e as autoridades responsáveis pelo ato normativo sejam convocadas a prestar esclarecimentos e o Advogado Geral da União a defender o ato impugnado, aqueles não são os sujeitos passivos da pretensão do autor, sendo chamados apenas em razão de sua responsabilidade pela criação do ato normativo, e esse, apesar de participar do polo passivo, não têm contra si o pedido formulado na inicial.[204]

O rol de legitimados para a propositura da ADI genérica encontra-se no art. 103, da Constituição Federal[205]. A amplitude desse rol de legitimados representa o fortalecimento do controle concentrado de constitucionalidade e a democratização desse controle, visto que o legitimado está, em nome próprio, defendendo interesses alheios.[206]

Dentre os legitimados há os universais, que possuem a função instituição de defender a Constituição em qualquer hipótese, que são os dos incisos I, II, III, VI, VII e VIII, do art. 103, e os legitimados especiais, com atuação restrita às questões que repercutem diretamente sobre a esfera jurídica do grupo de pessoas que devam representar, encontram-se encartados nos incisos IV, V e IX, do art. 103.[207]

Para propositura de ação declaratória de inconstitucionalidade pelas

---

[202] NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Ações Constitucionais**. São Paulo: Método, 2011, p. 03.
[203] MENDES, *op. cit*., p.1110.
[204] NEVES, *op. cit*., p. 04.

[205] Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV - a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; VI - o Procurador-Geral da República; VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII - partido político com representação no Congresso Nacional; IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional. ; *In:* BRASIL. Constituição, *op. cit.*

[206] NEVES, *op. cit*., p. 05.
[207] *Ibidem*, p. 06.

confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional essas, além de se amoldarem ao conceito do Supremo Tribunal Federal de confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional, precisam demonstrar a pertinência temática, ou seja, o interesse na propositura da ação relacionado à sua finalidade institucional[208].

A Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999 disciplinou, ainda, o procedimento a ser adotado nas ações diretas de inconstitucionalidade promovidas perante o Supremo Tribunal Federal. Estabeleceu em seu art. 3º que a petição inicial deverá indicar o dispositivo da lei ou do ato normativo impugnado e os fundamentos jurídicos do pedido em relação a cada uma das impugnações, bem como o pedido, com suas especificações. Devendo essa obedecer ainda os requisitos do art. 282, do CPC.[209]

Consoante o art. 4º da lei a petição inicial inepta, não fundamentada e a manifestamente improcedente serão liminarmente indeferidas pelo relator. O art. 5º dispôs que proposta a ação direta, não se admitirá desistência. O art. 6º preceitua que o relator deverá pedir informações aos órgãos ou às autoridades das quais emanou a lei ou o ato normativo impugnado, devendo essas informações ser prestadas no prazo de trinta dias contado do recebimento do pedido[210].

A respeito das intervenções no processo, em seu art. 7º, *caput*, determinou não ser admissível a intervenção de terceiros no processo de ação direta de inconstitucionalidade. No entanto, no § 2º permitiu ao relator que, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, por despacho irrecorrível, admitisse, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades[211].

Com essa previsão legal positivou-se a figura do *amicus curiae* no processo de controle de constitucionalidade, possibilitando assim que o Supremo Tribunal Federal decida as demandas com amplo conhecimento de todas as suas implicações e repercussões[212].

---

[208] NEVES, *op. cit*., p. 08.
[209] NEVES, *op. cit*., p. 05.
[210] AKAOUI, Fernando Reverendo Vidal. **Jurisdição Constitucional e a Tutela dos Direitos Metaindividuais**. São Paulo: Verbatium, 2009, p. 67-68.
[211] *Ibidem*, p. 64-66.
[212] MENDES, *op. cit*., p.1124.

Nesse viés, observa-se ainda o § 1º, do art. 9º, o qual ventila que em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria.[213]

A propósito dos efeitos da decisão, parcela da doutrina entende que a ação tem caráter dúplice, em razão do que estabelece o art. 24, da Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, pois, declarada a constitucionalidade da norma, deverá ser julgada improcedente a ação direta ou procedente eventual ação declaratória, e, proclamada a inconstitucionalidade, deverá ser julgada procedente a ação direta ou improcedente eventual ação declaratória[214].

De acordo com art. 27, da Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999[215], o Supremo Tribunal Federal, ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá limitar os efeitos da decisão ou postergar a sua eficácia. Desse modo, julgada procedente a ação declaratória de inconstitucionalidade tem-se uma declaração de nulidade da lei inconstitucional. Eventual decisão restritiva há de ser expressa, nos termos da lei[216].

A inconstitucionalidade de uma lei pode levar, também a distintas variantes de declaração de nulidade, a saber: a) declaração de nulidade total; b) declaração de nulidade parcial, e; c) declaração de nulidade parcial sem redução de texto[217].

---

213 AKAOUI, *op. cit*., p. 66-67.

214 NEVES, *op. cit*., p. 22-23.

215 "Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o STF, 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." *In:* BRASIL. Lei 8.039/90. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1989_1994/L8039.htm>. Acesso em: 14 fev. 2012.

216 MENDES, *op. cit.*, p.1245.

217 "A declaração de nulidade total, como o próprio nome indica, ocorre nos casos em que a totalidade da lei ou do ato normativo é invalidada pelo Tribunal. (...) A doutrina e a jurisprudência brasileira admitem plenamente a *teoria da divisibilidade da lei*, de modo que, tal como assente, o Tribunal somente deve proferir inconstitucionalidade daquelas normas viciadas, não devendo estender o juízo de censura às outras partes da lei, salvo se elas não puderem subsistir de forma autônoma. (...) Já em 1949 identificara Lúcio Bittencourt os casos de inconstitucionalidade da aplicação da lei a determinado grupo de pessoas ou de situações como hipótese de inconstitucionalidade parcial (...). Em decisão mais moderna, adotou o Supremo Tribunal Federal,

Por derradeiro, o art. 28, parágrafo único[218], da mesma lei prevê que as decisões declaratórias de inconstitucionalidade têm eficácia *erga omnes* e efeito vinculante. Por esse preceito a decisão de mérito proferida na ação declaratória de inconstitucionalidade tem eficácia contra todos (*erga omnes*) e efeito vinculante para os órgãos do Poder Executivo e do Poder Judiciário.[219]

4.5.2 Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão

A Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão tem previsão no art. 103, §2º da Constituição Federal[220], o qual estabelece que o Supremo Tribunal Federal, ao declarar a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, dê ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias ou, tratando-se de órgão administrativo, que o faça no prazo de trinta dias.[221]

A ação direta de inconstitucionalidade por omissão constitui-se um "instrumento processual de fiscalização abstrata das omissões do Poder Público quanto à tarefa de editar e de atualizar as medidas necessárias para tornar efetivas as normas constitucionais"[222] sem aplicabilidade imediata.

Consoante abalizada doutrina, a omissão constitucional apta a provocar a propositura da ação direta de inconstitucionalidade por omissão é aquela que ocorre no âmbito dos três poderes, em regra, de natureza normativa, pois, omissões de cunho político-adminstrativo ou judicial possuem recursos próprios para sanar as

---

expressa e inequivocamente, a técnica da *declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto,* tal como se pode depreender da seguinte passagem da ementa, concernente à ADI 319, formulada contra Lei 8.039/90." *In:* MENDES, *op. cit.*, p.1245.

[218] "Art. 28. *Omissis.* Parágrafo único. A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal." *In:* BRASIL. Lei 8.039/90, *op. cit*.

[219] MENDES, *op. cit*., p.1275.

[220] "Art. 103. *Omissis.* § 2º - declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias." *In:* BRASIL. Constituição, *op cit*.

[221] NEVES, *op. cit.*, p. 55.

[222] BERNARDES, Juliano Taveira. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão. *In:* DIDIER, *op. cit*., p. 526.

omissões.[223]

Nesse sentido é a lição de Fredie DIDIER:

> (...) Ademais, não é todo tipo de lacuna da constituição que pode propiciar o surgimento de omissões inconstitucionais. A omissão inconstitucional juridicamente controlável decorre tão-só das lacunas constitucionais intencionais, a representarem opção consciente do constituinte em transferir a órgãos constituídos a tarefa de implementar a plena aplicabilidade da regulação referente a determinados bens jurídicos constitucionalizados. Daí, embora igualmente intencionais, tampouco dão ensejo a omissões inconstitucionais as lacunas que sinalizam "silêncio eloquente" da constituição ou que digam respeito a campos temáticos que o constituinte não quis ocupar. É dizer: se aquilo que a princípio se parece com uma omissão inconstitucional puder ser remediado pelos meios ordinários de integração do direito, não haverá autêntica inconstitucionalidade omissiva, mas apenas lacuna jurídica a ser preenchida, sobretudo, mediante a analogia e a interpretação sistemática.[224]

A respeito da legitimidade ativa, tem-se por legitimados os constantes do art. 103, I, da Constituição Federal. Ao trato da passiva, entende-se da forma distinta daquela aplicada à ação direta de inconstitucionalidade genérica, pois, na eventual procedência dos pedidos do autor, a pessoa ou órgão responsabilizado pela omissão será chamado a praticar a ação de fazer a ele imputada. [225]

Em relação ao procedimento, nos termos do art. 12-E, da Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, aplica-se à ação direta de inconstitucionalidade por omissão, no que couber, as disposições atinentes à ação direta de inconstitucionalidade genérica. Assim, com as devidas adaptações aplica-se à ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão o procedimento da ação declaratória de inconstitucionalidade genérica.

Sobre a tutela de urgência na ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão, cumpre destacar que, embora parcela da doutrina entenda não ser cabível medida cautelar nessa ação, sob o argumento de que o Supremo Tribunal Federal não pode determinar medidas concretas, o STF e a própria Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999 firmaram ser possível, sem que isso configure atividade legislativa da Suprema Corte[226].

---

[223] NEVES, *op. cit.*, p. 57.
[224] BERNARDES, *op. cit.*, p. 530.
[225] NEVES, *op. cit.*, p. 57.
[226] *Ibidem*, p. 58.

Nos termos do art. 103, §2º, da Constituição Federal, a decisão de procedência do pedido na AÇÃO DECLARATÓRIA DE INCONSTITUCIONALIDADE por omissão possuirá conteúdo diverso, se o responsável pela omissão for o Poder competente para edição da norma ou órgão administrativo[227].

Isto é, quando for omisso o Poder Legislativo o Supremo Tribunal Federal apenas dará ciência da omissão, sem qualquer comando ordenatório para que a conduta ativa seja adotada, tampouco estabelece prazo para que isso ocorra. Tratando-se de órgão administrativo o Supremo Tribunal Federal dará ciência da inconstitucionalidade por omissão, bem como determinará que essa seja sanada no prazo de trinta dias.

4.5.3 Ação Declaratória de Constitucionalidade

A Ação Declaratória de Constitucionalidade foi introduzida no ordenamento pela EC nº 3, de 17 de março de 1993, com alteração da redação do art. 102, I, "a" e acréscimo do § 2º, ao art. 102, bem como do § 4º, ao art. 103. Seu processo e julgamento foram regulamentados pela Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999.[228]

A constitucionalidade do ato normativo é presumida, pelo que há sempre uma presunção relativa de que toda norma infraconstitucional é compatível com a Constituição. É por esse motivo que a ação declaratória de constitucionalidade tem por finalidade transformar essa presunção relativa de constitucionalidade que milita em favor do ato normativo, em coisa julgada.

O objetivo da ação declaratória de constitucionalidade é "certificar, de forma plena e indiscutível, uma situação jurídica já existente, a saber, essa presunção de legitimidade da norma"[229]. E ainda, "a ação declaratória de constitucionalidade é ação meramente declaratória, visto que tem por objetivo a simples certificação da

---

[227] *Ibidem*, p. 59.
[228] MENDES, *op. cit*., p.1129.
[229] DIDIER JUNIOR, Aspectos, *op. cit.*, p. 455.

existência de situação jurídica de legitimidade (presumida) do ato normativo"[230].

A respeito da legitimidade ativa, tem-se por legitimados os constantes do art. 103, I, da Constituição Federal. Ao trato da passiva, entende-se que da forma aplicada à ação direta de inconstitucionalidade genérica[231].

A Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999 disciplinou, ainda, o procedimento a ser adotado nas ações diretas de constitucionalidade promovidas perante o Supremo Tribunal Federal. Estabeleceu em seu art. 14 que a petição inicial deverá indicar o dispositivo da lei ou do ato normativo impugnado e os fundamentos jurídicos do pedido em relação a cada uma das impugnações, bem como o pedido, com suas especificações e a existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação da disposição objeto da ação declaratória[232].

Diferentemente da ação declaratória de inconstitucionalidade, na ação declaratória de constitucionalidade exige-se a comprovação de existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação da disposição objeto da ação. Significa que "a norma ou ato que formará o objeto da ação declaratória de constitucionalidade já deve ter sido afastado com inconstitucional por órgãos jurisdicionais em controle incidental de constitucionalidade"[233].

Consoante o art. 15 da lei a petição inicial inepta, não fundamentada e a manifestamente improcedente serão liminarmente indeferidas pelo relator. O art. 16 dispôs que proposta a ação direta, não se admitirá desistência. O art. 6º preceitua que o relator deverá pedir informações aos órgãos ou às autoridades das quais emanou a lei ou o ato normativo impugnado, devendo essas informações ser prestadas no prazo de trinta dias contado do recebimento do pedido.

A respeito das intervenções no processo, em seu art. 18, *caput*, determinou não ser admissível a intervenção de terceiros no processo de ação direta de inconstitucionalidade. No entanto, no § 1º, do art. 20[234], permitiu-se que o relator requisitasse informações adicionais, designasse perito ou comissão de peritos para

---

[230] *Ibidem*, p. 455-456.
[231] NEVES, *op. cit*., p. 58.
[232] *Ibidem*, p. 62.
[233] NEVES, *op. cit*., p. 62.
[234] "Art. 20. *Omissis.* § 2º - Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria. *In:* BRASIL. Lei 8.039/90, *op. cit*.

que emita parecer sobre a questão ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria[235].

A declaração de constitucionalidade de um ato normativo é dotada, em regra, de eficácia retroativa (*ex tunc*), "o que significa dizer que ela ratifica a sua validade e os efeitos jurídicos que produziu".[236]

Aplica-se à ação declaratória de constitucionalidade o disposto no art. 27, da Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, por meio do qual o Supremo Tribunal Federal, ao declarar a constitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá limitar os efeitos da decisão ou postergar a sua eficácia.[237]

Por derradeiro, o art. 28, parágrafo único[238], da mesma lei prevê que as decisões declaratórias de inconstitucionalidade têm eficácia *erga omnes* e efeito vinculante. Por esse preceito a decisão de mérito proferida na ação declaratória de constitucionalidade tem eficácia contra todos (*erga omnes*) e efeito vinculante para os órgãos do Poder Executivo e do Poder Judiciário.[239]

4.5.4 Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

A ideia de se estabelecer um parâmetro estrito de controle de constitucionalidade, que marcou o direito comparado, influenciou decisivamente o constituinte nacional na medida em que se criou uma ação específica para se tutelar os preceitos fundamentais, os quais necessitavam de um mecanismo próprio de tutela[240].

Nesse viés, pode-se verificar que:

---

[235] AKAOUI, Fernando Reverendo Vidal. Op. cit., p. 64-66.
[236] Ibidem, p. 508-509.
[237] DIDIER JUNIOR, Aspectos, *op. cit.*, p. 508.
[238] "Art. 28. *Omissis.* Parágrafo único. A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal."
[239] MENDES, *op. cit*., p.1273.
[240] DIDIER JUNIOR, Aspectos, *op. cit.*, p. 568-569.

> A arguição de descumprimento de preceito fundamental consiste em uma *ação constitucional* especialmente destinada a provocar a jurisdição concentrada do Supremo Tribunal Federal para a tutela da supremacia dos preceitos mais importantes. Vale dizer, é uma ação específica vocacionada a proteger exclusivamente os preceitos constitucionais fundamentais, ante a ameaça ou lesão resultante de qualquer ato ou omissão do poder público.[241]

A arguição de descumprimento de preceito fundamental pode dar ensejo à impugnação ou questionamento direto de lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, como pode acarretar uma provocação a partir de situações concretas, que levem a impugnação de lei ou ato normativo.[242]

No primeiro caso tem-se um controle em caráter principal, que se opera de forma direta em relação à lei ou ato normativo. No segundo, questiona-se a legitimidade da lei tendo em vista a sua aplicação em uma dada situação concreta (caráter incidental).

Nos termos da Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999, podem propor arguição de descumprimento de preceito fundamental os legitimados para a ação direta de inconstitucionalidade, consoante consta do art. 103, I, da Constituição Federal.[243]

Assim como na ação declaratória de inconstitucionalidade, também na arguição de descumprimento de preceito fundamental, a exigência de demonstração de controvérsia jurídica há de ser entendida como atinente à existência de controvérsia jurídica relevante, capaz de afetar a presunção de legitimidade da lei ou da interpretação judicial adotada e, por seguinte, a eficácia da decisão legislativa[244].

De acordo com o §1º, do art. 4º, da Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999, a arguição de descumprimento de preceito fundamental rege-se pelo princípio da subsidiariedade, segundo o qual não é admitida a propositura dessa ação quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade. Além disso, a inexistência

---

[241] DIDIER JUNIOR, Aspectos, *op. cit.*, p. 570.
[242] MENDES, *op. cit.*, p.1147.
[243] MENDES, *op. cit.*, p.1149.
[244] *Ibidem*, p.1150-1151.

de outro meio eficaz de sanar lesão, contido na disposição legal mencionada, há de ser compreendida no contexto da ordem constitucional global[245].

Dessa maneira, cabível a ação declaratória de inconstitucionalidade ou ação declaratória de constitucionalidade, não será admissível arguição de descumprimento de preceito fundamental. Em sentido contrário, não sendo admitida a utilização de ação declaratória de inconstitucionalidade ou ação declaratória de constitucionalidade, não havendo meio apto para solver a controvérsia constitucional de forma ampla, geral e imediata, há de se entender possível a utilização da arguição de descumprimento de preceito fundamental [246].

A própria aplicação do princípio da subsidiariedade significa que a arguição de descumprimento de preceito fundamental há de ser aceita nos casos que envolvam a aplicação direta da Constituição Federal, seja decorrente da alegação de contrariedade à Constituição proveniente de decisão judicial ou controvérsia sobre interpretação adotada pelo Judiciário que não envolva a aplicação de lei ou ato normativo inconstitucional.[247]

Em consonância com art. 1º, *caput*, da Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999, a arguição de descumprimento de preceito fundamental possui como objeto evitar ou reparar lesão resultante de ato do Poder Público, extensível aos atos praticados por particulares que desempenham função pública delegada. [248]

De acordo com o disposto no parágrafo único, do art. 1º, da Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999, também se admite a arguição de descumprimento de preceito fundamental quando for relevante o fundamento da controvérsia

---

[245] MENDES, *op. cit.*, p.1151-1152.

[246] *Ibidem*, p. 1154. "É o que ocorre nas hipóteses relativas ao controle de legitimidade do direito pré-constitucional, do direito municipal em face da Constituição Federal e nas controvérsias sobre normas sobre direito pós-constitucional já revogado ou cujos efeitos já se exauriram. Nesses casos, em face do não-cabimento da ação direta de inconstitucionalidade, não há como deixar de reconhecer a admissibilidade da arguição de descumprimento. Também é possível que se apresente arguição de descumprimento com pretensão de ver declarada a constitucionalidade de lei estadual ou municipal que tenha sua legitimidade questionada nas instâncias inferiores. Tendo em vista o objeto restrito da ação declaratória de constitucionalidade, não se vislumbra aqui meio eficaz para solver, de forma ampla, geral e imediata, eventual controvérsia instaurada."*In:* Id.

[247] MENDES, *op. cit*., p.1154.

[248] NEVES, *op. cit.*, p. 71.

constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição.[249]

Por oportuno, após apresentado o objeto da arguição de descumprimento de preceito fundamental, cumpre esclarecer o que seja "preceito" e "preceito fundamental" para doutrina nacional, a saber:

> "Segundo ensina a melhor doutrina, preceito constitucional é toda norma constitucional abrangente de regras e princípios, daí falar-se em norma-regra e norma-princípio ou preceito-regra e preceito-princípio. Há doutrina que defende a possibilidade de proteção de preceito que não esteja expressamente consagrado na Constituição Federal, numa espécie decorrência indireta do texto constitucional."[250]

> "Vale dizer, sem embargo da irrepreensível constatação dogmática de que todas as normas de uma Constituição encerram um mesmo imperativo r, em consequência disto, situam-se num mesmo plano hierárquico-normativo, as normas constitucionais distinguem-se quanto aos valores que carregam, sendo admissível falar, na hipótese, em *hierarquia axiológica* entre as normas de uma mesma Constituição. Assim, impõe-se reconhecer a existência de preceitos normativos da Constituição que, em razão dos valores superiores que consagram, são mais fundamentais que outros. Por seguinte, dada a fundamentalidade destes preceitos, o constituinte optou por conferir proteção especial com criação de um mecanismo próprio. A arguição de descumprimento de preceito fundamental consiste em uma *ação constitucional* especialmente destinada a provocar a jurisdição concentrada do Supremo Tribunal Federal para a tutela da supremacia dos preceitos mais importantes. Vale dizer, é uma ação específica vocacionada a proteger exclusivamente os preceitos constitucionais fundamentais, ante a ameaça ou lesão resultante de qualquer ato ou omissão do poder público."[251]

Por seguinte, admite-se ainda o manuseio de arguição de descumprimento de preceito fundamental para o controle de legitimidade do direito pré-constitucional, para o fim de se resolver a questão referente às competências legislativas e de

---

[249] *Ibidem*, p. 72.
[250] NEVES, *op. cit.*, p. 70.
[251] DIDIER JUNIOR. Aspectos, *op. cit.*, p. 573.

órgãos integrantes da estrutura federal no âmbito do controle concentrado. Trata-se da sensível questão da chamada incompetência legislativa superveniente.[252]

Ademais, com o advento da Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999 tornou-se possível, em sede de arguição de descumprimento de preceito fundamental, o controle direito de constitucionalidade do direito municipal em face da Constituição Federal. Essa norma estabeleceu ainda, a possibilidade controle de constitucionalidade do direito estadual ou municipal no processo de arguição de descumprimento de preceito fundamental. Poderá ocorrer, assim, a formulação de pleitos com o objetivo de obter a declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade toda vez que da controvérsia judicial instaurada possa resultar sério prejuízo à aplicação da norma, com possível lesão a preceito fundamental[253].

Poderá ocorrer lesão a preceito constitucional fundamental fundada em simples interpretação judicial do texto constitucional. Assim, o ato judicial de interpretação direta de um preceito fundamental poderá conter violação de norma da Constituição, e assim ensejar arguição de descumprimento de preceito fundamental[254].

Com relação à omissão legislativa em sede de arguição de descumprimento de preceito fundamental, configura-se não apenas quando o órgão legislativo não cumpre o seu dever, mas quando também o faz de forma incompleta. Assim, há que se admitir tanto um controle principal, ou direito, como um controle incidental, uma vez que existe, aqui, norma que pode ser objeto de exame judicial[255].

No que tange ao procedimento, conforme o art. 3º da lei em análise a petição inicial deverá conter a indicação do preceito fundamental que se considera violado, a indicação do ato questionado, a prova da violação do preceito fundamental, o pedido, com suas especificações e, se for o caso, a comprovação da

---

[252] MENDES, *op. cit*., p.1157.
[253] *Ibidem*, p.1159-1160.
[254] MENDES, *op. cit.*, p.1160-1161.
[255] *Ibidem*, p.1163.

existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação do preceito fundamental que se considera violado.[256]

Em seguida, há ainda no art. 5º previsão para o Supremo Tribunal Federal, por decisão da maioria absoluta de seus membros, deferir pedido de medida liminar na arguição de descumprimento de preceito fundamental. Em caso de extrema urgência ou perigo de lesão grave, ou ainda, em período de recesso, poderá o relator conceder a liminar, *ad referendum* do Tribunal Pleno.[257]

A respeito dos efeitos da decisão, o art. 10 firma que, sendo julgada a ação será determinada a comunicação às autoridades ou órgãos responsáveis pela prática dos atos questionados, fixando-se ainda, as condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental. Por seguinte, o §3º estabelece que a decisão de mérito proferida em sede de arguição de descumprimento de preceito fundamental terá eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público.[258]

Sobre os efeitos temporais, o art. 11 da aludida lei dispõe ser possível modular os efeitos da decisão proferida, em casos de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, a saber:

> Art.11. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, no processo de argüição 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.

Trata-se, portanto, de medida de controle concentrado de constitucionalidade, aplicável nos casos especificados em lei, que correspondem, em regra, àqueles não alcançados pelas ações declaratórias de constitucionalidade e inconstitucionalidade.

---

[256] NEVES, *op. cit*., p. 71.
[257] AKAOUI, *op. cit*., p. 96.
[258] NEVES, *op. cit*., p. 90.

4.6 OUTRAS AÇÕES CONSTITUCIONAIS

4.6.1 Mandado de Injunção

O mandado de injunção consiste numa ação destinada à tutela dos direitos, liberdades e garantias constitucionais, bem como para controlar a omissão legislativa. Possui por objeto o não cumprimento do dever constitucional de legislar que, de certo modo, afeta a direitos constitucionalmente assegurados.[259]

Trata-se de remédio constitucional assegurado no art. 5º, LXXI, da Constituição Federal[260], que tem por finalidade sanear uma omissão legislativa que "não permita o exercício de direitos e liberdades asseguradas constitucionalmente; ou impeça a efetivação das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania (mesmo que infraconstitucional)."[261]

Assim, para que se justifique o manuseio do Mandado de Injunção se faz necessário que ocorra, cumulativamente:

> 1. Ocorra omissão legislativa (a) que regulamente o exercício de direitos e liberdades asseguradas constitucionalmente; ou (b) para efetividade de prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, já afirmadas em legislação (ainda que infraconstitucional)
> 2. o dispositivo careça de norma reguladora (omissão legislativa), impedindo o exercício pelo titular da garantia constitucional acerca de liberdades e direitos, ou das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.[262]

---

[259] MENDES, *op. cit*., p.1207.

[260] "LXXI - conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania;" *In:* BRASIL. Constituição, *op. cit*.

[261] MAZZEI, Rodrigo. Mandado de Injunção. *In:* DIDIER, Fredie. Op. Cit., p. 216.

[262] *Ibidem*, p. 217.

Por seguinte, existem diversas teorias que tentam explicar a essência do mandado de injunção, quais sejam: a) teoria da subsidiariedade; b) teoria da independência jurisdicional; c) teoria da resolutividade; d) posição mista, com adoção das teorias da subsidiariedade e resolutividade (tendência do STF). A saber:

> *Teoria da* Subsidiariedade:
> Segundo a concepção em tela, na decisão do mandado de injunção, deve o órgão julgador se limitar a declarar a mora legislativa, cientificando o (omisso) responsável pela edição normativa necessária, tal como ocorre com a ação de inconstitucionalidade por omissão.
> (...)
> *Teoria da* independência jurisdicional:
> Pela *teoria da independência jurisdicional*, a natureza da sentença proferida em mandado de injunção deve possuir um caráter *constitutivo erga omnes*, pelo qual caberia ao órgão judiciário editar uma norma geral, escapando à regulamentação do caso concreto.
> (...)
> *Teoria da* resolutividade:
> A posição que apraz a maioria dos juristas, e que parece *mais adequada ao espírito do instituto,* é a parte que considera a decisão final do mandado de injunção como *constitutiva inter partes*, em relação à criação da norma faltante. Trata-se da *teoria da resolutividade.* Assim, conforme essa teoria, o órgão jurisdicional deve decidir o caso balizando-se nos princípios constitucionais positivados e no seu sentimento equidade, possibilitando uma imediata efetivação da promessa de direito subjetivo.
> (...)
> *Da* Posição mista, *com adoção das teorias da subsidiariedade e resolutividade (tendência do Supremo Tribunal Federal) (...)*
> Com *postura intermediária* (ou *mista*), em casos específicos o Supremo Tribunal Federal – ao julgar procedente o pedido no mandado de injunção – conferia prazo para o responsável pela iniciativa legislativa sanar a omissão que obsta a efetivação do direito previsto e, ao final desse prazo, sem que a mora legislativa tivesse sido afastada, ficava autorizado ao prejudicado o exercício do direito invocado, com a *liquidação* por meio da via jurisdicional ordinária, nos casos de pretensão condenatória. (...)[263]

Recentemente o Supremo Tribunal Federal, a partir do voto do Ministro Marco Aurélio, proferido no MI 721-7/DF, tem firmado uma posição orientada pela "teoria da resolutividade", note-se:

> (...) Observe-se que nos mandados de injunção 785-6/DF, 788-8/DF, 795-1/DF e 1.083/DF prevalece de forma unânime o posicionamento segundo o qual, uma vez constatada a mora, deve ela ser comunicada à autoridade competente, ao mesmo tempo em que o Judiciário atua de forma integradora, permitindo a imediata efetivação do direito cujo exercício fora até então impedido por ausência de norma regulamentadora.(...)[264]

A competência para julgamento do Mandado de Injunção se determinará pelo caso concreto, levando-se em consideração a autoridade, órgão ou entidade a quem cabia o exercício legislativo que se indica como não ocorrido. A competência

---

[263] MAZZEI, *op. cit*., p. 226-244.
[264] *Ibidem*, p. 243-244.

do STF para julgamento do mandado de injunção encontra-se no art. 102, I, “q”, da Constituição Federal[265].

Noutro viés, cumpre colacionar a distinção entre mandado de injunção da ação direta de inconstitucionalidade por omissão proposta por Dirley da CUNHA JUNIOR, qual seja:

> (...) o mandado de injunção foi concebido como instrumento de controle concreto ou incidental de constitucionalidade da omissão, voltado à tutela de direitos subjetivos. Já a ação direta de inconstitucionalidade por omissão foi ideada como instrumento de controle abstrato ou principal de constitucionalidade da omissão, empenhado na defesa objetiva da Constituição. Isso significa que o mandado de injunção é uma ação constitucional de garantia individual, enquanto a ação direta de inconstitucionalidade por omissão é uma ação constitucional de garantia da constituição.[266]

Em suma, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão é um processo objetivo, por meio do qual se discute a lei em tese, não existindo um conflito de interesses a ser resolvido em juízo. O mandado de injunção é um processo subjetivo, que visa resolver uma demanda concreta, uma lide[267].

4.6.2 Reclamação Constitucional

A Reclamação Constitucional é um verdadeiro instrumento de decisão no ordenamento jurídico brasileiro, “cuja finalidade é a absorção da insegurança, não no sentido de eliminar o conflito, porque o transforma, visto que as autoridades criarão sempre novas situações de incompatibilidades.”[268] Afigura-se um verdadeiro instrumento de proteção da jurisdição constitucional.

De acordo com Leonardo Lins MORATO, a reclamação constitui-se:

---

[265] NEVES, *op. cit*., p. 102.

[266] CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Controle das omissões do Poder Público em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 553.

[267] NEVES, *op. cit*., p. 106.

[268] GOÉS, Gisele Santos Fernandes. Reclamação Constitucional – Crise da sua função? *In*: DIDIER JUNIOR., Fredie, *op. cit*., p. 631.

> "(...) um meio pelo qual se pode provocar o Estado para que, em se garantindo a sua autoridade, mais precisamente a autoridade do Poder Judiciário, sejam preservados o estado de Direito, as liberdades públicas e a soberania popular."[269]

A reclamação é um instituto processual previsto na Constituição Federal, de competência originária dos Tribunais Superiores, que tem por objetivo preservar a competência e garantir a autoridade das decisões desses Tribunais.

A Constituição Federal, em seu artigo 102, inciso I, alínea "l", dispõe sobre a reclamação para o Supremo Tribunal Federal - STF:

> Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:
>
> I - processar e julgar, originariamente:
>
> l) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões;

O artigo 105, inciso I, alínea "f", da Constituição Federal[270] prevê a reclamação de competência do Superior Tribunal de Justiça – STJ. Nos artigos 196 a 200, o Tribunal Superior do Trabalho previa a utilização da Reclamação, contudo, essas disposições foram revogadas pelo Ato Regimental nº 02 de 2011.

A Reclamação possui previsão legal no Regimento Interno do STF, em seus artigos 6º, "I", "g"; art. 9º, I, e do artigo 156 ao 161. Nos artigos 13 a 18, da Lei nº 8.038, de 28 de maio de 1990. E no art. 7º, da Lei nº 11.417, de 19 de dezembro de 2006.

---

[269] MORATO, Leonardo Lins. A reclamação prevista na Constituição Federal. In: Nelson Nery Junior (Coord.). **Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. pág. 30.

[270] "Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça: I - processar e julgar, originariamente: f) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões;" *In:* BRASIL. Constituição, *op. cit.*

A natureza jurídica do instituto não é pacífica, pois, Nelson NERY JUNIOR concebe-a como um incidente processual, José Frederico MARQUES e Alcides de Mendonça LIMA a classificam como recurso ou como sucedâneo recursal. De outro modo, Candido Rangel DINAMARCO entende que reclamação seja um remédio processual, sem natureza recursal. Pontes de MIRANDA a vislumbra como uma ação com caráter correicional.[271]

José da Silva PACHECO e DIDIER JUNIOR[272] sustentam que a Reclamação não é recurso, mas sim verdadeira ação autônoma de impugnação de ato judicial, que provoca o exercício de jurisdição contenciosa, tendo em vista seus elementos: partes, pedido e causa de pedir. [273]

Nesse contexto, o Supremo Tribunal Federal, por conta do julgamento da Reclamação nº 336-1/1990 – DF, tendo como relator o Ministro Celso de MELLO, entendeu que a Reclamação, independente da qualificação recebida, é instrumento de extração constitucional com duas funções de ordem político-jurídica: preservação da competência e a garantia da autoridade das decisões do STF e do STJ.[274]

Em adição a esse entendimento o Ministro Gilmar MENDES, no julgamento da Reclamação - Rcl 5470/PA[275], entendeu ser a Reclamação uma ação de rito essencialmente célere.

Nesse molde, entendeu-se ser a Reclamação uma ação constitucional voltada à proteção da ordem constitucional como um todo, do mesmo feitio que o *habeas corpus*, o mandado de segurança, a ação popular, o *habeas data*, o mandado de injunção, a ação civil pública, a ação direta de inconstitucionalidade, a ação declaratória de constitucionalidade e a arguição de descumprimento de preceito fundamental.

---

[271] GOÉS, *op. cit*., p. 634.

[272] DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Curso de direito processual civil.** vol 3. 3ª ed. Salvador: JusPodium, 2007, p. 384-385.

[273] PACHECO, José da Silva. **O mandado de segurança e outras ações constitucionais típicas**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002, p.618-623.

[274] BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Reclamação n.º 336 / DF. Rel. Min. Celso de Mello, decisão: 19/12/1990. Publicação DJ 15/03/1991. PP – 02644. Ement. Vol. 01612-01, PP-00007. RTJ Vol-00134-03, PP-01033. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 20 abr. 2012.

[275] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação e Proteção da Ordem Constitucional. Reclamação n. 5470PA. Relator: Gilmar Ferreira Mendes, Brasília, 29 fev. 2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo496.htm#transcricao1>. Acesso em: 20 abr. 2012.

E ainda, similarmente ao mandado de segurança, a reclamação é uma ação com sede na Constituição, de caráter mandamental, com procedimento expedito, o qual depende prova pré-constituída da usurpação ou do desacato, tanto quanto possível de ser apresentada, com o fim de tutelar direito fundamental.

A reclamação constitui-se numa "ação constitucional, cuja cognição é exauriente e de natureza mandamental, porque seu objetivo final é determinar o cumprimento de decisão pela autoridade coatora"[276]. E, por pertencer à jurisdição contenciosa essa ação faz coisa julgada formal e material.

Afigura-se a reclamação um instrumento capaz de garantir a observância do princípio do juiz natural, haja vista objetivar que a atividade judicante seja exercida pelo juízo competente, previamente designado pela Constituição Federal e pelas normas infraconstitucionais. Bem como, apto a garantir o princípio da tutela jurisdicional adequada, vez que visa resguardar as decisões do STF e do STJ, objetivando assim preservar o exercício da função judicante dos órgãos judiciais[277].

Nesse prisma, destaca-se a ofensa a outros princípios fundamentais, como os do Estado Democrático de Direito e da proporcionalidade, haja vista que a desobediência às decisões e a usurpação de competência configuram uma ruptura na estrutura da organização brasileira, instalando-se a insegurança jurídica em sede de tutela jurisdicional.

A respeito das hipóteses de cabimento, releva-se que, em regra, a Reclamação pode ser utilizada em três situações, veja-se:

> (...) invasão de competência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça e se busca preservá-la, bem como se desobedeceu decisão do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça e necessita restaurar o respeito à autoridade das suas decisões ou, especialmente, a decisão judicial ou o ato administrativo contraria Súmula vinculante ou a aplica indevidamente, esclarecendo-se que essa última possibilidade foi implementada na Constituição de 1988, pela Emenda Constitucional 45/04, voltando-se exclusivamente ao Supre Tribunal Federal (art. 103-A,§ 3º).[278]

---

[276] GOÉS, *op. cit*., p. 637-638.
[277] GOÉS, *op. cit*., p. 638.
[278] *Ibidem*, p. 640.

Anotem-se ainda outras hipóteses de cabimento da reclamação constitucional veiculadas na doutrina: a) negativa de seguimento ao agravo de instrumento em sede de recurso extraordinário e/ou especial; b) juízo de execução que descumpre decisão final fixada pelo Supremo Tribunal Federal; c) quando da prática, retardamento ou omissão da pratica de determinado ato por parte do Tribunal *a quo*; d) para efetividade das decisões de recursos extraordinário e especial de competência originária do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça; e) contra atos administrativos; f) em razão do descumprimento de medida liminar em ação direta de inconstitucionalidade[279].

4.6.3 *Habeas Data*

O direito ao *habeas data* encontra-se assegurado no art. 5º, inciso LXXII, da Constituição Federal[280], tratando-se apenas das hipóteses de cabimento dessa tutela mandamental constitucional. A Lei nº 9.507, de 12 de novembro de 1997 traz ainda em art. 7º, III[281], uma nova hipótese não prevista na norma constitucional. Essa regra busca estabelecer o procedimento a ser utilizado no processamento da ação de *habeas data*.[282]

---

[280] Art. 5°. *Omissis.* LXXII - conceder-se-á "habeas-data": a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público; b) para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo; *In*: BRASIL. Constituição, *op. cit*.

[281] Art. 7° Conceder-se-á *habeas data*: I - para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registro ou banco de dados de entidades governamentais ou de caráter público; II - para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo; III - para a anotação nos assentamentos do interessado, de contestação ou explicação sobre dado verdadeiro mas justificável e que esteja sob pendência judicial ou amigável. *In:* BRASIL. Lei n° 9507/1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9507.htm>

[282] NEVES, *op. cit*., p. 331.

De acordo com a disposição constitucional o *habeas data* é uma ação constitucional voltada a garantir os direitos de intimidade e, de maneira mais abrangente, de informação.[283]

O *habeas data* assegura o acesso às informações existentes em registros ou bancos de dados das entidades governamentais ou de caráter público, bem como a eventual retificação dessas informações[284].

O § 1º, do art. 1º, da Lei nº 9.507, de 12 de novembro de 1997[285] estabelece a abrangência das informações que podem ser obtidas, retificadas ou anotadas pelo *habeas data.*[286]

Em sede de *habeas data*, a informação requerida sempre dirá respeito à pessoa de quem a requer, precisamente a dados pessoais seus que constem de arquivos ou bancos de dados, que poderá ser público ou que apenas torne públicas as informações que detenha. [287]

A Lei nº 9.507, de 12 de novembro de 1997, em seus artigos 2º, 3º e 4º, fixa a fase pré-processual, qual não necessita a intervenção do Poder Judiciário. Esses artigos asseguram a apresentação de requerimento administrativo e firmam os prazos para resposta ao pedido de informações, retificações ou averbações.[288] A saber:

> Art. 2º O requerimento será apresentado ao órgão ou entidade depositária do registro ou banco de dados e será deferido ou indeferido no prazo de quarenta e oito horas.
>
> Parágrafo único. A decisão será comunicada ao requerente em vinte e quatro horas.

---

[283] BUENO, Cassio Scarpinella. Habeas Data. *In*: DIDIER JUNIOR., *op. cit*., p. 69.
[284] NEVES, *op. cit*., p. 331.
[285] "Art. 1 º. *Omissis.* Parágrafo único. Considera-se de caráter público todo registro ou banco de dados contendo informações que sejam ou que possam ser transmitidas a terceiros ou que não sejam de uso privativo do órgão ou entidade produtora ou depositária das informações."

[286] BUENO, *op. cit.*, p. 71.
[287] NEVES, *op. cit*., p. 332.
[288] *Ibidem*, p. 337.

> Art. 3º Ao deferir o pedido, o depositário do registro ou do banco de dados marcará dia e hora para que o requerente tome conhecimento das informações.
>
> Parágrafo único.
>
> Art. 4º Constatada a inexatidão de qualquer dado a seu respeito, o interessado, em petição acompanhada de documentos comprobatórios, poderá requerer sua retificação.
>
> § 1º Feita a retificação em, no máximo, dez dias após a entrada do requerimento, a entidade ou órgão depositário do registro ou da informação dará ciência ao interessado.
>
> § 2º Ainda que não se constate a inexatidão do dado, se o interessado apresentar explicação ou contestação sobre o mesmo, justificando possível pendência sobre o fato objeto do dado, tal explicação será anotada no cadastro do interessado.[289]

Nesse procedimento administrativo que precede o judicial – a parte requerente pede informações para o órgão, que deverá providenciá-la em 48 horas e comunicá-lo em 24 horas. Passados dez dias sem resposta, é admissível a propositura de *habeas data*[290]*.*

Na fase processual há considerável semelhança entre o procedimento do habeas data e do mandado de segurança, inclusive com algumas regras legais que simplesmente copiam a lei de mandado de segurança, como o uso de autoridade coatora, notificação, impetração, dentre outras.[291]

O art. 8º, da Lei nº 9.507, de 12 de novembro de 1997[292] estabelece os requisitos da petição inicial e como deverá ser instruída. O art. 9º dispõe que, uma vez notificada, a autoridade coatora tem dez dias para prestar informações em juízo, não fazendo preclusa estará a sua oportunidade de manifestar-se[293].

---

[289] BRASIL. Lei n° 9507/1997, *op. cit*.
[290] NEVES, *op. cit*., p. 338.
[291] *Ibidem*, p. 340.

[292] "Art. 8° A petição inicial, que deverá preencher os requisitos dos arts. 282 a 285 do Código de Processo Civil, será apresentada em duas vias, e os documentos que instruírem a primeira serão reproduzidos por cópia na segunda. Parágrafo único. A petição inicial deverá ser instruída com prova: I - da recusa ao acesso às informações ou do decurso de mais de dez dias sem decisão; II - da recusa em fazer-se a retificação ou do decurso de mais de quinze dias, sem decisão; ou III - da recusa em fazer-se a anotação a que se refere o § 2° do art. 4° ou do decurso de mais de quinze dias sem decisão."

[293] BUENO, *op. cit*., p. 85-88.

Estabelece o art. 12 que o Ministério Público deverá ser ouvido depois de decorrido o prazo para autoridade prestar informação. Nesse caso o Ministério Público funcionará como fiscal da lei[294].

A propósito da decisão, segundo o art. 13, da Lei nº 9.507, de 12 de novembro de 1997, o acolhimento do pedido o autor levará o juiz a determinar ao coator a tomada de duas providências, tudo a depender do pedido formulado. Se a pretensão for o acesso ás informações, o juiz marcará data e horário para que o coator as exiba em juízo. Se a pretensão for a modificação de informações, o juiz marcará data e horário para que o coator apresente em juízo a prova da retificação ou da anotação feita nos assentamentos do autor[295].

Não há na Lei nº 9.507, de 12 de novembro de 1997 previsão expressa acerca da possibilidade de concessão de liminar, no entanto a doutrina entende ser possível a concessão da tutela de urgência satisfativa liminarmente.[296][297]

Por derradeiro, a competência para julgamento do *habeas data* está prevista no art. 20, da Lei nº 9.507, de 12 de novembro de 1997.[298]

4.6.4 Ação Popular

---

[294] *Ibidem*, p. 88.
[295] NEVES, *op. cit*., p. 347.
[296] *Ibidem*, p. 348-349.
[297] BUENO, *op. cit.*, p. 90-94.

[298] "Art. 20. O julgamento do *habeas data* compete: I - originariamente: a) ao Supremo Tribunal Federal, contra atos do Presidente da República, das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República e do próprio Supremo Tribunal Federal; b) ao Superior Tribunal de Justiça, contra atos de Ministro de Estado ou do próprio Tribunal; c) aos Tribunais Regionais Federais contra atos do próprio Tribunal ou de juiz federal; d) a juiz federal, contra ato de autoridade federal, excetuados os casos de competência dos tribunais federais; e) a tribunais estaduais, segundo o disposto na Constituição do Estado; f) a juiz estadual, nos demais casos; II - em grau de recurso: a) ao Supremo Tribunal Federal, quando a decisão denegatória for proferida em única instância pelos Tribunais Superiores; b) ao Superior Tribunal de Justiça, quando a decisão for proferida em única instância pelos Tribunais Regionais Federais; c) aos Tribunais Regionais Federais, quando a decisão for proferida por juiz federal; d) aos Tribunais Estaduais e ao do Distrito Federal e Territórios, conforme dispuserem a respectiva Constituição e a lei que organizar a Justiça do Distrito Federal; III - mediante recurso extraordinário ao Supremo Tribunal Federal, nos casos previstos na Constituição."

Em território nacional, a ação popular vigora desde o período colonial. Em 1934, fora incluída expressamente naquela Constituição Federal, por meio do art. 118, §3º, sendo suprimida em 1937, e retornando em 1946 e assim nas Constituições sucessivas.[299]

A Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965 foi a primeira lei que tratou de tutela coletiva no ordenamento brasileiro. No início, a lei e o regramento constitucional previam apenas a tutela do patrimônio público material. No entanto, com o advento da Lei nº 6.513, de 20 de dezembro de 1977, o objeto da ação foi ampliado para incluir os bens imateriais que fazem parte do patrimônio público, tais como a moralidade administrativa, o meio ambiente e o patrimônio histórico e cultural.[300]

Por seguinte, Maria Sylvia Zanella di PIETRO conceitua a ação popular, veja-se:

> Ação Popular é a ação civil pela qual qualquer cidadão pode pleitear a invalidação de atos praticados pelo poder público ou entidades de que participe, lesivos ao patrimônio público, ao meio ambiente, à moralidade administrativa ou ao patrimônio histórico e cultural, bem como a condenação por perdas e danos dos responsáveis pela lesão.[301]

Hodiernamente, nos termos do preceito constitucional do art. 5º, LXXIII, da Constituição Federal, a ação popular destina-se a tutelar os seguintes bens: a) patrimônio público estatal; b) os recursos públicos investidos em qualquer entidade; c) a moralidade administrativa; d) o meio ambiente, e; e) o patrimônio histórico e cultural[302].

O art. 5º, LXXIII, da Constituição Federal assim dispõe, colaciona-se:

---

[299] NEVES, *op. cit*., p. 204.
[300] *Ibidem*, p. 204-205.
[301] PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. **Direito Administrativo**. 14ª Ed. Atlas. São Paulo. 2002. p. 655.
[302] RODRIGUES, Geisa de Assis. Ação Popular. *In*: DIDIER JUNIOR, *op. cit*., p. 283.

> Art. 5º. *Omissis*
>
> LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência;

As hipóteses de cabimento fixadas no art. 5º, LXXIII, da Constituição Federal podem ser fracionadas em três: "(a) anulação de ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o estado participe; (b) anulação de ato lesivo a moralidade administrativa; (c) anulação de ato lesivo ao meio ambiente e ao patrimônio histórico"[303].

O art. 1º, da Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965 consagra a lesividade ao patrimônio público como fundamento para ação popular, qual seja:

> Art. 1º Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados, dos Municípios, de entidades autárquicas, de sociedades de economia mista (Constituição, art. 141, § 38), de sociedades mútuas de seguro nas quais a União represente os segurados ausentes, de empresas públicas, de serviços sociais autônomos, de instituições ou fundações para cuja criação ou custeio o tesouro público haja concorrido ou concorra com mais de cinqüenta por cento do patrimônio ou da receita ânua, de empresas incorporadas ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios, e de quaisquer pessoas jurídicas ou entidades subvencionadas pelos cofres públicos.[304]

Os §§ 1º e 2º, do art. 1º, da mesma regra conceitua o patrimônio público a ser protegido, a saber:

> § 1º - Consideram-se patrimônio público para os fins referidos neste artigo, os bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico.

---

[303] NEVES, *op. cit.*, p. 205.

[304] BRASIL. Lei nº 4717/65. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4717.htm>. Acesso em: 12 mai. 2012.

> § 2º Em se tratando de instituições ou fundações, para cuja criação ou custeio o tesouro público concorra com menos de cinqüenta por cento do patrimônio ou da receita ânua, bem como de pessoas jurídicas ou entidades subvencionadas, as conseqüências patrimoniais da invalidez dos atos lesivos terão por limite a repercussão deles sobre a contribuição dos cofres públicos.

Dessa feita, nota-se que o patrimônio público a ser protegido por meio da ação popular é o mais amplo possível, incluindo bens materiais e imateriais, como bens móveis, imóveis, ações, créditos públicos, bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico e turístico[305].

Em adendo, consoante a jurisprudência do STJ tanto o ato comissivo como omissivo podem ser objeto de ação popular[306].

Em relação à legitimidade, a Constituição Federal prescreve que todo cidadão possui o direito de propor ação popular. Assim, o legitimado a propor ação popular é o cidadão eleitor, o qual deve se encontrar em pleno gozo dos seus direitos políticos, estando quite com as suas obrigações eleitorais[307].

Nos termos do art. 6º, da Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965[308], é considerada legitimada passiva qualquer pessoa jurídica que de alguma forma utilize patrimônio e recursos públicos, o que consagra a tradicional característica da ação popular de forma jurisdicional de controle da administração pública[309].

A ação popular objetiva invalidar os atos administrativos em geral, em princípio, ilegais e lesivos aos bens jurídicos por ela tutelados. Para fins de ação popular os atos administrativos são apenas aqueles de feito concreto, inclusive as leis de efeitos concretos[310].

---

[305] RODRIGUES, *op. cit*., p. 284.
[306] NEVES, *op. cit*., p. 206.
[307] RODRIGUES, *op. cit*., p. 285.
[308] "Art. 6º A ação será proposta contra as pessoas públicas ou privadas e as entidades referidas no art. 1º, contra as autoridades, funcionários ou administradores que houverem autorizado, aprovado, ratificado ou praticado o ato impugnado, ou que, por omissas, tiverem dado oportunidade à lesão, e contra os beneficiários diretos do mesmo." *In:* BRASIL. Lei nº 4717/65, *op. cit*.
[309] NEVES, *op. cit.*, p. 222.
[310] RODRIGUES, *op. cit.*, p. 292-293.

Os atos impugnáveis objeto da ação popular podem ser tanto os atos vinculados como os discricionários. Desse modo, admite-se o controle do desvio do padrão de legalidade, bem como a fiscalização da razoabilidade no exercício do poder discricionário estatal[311] e a da legitimidade do ato discricionário, por estar sujeito a controle jurisdicional[312].

A ação popular não pode ser tratada como uma ação autônoma de impugnação de ato judicial. No entanto, o STJ tem admitindo a ação popular como instrumento para se impugnar decisões, com o fim de relativizar a coisa julgada injusta constitucional[313].

Para propositura da ação popular é indispensável que haja o binômio legalidade e lesividade do ato impugnado. Nos termos do preceito constitucional correspondente o "ato lesivo" refere-se ao patrimônio público, moralidade administrativa e ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural. Enquanto à lesividade, essa pode ser presumida (artigos 2º e 3º, da Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965) ou efetiva (art. 4º, da mesma lei).[314]

Em regra o cidadão é o titular da ação popular, contudo, é possível que o Ministério Público assuma a condução da ação, em razão da sua legitimidade superveniente, proveniente das circunstâncias constantes do art. 9º, da Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965[315]. Poderá ainda o Ministério Público funcionar como fiscal da lei, nos termos do § 4º, do art. 6º, da mesma lei.

De acordo com o disposto no art. 5º, da Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965[316]. A ação popular é de competência do primeiro grau de jurisdição,

---

311 NEVES, *op. cit.*, p. 209.
312 RODRIGUES, *op. cit*., p. 294-295.
313 NEVES, *op. cit*., p. 210.
314 NEVES, *op. cit*., p. 210-211.
315 "Art. 9º Se o autor desistir da ação ou der motiva à absolvição da instância, serão publicados editais nos prazos e condições previstos no art. 7º, inciso II, ficando assegurado a qualquer cidadão, bem como ao representante do Ministério Público, dentro do prazo de 90 (noventa) dias da última publicação feita, promover o prosseguimento da ação." *In:* BRASIL. Lei nº 4717/65, *op. cit*.

316 "Art. 5º Conforme a origem do ato impugnado, é competente para conhecer da ação, processá-la e julgá-la o juiz que, de acordo com a organização judiciária de cada Estado, o for para as causas que interessem à União, ao Distrito Federal, ao Estado ou ao Município. § 1º Para fins de competência, equiparam-se atos da União, do Distrito Federal, do Estado ou dos Municípios os atos das pessoas criadas ou mantidas por essas pessoas jurídicas de direito público, bem como os atos das

independente da autoridade que figure como réu. De acordo com o Supremo Tribunal Federal, esse terá competência excepcional nos casos das alíneas “f” e “n”, do inciso I, do art. 102, da Constituição Federal[317].

Em consonância com o art. 7º, da Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965 a ação popular seguirá, em regra, o procedimento, com as devidas adequações à legislação regente[318].

A sentença em sede de ação popular, nos termos dos artigos 11[319] e 12[320], da lei, possuirá os seguintes efeitos, a saber:

> a) constitutivo-negativo, uma vez que importa na desconstituição do ato administrativo inválido, tendo de há muito sido superado o entendimento que reputava que a sentença da ação popular tinha carga preponderantemente declaratória; b) condenatório, sempre que se identifique a ocorrência de lesão aos jurídicos tutelados.[321]

Desse modo, sendo julgado procedente o pedido, tem-se como efeitos da decisão a desconstituição do ato administrativo impugnado e a condenação dos administradores, agentes administrativos, demais responsáveis e beneficiários do ato lesivo, os quais serão condenados pelas perdas e danos causados à quaisquer das pessoas jurídicas elencadas no art. 1º, da mencionada regra.

À vista do art. 12, julgado procedente o pedido, os réus também serão condenados a pagar as custas judiciais, os honorários advocatícios e as outras

---

sociedades de que elas sejam acionistas e os das pessoas ou entidades por elas subvencionadas ou em relação às quais tenham interesse patrimonial. § 2º Quando o pleito interessar simultaneamente à União e a qualquer outra pessoa ou entidade, será competente o juiz das causas da União, se houver; quando interessar simultaneamente ao Estado e ao Município, será competente o juiz das causas do Estado, se houver.” *In:* BRASIL. Lei nº 4717/65, *op. cit*.

317 NEVES, *op. cit.*, p. 239.

318 *Id*.

319 “Art. 11. A sentença que, julgando procedente a ação popular, decretar a invalidade do ato impugnado, condenará ao pagamento de perdas e danos os responsáveis pela sua prática e os beneficiários dele, ressalvada a ação regressiva contra os funcionários causadores de dano, quando incorrerem em culpa.” *In:* BRASIL. Lei nº 4717/65, *op. cit*.

320 “Art. 12. A sentença incluirá sempre, na condenação dos réus, o pagamento, ao autor, das custas e demais despesas, judiciais e extrajudiciais, diretamente relacionadas com a ação e comprovadas, bem como o dos honorários de advogado.”

321 RODRIGUES, *op. cit.*, p. 323-324.

despesas, verbas que são destinadas ao cidadão autor da ação. A gratuidade de pagamento de custas (e de preparo recursal) favorece tão somente o autor da ação popular, salvo em caso de comprovada má-fé[322].

Transitada em julgado a sentença de procedência, a respectiva coisa julgada tem eficácia *erga omnes*, a fim de alcançar todos, até mesmo terceiros alheios ao processo, tanto que os mesmos também têm legitimidade ativa para a execução da sentença, conforme os artigos 16 e 17, da Lei nº Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965.

4.6.5 Mandado de Segurança

A princípio, válida é a doutrina de Hely Lopes MEIRELLES sobre a definição do mandado de segurança, qual seja:

> "Mandado de Segurança é o meio constitucional posto à disposição de toda pessoa física ou jurídica, órgão com capacidade processual, ou universalidade reconhecida por lei, para a proteção de direito individual ou coletivo, líquido e certo, não amparado por hábeas corpus ou hábeas data, lesado ou ameaçado de lesão, por ato de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça".[323]

O mandado de segurança possui previsão constitucional, tratando-se de verdadeira garantia consagrada no art. 5º, inciso LXIX, da Constituição Federal:

> LXIX - conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por "habeas-corpus" ou "habeas-data", quando o responsável pela ilegalidade ou

---

[322] *Ibidem*, p. 307.
[323] MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de Segurança**. 30 ed. Malheiros. São Paulo, 2007, p. 25-26.

> abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.

Na legislação infraconstitucional, as principais disposições materiais e processuais a seu respeito encontram-se consolidadas na Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009. O art. 1º, *caput*, da Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009 prevê as hipóteses de cabimento do mandado de segurança, note-se:

> Art. 1º Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por **habeas corpus** ou **habeas data**, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, qualquer pessoa física ou jurídica sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça.

O mandado de segurança tem por objeto prevenir ou corrigir uma ação ou omissão, ilegal e abusiva, realizada ou iminente, por uma autoridade pública no exercício de suas funções[324].

A respeito da legitimidade ativa, nos termos do *caput*, do art. 1º, dessa regra, podem ser legitimados ativos as pessoas físicas e jurídicas, como ainda, órgãos públicos despersonalizados e as universalidades reconhecidas por lei[325].

Sobre a legitimidade passiva, o art. 6º, da Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009 fixou como requisito da petição inicial a indicação da autoridade apontada como coatora, bem como a pessoa jurídica que esta integra. Registre-se que para o STJ a autoridade coatora não faz parte do polo passivo da ação, posição ocupada apenas pessoa de direito público[326].

---

[324] SODRÉ, Eduardo. Mandado de Segurança Individual. *In*: DIDIER JUNIOR, *op. cit*., p. 122.
[325] SODRÉ, *op. cit*., p. 112-113.
[326] NEVES, *op. cit*., p. 135-136.

O art. 1º, da Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009, estabeleceu, na forma da legislação anterior, que o ato coator impugnável por mandado de segurança é aquele praticado por autoridade, de qualquer categoria ou função que exerça.

A novidade se faz no § 1º, o qual estabelece pela forma equiparada que podem ser autoridades, os representantes ou órgãos de partidos políticos e os administradores de entidades autárquicas, bem como os dirigentes de pessoas jurídicas ou as pessoas naturais no exercício de atribuições do poder público, somente no que disser respeito a essas atribuições[327].

Ademais, não é qualquer direito que pode ser amparado por mandado de segurança, exige-se que se trate de direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou por *habeas data*[328]*.*

O direito líquido e certo "é aquele direito titularizado pelo impetrante, embasado em situação fática perfeitamente delineada e comprovada de plano por meio de prova pré-constituída"[329]. Em suma, significa o direito resultante de um fato certo, que pode ser comprovado de plano, por meio da prova constituída.

Nessa esteira é a lição de Hely Lopes MEIRELLES, a saber:

> "(...) é o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração. Por outras palavras, o direito invocado, para sem amparável por mandado de segurança, há de vir expresso em norma legal e trazer em si todos os requisitos e condições de sua aplicação ao impetrante: se sua existência for duvidosa; se sua extensão ainda não estiver delimitada; se seu exercício depender de situações e fatos ainda indeterminados, não rende ensejo à segurança, embora possa ser defendido por outros meios judiciais. Quando a lei alude a direito líquido e certo, está exigindo que esse direito se apresente com todos os requisitos para seu reconhecimento e exercício no momento da impetração. Em última análise, direito líquido e certo é direito comprovado de plano. Se depender de comprovação posterior, não é líquido nem certo, para fins de segurança. Evidentemente, o conceito de liquidez e certeza adotado pelo legislador do mandado de segurança não é o mesmo do legislador civil (CC, art. 1533). É um conceito impróprio - e mal-expresso - alusivo a precisão e comprovação dos fatos e situações que ensejam o exercício desse direito. Por se exigir situações e fatos comprovados de plano é que não há instrução probatória no mandado de segurança. Há, apenas, uma dilação para informações do impetrado sobre as alegações e provas

---

[327] NEVES, *op. cit*., p. 138.
[328] SODRÉ, *op. cit*., p. 121.
[329] *Id*.

> oferecidas pelo impetrante, com subseqüente manifestação do Ministério Público sobre a pretensão do postulante. Fixada a lide nestes termos, advirá a sentença considerando unicamente o direito e os fatos comprovados com a inicial e as informações."[330]

A propósito do objeto de impetração, trata-se de uma ação por meio da qual o autor insurge-se contra um ato administrativo ilegal e abusivo. No entanto, há atos administrativos que, em razão da sua peculiaridade, não constituem objeto do mandado de segurança[331].

Assim, em relação aos atos normativos, sendo esses de efeito concreto o mandado de segurança pode ser contra ele manejado. Tratando-se de norma de feitos abstratos (lei em tese), a impetração, quando houver fundado receio de dano, "deve ser dirigida, preventivamente, em face da autoridade com competência para dar-lhe cumprimento ou, repressivamente, na hipótese deste cumprimento já ter consumado"[332].

O ato *interna corporis*, por força dos princípios da autonomia e independência dos Poderes (art. 2º, da Constituição Federal), não pode ser apreciado pelo Poder Judiciário, pelo que o mandado de segurança não pode ser manuseado para esse fim[333].

Em continuidade, para a impetração de mandado de segurança contra os atos judiciais exigem-se três pressupostos, quais sejam: "i) inexistência de instrumento recursal idôneo; ii) não formação da coisa julgada; iii) ocorrência de teratologia na decisão atacada"[334].

---

[330] MEIRELLES, *op. cit*., p. 38-39.

[331] SODRÉ, *op. cit.*, p. 123.
[332] *Ibidem*, p. 124.
[333] *Id*.
[334] SODRÉ, *op. cit.*, p. 125.

No que tange ao ato sujeito a recurso administrativo e ao ato disciplinar, é admissível na doutrina e a jurisprudência impetração de mandado de segurança para impugná-los[335].

Ademais, a própria Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009, no § 2º, do art. 1º, previu que não cabe mandado de segurança contra os atos de gestão comercial praticados pelos administradores de empresas públicas, de sociedade de economia mista e de concessionárias de serviço público.

A competência, de acordo com a jurisprudência do STJ, será definida em razão da função ou da categoria funcional da autoridade informada como coatora na petição inicial. Por conta disso, tem-se que a competência para impetração do mandado de segurança é absoluta, eis que fixada em razão da pessoa indicada na ação mandamental, ou ainda, para ser exato em razão da função exercida por essa pessoa[336].

Nos termos do art. 12, *caput*, da regra em tela, o Ministério Público funcionará como fiscal da lei, o qual se manifestará improrrogavelmente em dez dias[337].

Noutro viés, o prazo para impetração do mandado de segurança é cento e vinte dias, sendo esse decadencial, eis que não se suspende ou se interrompe após o seu início, sendo esse o entendimento do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça[338].

Por seguinte, observa-se que do art. 4º ao 20, a Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009 estabeleceu o seu procedimento, fixando prazos, estabelecendo requisitos para apresentação da petição inicial, indeferimento da petição inicial, o processamento da demanda, a possibilidade de concessão de liminar, manifestação do Ministério Público, manifestação da autoridade, cabimento de recursos, dentre outras normas procedimentais.

---

[335] *Ibidem*, p. 126.
[336] NEVES, *op. cit*., p. 128.
[337] *Ibidem*, p. 143.
[338] *Ibidem*, p. 145-146.

Em relação à liminar em mandado de segurança, o art. 7º, III, da Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009 estabeleceu a possibilidade de sua concessão. Contudo, em seu § 2º, fixou que não será concedida medida liminar que tenha por objeto a compensação de créditos tributários, a entrega de mercadorias e bens provenientes do exterior, a reclassificação ou equiparação de servidores públicos e a concessão de aumento ou a extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza.

Em regra o mandado de segurança não deve ter como objeto principal uma obrigação de pagar quantia, consoante dispõe a Súmula 269, do STF ao prescrever que essa ação mandamental não é substitutiva da ação de cobrança. No entanto, a obrigação de pagar quantia não é totalmente vedada, pois, nos termos do art. 14, § 4º, da Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009, haja vista ser possível o pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias a servidor público da administração direta ou autárquica federal, estadual e municipal.[339]

A partir do art. 21, da Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009 foi regulamentado o Mandado de Segurança Coletivo, estabelecendo em seu art. 21, *caput*, quem possui legitimidade ativa, e em seu parágrafo único os direitos protegidos por essa modalidade de mandado de segurança[340].

4.6.6 Ação Civil Pública

---

[339] *Ibidem*, p. 160.

[340] "Art. 21. O mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por partido político com representação no Congresso Nacional, na defesa de seus interesses legítimos relativos a seus integrantes ou à finalidade partidária, ou por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há, pelo menos, 1 (um) ano, em defesa de direitos líquidos e certos da totalidade, ou de parte, dos seus membros ou associados, na forma dos seus estatutos e desde que pertinentes às suas finalidades, dispensada, para tanto, autorização especial. Parágrafo único. Os direitos protegidos pelo mandado de segurança coletivo podem ser: I - coletivos, assim entendidos, para efeito desta Lei, os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular grupo ou categoria de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica básica; II - individuais homogêneos, assim entendidos, para efeito desta Lei, os decorrentes de origem comum e da atividade ou situação específica da totalidade ou de parte dos associados ou membros do impetrante. *In:* BRASIL, Lei 7.347/1985. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7347orig.htm>. Acesso em: 13 mai. 2012.

A criação da ação civil pública, de acordo com Hugo Nigro MAZZILLI, deu-se nos seguintes termos históricos, note-se:

> "O anteprojeto pioneiro para a defesa de interesses difusos em juízo foi elaborado por Ada Pellegrinni Grinover, Cândido Rangel Dinamarco, Kazuo Watanabe e Waldemar Mariz de Oliveira Junior. Tendo sido apresentado ao I Congresso Nacional de Direito Processual, em Porto Alegre (1983). Enriquecido e modificado especialmente com as contribuições de Barbosa Moreira. Foi apresentado, então, a Câmara dos Deputados pelo parlamentar Flávio Bierrenbach. Enquanto isso os Promotores de Justiça Antônio Augusto Mello de Camargo Ferraz, Édis Milaré e Nelson Nery Júnior retomaram a discussão do anteprojeto original, alterando-o e incluindo novas sugestões. Com base nesses estudos, o Ministério Público paulista apresentou outro anteprojeto ao governo federal, que, encampando a proposta, a encaminhou ao Congresso, agora como projeto do Executivo (nº 4.984/85, na Câmara nº 20/85 no Senado). Tramitando mais celeremente este último projeto – o do Poder Executivo – acabou por receber a sanção presidencial, transformando-se na Lei 7.347, de 24-7-1985 (Lei da Ação Civil Pública – LACP)."[341]

A ação civil pública foi instituída pela Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, para defesa de interesses difusos e coletivos, em seguida veio a ser consagrada pelo art. 129, III, da Constituição Federal:

> **Art. 129** - São funções institucionais do Ministério Público:
>
> (...)
>
> III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos; (...)

O direito a ser tutelado pela ação civil pública pode ser "qualquer interesse supraindividual"[342], excluídas as ressalvas do parágrafo o único do art. 1º, da Lei nº

---

[341] MAZZILLI, Hugo Nigro. **A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo**. 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.99-100.

[342] RODRIGUES, Marcelo Abelha. Ação Civil Pública. *In*: DIDIER JUNIOR, *op. cit*., p. 342.

7.347, de 24 de julho de 1985. Assim, eis os bens resguardados pelo art. 1º, quais sejam:

> Art. 1º Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados:
>
> I - ao meio-ambiente;
>
> II - ao consumidor;
>
> III – a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;
>
> IV - a qualquer outro interesse difuso ou coletivo.
>
> V - por infração da ordem econômica;
>
> VI - à ordem urbanística.
>
> Parágrafo único. Não será cabível ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados.

A ação civil pública pode ser proposta para se tutelar qualquer direito difuso, coletivo ou individual homogêneo. O art. 81, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor - CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR traz a definição dos direitos coletivos *lato sensu* referenciados, saber:

> Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.
>
> Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:
>
> I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;
>
> II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;
>
> III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

Os interesses transindividuais podem ser classificados da seguinte forma: a) “interesses difusos”, envolvem um grupo indeterminável de lesados, reunidos por uma situação de fato comum, tendo objeto indivisível, como o meio ambiente de uma região; b) “interesses coletivos”, em sentido estrito, abrangem um grupo determinável, reunido por uma relação jurídica básica comum, tendo também um objeto indivisível, como a nulidade de uma cláusula abusiva contida num contrato de adesão; c) “interesses individuais homogêneos”, envolvem um grupo determinável, reunido por uma lesão de origem comum, tendo um objeto divisível, como, por exemplo, a aquisição de um produto de série com o mesmo defeito[343].

Embora esse dispositivo seja de origem consumerista nada impede a sua aplicabilidade a todo e qualquer direito coletivo *lato sensu* do ordenamento juridico brasileiro, seja ele de natureza comercial, civil ou trabalhista. Tal imperatividade é oriunda do art. 117 da mesma regra[344].

A Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985 em seu art. 3º estabelece o seu objeto, prevendo que poderá ter por objeto a condenação em dinheiro ou em cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer. No entanto, o art. 83, do Código de Defesa do Consumidor ampliou os pedidos possíveis, estabelecendo que “para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela”[345].

Essa regra, em seu art. 5º, elenca os legitimados à propositura da ação civil pública, notadamente: a) Ministério Público; b) Defensoria Pública; c) União, Estados-membros, Municípios, Distrito Federal; d) autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista, fundações; e) órgãos públicos ainda que sem personalidade jurídica, mas destinados à defesa do respectivo interesse

---

[343] Mazzilli. Hugo Nigro. **Aspectos polêmicos da Ação civil pública**, 2005, p. 03. Disponível em: <http://www.mazzilli.com.br/pages/artigos/aspectosacp.pdf>. Acesso: 15-05-2012.

[344] RODRIGUES, *op. cit*., p. 370.

[345] AKAOUI, *op. cit*., p. 29.

transindividual; f) associações civis (LACP, art. 5º; CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR, art. 82).[346]

A propósito das regras de competência para as ações civis públicas Hugo MAZZILLI assim as coordena:

> "a) a ação deverá ser proposta no local onde o dano ocorreu ou deva ocorrer (LACP, art. 2º); b) tratando-se de defesa coletiva de crianças ou adolescentes, a competência será determinada pelo lugar da ação ou da omissão (ECA, art. 209); c) tratando-se de danos regionais ou nacionais, a ação civil pública ou coletiva deverá ser proposta na Capital do Estado ou do Distrito Federal, à escolha do autor (CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR, art. 93); d) havendo interesse da União, de entidade autárquica ou de empresa pública federal, a ação será da competência da Justiça Federal (Constituição Federal, art. 109, I; RE 228.955-9-RS, do STF).[347]

Em seus artigos 7º, 8º e 9º, a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985 previu sobre as provas e os procedimentos. No art. 7º, estabeleceu que os juízes e

---

[346] Art. 5°. Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar: I - o Ministério Público; II - a Defensoria Pública; III - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; IV - a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista; V - a associação que, concomitantemente: a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil; b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. §1º O Ministério Público, se não intervier no processo como parte, atuará obrigatoriamente como fiscal da lei. §2º Fica facultado ao Poder Público e a outras associações legitimadas nos termos deste artigo habilitar-se como litisconsortes de qualquer das partes. §3° Em caso de desistência infundada ou abandono da ação por associação legitimada, o Ministério Público ou outro legitimado assumirá a titularidade ativa. §4.° O requisito da pré-constituição poderá ser dispensado pelo juiz, quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido. § 5.° Admitir-se-á o litisconsórcio facultativo entre os Ministérios Públicos da União, do Distrito Federal e dos Estados na defesa dos interesses e direitos de que cuida esta lei. §6° Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial. *In:* BRASIL, Lei 7.347/1985, *op. cit.*

[347] MAZZILLI. **Aspectos**, *op. cit*., p. 03.

tribunais quando tiverem conhecimento de fatos que possam ensejar a propositura da ação civil, remeterão peças ao Ministério Público para as providências cabíveis.

A respeito do ônus da prova, o art. 333 do Código de Processo Civil estabelece que o ônus da prova incumbe ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito, e ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. No entanto, o Código de Defesa do Consumidor previu a inversão do ônus da prova, estabelecendo-a em dois momentos: a) art. 6º, VIII, para facilitar a defesa do consumidor, e; b) a regra da responsabilidade objetiva (art. 14, parágrafo 4º). Assim, sendo o Código de Defesa do Consumidor, juntamente com a lei de ação civil pública, o microssistema de processo coletivo, os seus dispositivos são a essa aplicáveis, naquilo em que ao forem incompatíveis[348].

A lei de ação civil pública, por meio de seus artigos 8º e 9º[349], instituiu o inquérito civil[350], que tem por finalidade a investigação e apuração pelo Ministério Público de elementos de convicção que lhe forneçam suporte para propositura da demanda coletiva. Esse instrumento investigatório, por seguinte, foi consagrado pela própria Constituição Federal, que lhe ampliou o objeto para permitir a investigação

---

[348] RODRIGUES, *op. cit*., p. 413.

[349] Art. 8º Para instruir a inicial, o interessado poderá requerer às autoridades competentes as certidões e informações que julgar necessárias, a serem fornecidas no prazo de 15 (quinze) dias. § 1º O Ministério Público poderá instaurar, sob sua presidência, inquérito civil, ou requisitar, de qualquer organismo público ou particular, certidões, informações, exames ou perícias, no prazo que assinalar, o qual não poderá ser inferior a 10 (dez) dias úteis. § 2º Somente nos casos em que a lei impuser sigilo, poderá ser negada certidão ou informação, hipótese em que a ação poderá ser proposta desacompanhada daqueles documentos, cabendo ao juiz requisitá-los. Art. 9º Se o órgão do Ministério Público, esgotadas todas as diligências, se convencer da inexistência de fundamento para a propositura da ação civil, promoverá o arquivamento dos autos do inquérito civil ou das peças informativas, fazendo-o fundamentadamente. § 1º Os autos do inquérito civil ou das peças de informação arquivadas serão remetidos, sob pena de se incorrer em falta grave, no prazo de 3 (três) dias, ao Conselho Superior do Ministério Público. § 2º Até que, em sessão do Conselho Superior do Ministério Público, seja homologada ou rejeitada a promoção de arquivamento, poderão as associações legitimadas apresentar razões escritas ou documentos, que serão juntados aos autos do inquérito ou anexados às peças de informação. § 3º A promoção de arquivamento será submetida a exame e deliberação do Conselho Superior do Ministério Público, conforme dispuser o seu Regimento. § 4º Deixando o Conselho Superior de homologar a promoção de arquivamento, designará, desde logo, outro órgão do Ministério Público para o ajuizamento da ação. *In:* BRASIL, Lei 7.347/1985, *op. cit.*

[350] "O inquérito civil é uma ferramenta, um instrumento (sem um fim em si mesmo) não jurisdicional (administrativo), que pode ser conceituado como sendo um *procedimento* exclusivamente à disposição do *parquet,* voltado à coleta de elementos para formação de convicção deste órgão com vistas a eventual propositura da ação civil para defesa de direitos supra-individuais." *In:* RODRIGUES, *op. cit.*, p. 415.

de danos a quaisquer interesses difusos e coletivos, bem como ao patrimônio público e social, nos termos do art. 129, III, da Constituição Federal[351].

A respeito da tutela de urgência na ação civil pública, a lei de ação civil pública previu as seguintes técnicas processuais voltadas para inibir as situações de urgência especifica: a) a tutela antecipada do art. 12 da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; b) a tutela cautelar do art. 273, § 7º, do Código de Processo Civil; c) tutela cautelar satisfativa do art. 4º, da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; d) fungibilidade livre entre a medida cautelar e a tutela antecipada[352].

A decisão em sede de ação civil pública, nos termos do art. 16, da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985:

> "fará coisa julgada *erga omnes*, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova."[353]

Para Hugo MAZZILLI, a sentença de procedência da ação civil pública será imutável para todos os integrantes do grupo, classe ou categoria de pessoas. Em tese, isso poderia gerar o risco de que a sentença proferida por juiz singular pudesse suprimir toda e qualquer eficácia *erga omnes* de uma lei, no entanto, isso seria inadmissível, pois tal efeito só pode ser obtido em nosso sistema por meio de uma ação direta de inconstitucionalidade. Para evitar esse risco, os tribunais não admitem que aquelas ações sejam usadas como sucedâneo da ação direta de inconstitucionalidade[354].

Assim, se numa ação civil pública ou coletiva o pedido visa, por vias transversas, a obter em proveito da coletividade, a supressão de todos os efeitos pretéritos, atuais e futuros de uma lei (lei no sentido material, e não apenas formal),

---

[351] RODRIGUES, *op. cit.*, p. 414.
[352] *Ibidem*, p. 419.
[353] BRASIL, Lei 7.347/1985, *op cit*.
[354] MAZZILLI. **A defesa**. Op. cit., p. 140.

essas ações estariam servindo de indevido sucedâneo à ação direta de inconstitucionalidade[355].

Por derradeiro, observa-se que o legislador acolheu a regra de relativização da coisa julgada, *secundum eventum probationes*, isto é, mesmo havendo julgamento do mérito da demanda, se esse se deu por insuficiência de provas, sobre essa decisão não incidirá o instituto da coisa julgada, assim permitida será a repropositura da mesma demanda com fundamento em novas provas[356].

---

[355] *Id*.

[356] RODRIGUES, *op. cit*., p. 425.

CAPÍTULO IV – ALGUMAS EXPERIÊNCIAS DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NA ESFERA TRABALHISTA – "Brincando nos Campos do Senhor"

5.1 O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO TRABALHO

Estabelecida a problemática da atualidade da questão social; ressaltada a necessidade de diálogo entre o direito do Trabalho e o direito Social; apontadas as peculiaridades do direito do Trabalho; situados os direitos trabalhistas entre os direitos Humanos e os direitos Fundamentais; e, relatados os meios de controle de Constitucionalidade pelo Poder Judiciária, passa-se a uma breve análise das experiências com as decisões de controle de constitucionalidade do Supremo Tribunal Federal na seara trabalhista, tanto no direito material quanto no direito processual do Trabalho, com comentários sobre as repercussões de tais comandos na sociedade.

Se no filme "Brincando nos Campos do Senhor" realça-se o choque de culturas e as experiências sociais decorrentes do contato e aculturamento dos homens brancos ocidentais e os primitivos indígenas americanos, neste trabalho procura-se salientar os efeitos práticos das decisões da suprema corte brasileira, com suas extensões e limitações.

Desde logo pode ser percebido que "as brincadeiras nos campos do Senhor" decorrentes da intervenção estatal para pacificação dos problemas da questão social, confirmam a "regra de ouro" lembrada por Amélia COHN no início desse trabalho, de "não onerar os cofres públicos"[357].

Passa-se, pois, à análise de alguns casos concretos.

5.2 O ENTENDIMENTO VINCULANTE DO STF – UMA SOLUÇÃO RESSUSCITADA

---

[357] COHN, *op. cit.*

A emenda constitucional n.º 45/2004 ressuscitou no cenário nacional uma figura até então sepultada, mas constantemente revisitada, decorrente do efeito vinculante dos enunciados das súmulas da jurisprudência dominante dos tribunais superiores, em especial do Supremo Tribunal Federal.

Tal emenda reconsagrou as súmulas vinculantes com o acréscimo do art. 103-A à Constituição Federal:

> Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.
>
> § 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.
>
> § 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.
>
> § 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.

Com tal autorização constitucional, o Supremo Tribunal Federal pode aprovar súmulas que, após publicadas, ficam investidas de força vinculante aos demais órgãos do Poder Judiciário, bem como em relação à administração pública, em todas as suas esferas.

Esta solução não é nova e já foi amplamente utilizada no judiciário trabalhista, vez que a redação original do art. 902[358], da Consolidação das Leis do

---

[358] Art. 902 - É facultado ao Tribunal Superior do Trabalho estabelecer prejulgados, na forma que prescrever o seu regimento interno. §1º - Sempre que o estabelecimento do prejulgado pedido em processo sobre o qual já haja pronunciado o Tribunal Regional do Trabalho, deverá o requerimento ser apresentado dentro do prazo de dez dias contados da data em que for publicada a decisão. § 2º - Considera-se revogado ou reformado o prejulgado sempre que o Tribunal Superior do Trabalho,

Trabalho, autorizava o Tribunal Superior do Trabalho – TST a aprovar “prejulgados”, cujos efeitos eram vinculativos para as instâncias ordinárias (tribunais regionais e juntas de conciliação e julgamento – hoje varas do trabalho) até o advento da Lei nº 7.033, de 5 de outubro de 1982, que revogou e aboliu tal qualidade das decisões da instância extraordinária laboral.

A partir de então, os prejulgados limitaram-se a espelhar a jurisprudência uniforme do TST, posteriormente denominados “enunciados”, e após “súmulas”, como denominação da uniformização de jurisprudência da corte máxima trabalhista. Hoje novamente são denominados súmulas na forma preconizada pelo art. 479, do Código de Processo Civil[359], de aplicação subsidiária ao processo do trabalho.

O curioso é que a lei que revogou o art. 902, da CLT, decorreu de uma histórica decisão do Supremo Tribunal Federal do ano de 1977, na qual foi reconhecida a revogação art. 902, da CLT desde a edição das Constituição da República de 1946![360]

Para melhor entendimento de como foi arquitetada tal decisão faz-se necessária uma breve retrospectiva.

Mozart Victor RUSSOMANO, ex-ministro do Tribunal Superior do Trabalho e um dos autores do anteprojeto da Consolidação das Leis do Trabalho, relatou que o art. 902 foi nela inserido em sua redação original, em 1943, e que por cautela, a corte máxima trabalhista não usou a faculdade de instituir prejulgados por cerca de duas décadas. Apenas em 1963, na apreciação do processo nº TST 1544/62, é que

---

funcionando completo, pronunciar-se, em tese ou em concreto, sobre a hipótese do prejulgado firmando nova interpretação. Em tais casos, o acórdão fará remissão expressa à alteração ou revogação do prejulgado. § 3º - O requerimento de prejulgado terá efeito suspensivo sempre que pedido na forma do § 1º deste artigo.§ 4º - Uma vez estabelecido o prejulgado, os Tribunais Regionais do Trabalho, as Juntas de Conciliação e Julgamento e os Juízes de Direito investidos da jurisdição da Justiça do Trabalho ficarão obrigados a respeitá-lo. § 5º - Considera-se revogado ou reformado o prejulgado sempre que a Câmara de Justiça do Trabalho, funcionando completa, pronunciar-se, em tese ou em concreto, sobre a hipótese do prejulgado, firmando nova interpretação. Em tais casos, o acordão fará remissão expressa à alteração ou revogação do prejulgado. *In:* BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho, *op. cit*.

[359] Art. 479 - O julgamento, tomado pelo voto da maioria absoluta dos membros que integram o tribunal, será objeto de súmula e constituirá precedente na uniformização da jurisprudência. *In:* BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho, *op. cit*.

[360] “PREJULGADO DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO – INCONSTITUCIONALIDADE – Não constituindo ato normativo, - dado que o art. 902, § 1º, da Consolidação das Leis do Trabalho, que lhe atribuía tal caráter, foi revogado pela Constituição de 1946, - não pode ser objeto de representação por inconstitucionalidade.” (STF – Representação n.º 946/DF – Ac. TP 12-5-77. Rel. Min. Xavier de Albuquerque). *In:* REVISTA LTR. Edição 41/1033. São Paulo: LTr 1977 p. 1033.

foi editado o primeiro prejulgado trabalhista, e que até 1964, eram 19[361].

Em 1977, quando foi editado o prejulgado nº 52: "Computam-se no cálculo do repouso remunerado as horas extras habitualmente prestadas", argumentou-se que ele contrariava o texto expresso da Lei nº 605, de 5 de janeiro de 1949, cujo art. 7º assim dispunha:

> Art. 7º A remuneração do repouso semanal corresponderá:
>
> a) para os que trabalham por dia, semana, quinzena ou mês, à de um dia de serviço, não computadas as horas suplementares;
>
> b) para os que trabalham por hora, à de sua jornada normal de trabalho, excluídas as horas complementares;[362]

A jurisprudência seguia com os prejulgados e o Tribunal Superior do Trabalho exercia sua atividade legiferante sem contestação, até que num entendimento desfavorável aos interesses econômicos, pois onerava o cálculo das horas extras fazendo nele incluir os repousos semanais remunerados, foi dada a oportunidade de alegar-se a edição de precedente *contra legem*, *i. e.*, contra o texto expresso dos parágrafos 1º e 2º, do art. 7º, da Lei 605/1949.

Na época, pela CLT, as horas extras deveriam ser remuneradas com um adicional de pelo menos 20% sobre o valor da hora normal[363].

A inclusão dos repousos semanais remunerados implicava um acréscimo de cerca de mais 20% sobre o valor das horas extras praticadas pelos trabalhadores (valor da hora mais adicional), teve o efeito prático de desafiar os interesses econômicos e fazer ruir todo o sistema de julgamentos vinculantes do Tribunal

---

[361] RUSSOMANO, Mozart Victor. **A ressurreição da tese de inconstitucionalidade do prejulgado trabalhista na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Revista LTr 41/1015. São Paulo: LTr. 1977, p. 1015/1021.

[362] BRASIL. Lei n. 605/49. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L0605.htm>. Acesso em 11 jan. 2012.

[363] Art. 59 - A duração normal do trabalho poderá ser acrescida de horas suplementares, em número não excedente de 2 (duas), mediante acordo escrito entre empregador e empregado, ou mediante contrato coletivo de trabalho. § 1º - Do acordo ou do contrato coletivo de trabalho deverá constar, obrigatoriamente, a importância da remuneração da hora suplementar, que será, pelo menos, 20% (vinte por cento) superior à da hora normal. *In:* BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho, *op. cit.*

Superior do Trabalho.

O histórico julgamento do Supremo Tribunal Federal tem vários aspectos interessantes, e até porque não dizer intrigantes, mas bastante emblemáticos da prevalência dos interesses econômicos, cuja análise é extraída dos termos do voto respectivo.

O primeiro deles diz respeito às partes na Representação 946/DF. A ação foi proposta pelo Procurador-Geral da República, provocado pela Federação do Comércio do Estado de São Paulo que atuou como assistente, e tendo como representados o Tribunal Superior do Trabalho, com a assistência o Sindicato dos Empregados em Estabelecimentos Bancários de Brasília e o Sindicato dos Empregados em Estabelecimentos Bancários de Porto Alegre, ficando claro grande embate dos interesses econômicos dos patrões contra os dos empregados.

O segundo aspecto que merece realce é que pelas disposições constitucionais da época, a representação de inconstitucionalidade só era cabível contra "atos normativos" ou leis, e mesmo sendo a representação contra o prejulgado 52, analisou-se o alcance do art. 902, § 1º, da CLT, por via oblíqua, para análise prévia e cognição incidental quanto à eficácia do preceito legal consolidado de que se disse derivar a normatividade do ato impugnado. Ou seja, como interposta contra ato do TST, não foi conhecida a representação, mas na explicitação dos motivos de seu não conhecimento superou-se a barreira do combate direto ao prejulgado e fez-se a análise em profundidade do dispositivo de lei que autorizava a edição de julgados vinculantes.

O terceiro aspecto é o do embate entre os juristas envolvidos. Na época eram Ministros do Tribunal Superior do Trabalho e sustentavam a constitucionalidade dos prejulgados ninguém menos que: Arnaldo Lopes SÜSSEKIND, Mozart Victor RUSSOMANO, e Délio Albuquerque MARANHÃO, e a eles contrapôs-se Evaristo de MORAES FILHO, que apresentou parecer naqueles autos. Os três primeiros foram mentores e estavam comprometidos com os ideais corporativistas da carta *del lavoro* italiana de 1937 e que inspiraram o anteprojeto de nossa CLT. E os três baluartes do TST saíram no mínimo chamuscados pelo fragor da derrota no STF.

Um quarto aspecto que pode ser extraído da fundamentação de tal julgamento é que dela não consta um aprofundamento sobre as questões dos limites

de atuação do Judiciário para atividades legislativas, com a consequente invasão das atribuições do Poder Legislativo, nem sobre a ofensa ao princípio da persuasão racional, também chamado de princípio da livre convicção motivada do juiz.

De análise dos argumentos no voto do Ministro MOREIRA ALVES menciona-se o seguinte trecho:

> O prejulgado, com força vinculativa dos parágrafos do art. 902, da Consolidação das Leis do Trabalho, consubstancia, desde 18-9-1946, contrariedade à Constituição. Somente o Supremo Tribunal Federal, em virtude da emenda constitucional nº 7 de 13-4-1977 – art. 119, inciso I, letra l -, pode, mediante representação do Procurador Geral da República, dar a interpretação em tese, de lei ou ato normativo federal ou estadual.[364]

Ou seja, o problema centrava-se na possibilidade de interpretação em tese da lei, e não na extrapolação de limites de atribuições entre os poderes Judiciário e Legislativo, nem na intervenção na atividade jurisdicional.

Isto tudo ressalta o caráter autoritário da atuação estatal, na intervenção dos Tribunais, típicos do regime de exceção da ditadura militar que o Brasil experimentou na época.

Ponderações sobre o ativismo judicial da época à parte, para este trabalho, o fato mais digno de nota foi que o TST exercitava o poder de proferir decisões com caráter vinculante, e o fazia sem maiores questionamentos até que ousou desafiar os interesses econômicos e editou um prejulgado que significava aumento de custos no contrato de trabalho – cerca de 20% sobre o valor de cada hora extra.

A interpretação do TST sobre o direito trabalhista em discussão era correta e tão justa que em 1985, por intermédio da Lei 7415 de 9 de dezembro, foi alterado texto da Lei n.º 605, para inclusão expressa do valor das horas extras no cálculo dos repousos semanais:

> Art. 7º A remuneração do repouso semanal corresponderá:
>
> a) para os que trabalham por dia, semana, quinzena ou mês, à de um dia de serviço, computadas as horas extraordinárias habitualmente prestadas;

---

[364] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Representação n.º 946/DF – Ac. TP 12-5-77. Rel. Min. Xavier de Albuquerque. Revista LTr 41/1033. São Paulo: LTr 1977 p. 1036.

> b) para os que trabalham por hora, à sua jornada norma de trabalho, computadas as horas extraordinárias habitualmente prestadas;[365]

Se as decisões judiciais garantem o reestabelecimento das partes ao *status quo*, parece lógico que quando o trabalhador mensalista recebe salário além daquela parcela básica que já embute o cálculo dos repousos semanais, tal remuneração deve também repercutir nos repousos, para que haja retribuição integral.

O entendimento "avançado" do TST na época, e que gerou toda a celeuma, causando a derrubada dos prejulgados, atualmente está consagrado na súmula n.º 172, de sua jurisprudência dominante:

> SUM-172 REPOUSO REMUNERADO. HORAS EXTRAS. CÁLCULO (mantida) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003 Computam-se no cálculo do repouso remunerado as horas extras habitualmente prestadas. (ex-Prejulgado nº 52). Histórico:Redação original - RA 102/1982, DJ 11.10.1982 e DJ 15.10.1982.

O direito deu voltas, transitou nos estudos de renomados doutrinadores, foi debatido nos tribunais, até que se firmou.

Passa-se à análise da questão sob a ótica de um trabalhador.

Se ele trabalhou em regime extraordinário entre 1943 e 1985, apesar de identificada a repercussão de horas extras nos repousos semanais, não houve tal integração. Se a sobrejornada foi posterior a 1985, fez jus às repercussões.

A necessidade de correta e justa retribuição ao trabalhador sempre existiu, mas até chegar-se nessa conclusão, os Tribunais pátrios "brincaram nos campos do Senhor", enfrentando questões de alta indagação, em torno até dos poderes das cortes, e tudo para indicar a correta solução para uma questão aritmética: a integração das horas extras no cálculo dos repousos semanais – cerca de 20% a mais no cálculo do valor de cada hora extraordinária.

5.3 O SALÁRIO MÍNIMO MENOS QUE MÍNIMO

---

[365] BRASIL. Lei n. 605/49, *op. cit.*

A partir de 1934 as constituições brasileiras sempre elencaram dentre o rol de direitos dos trabalhadores um “salário mínimo”, inicialmente para atender às “necessidades normais do trabalhador”[366]; depois, para “as necessidades normais do trabalho”[367]; posteriormente, para “as necessidades normais do trabalhador e de sua família”[368], até chegar à redação atual mais completa, destinada ao atendimento das necessidades vitais básicas dos trabalhadores e de suas famílias, inclusive com previsão de reajustes que conservem o poder aquisitivo:

> Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...)

---

[366] Constituição Federal de 1934.

Art 121 - A lei promoverá o amparo da produção e estabelecerá as condições do trabalho, na cidade e nos campos, tendo em vista a proteção social do trabalhador e os interesses econômicos do País. § 1º - A legislação do trabalho observará os seguintes preceitos, além de outros que colimem melhorar as condições do trabalhador: (...) b) salário mínimo, capaz de satisfazer, conforme as condições de cada região, às necessidades normais do trabalhador;

[367] Constituição Federal de 1937.

Art 137 - A legislação do trabalho observará, além de outros, os seguintes preceitos: (...) h) salário mínimo, capaz de satisfazer, de acordo com as condições de cada região, as necessidades normais do trabalho;

[368] Constituição Federal de 1946.

Art 157 - A legislação do trabalho e a da previdência social obedecerão nos seguintes preceitos, além de outros que visem a melhoria da condição dos trabalhadores: I - salário mínimo capaz de satisfazer, conforme as condições de cada região, as necessidades normais do trabalhador e de sua família;

Constituição Federal de 1967.

Art 158 - A Constituição assegura aos trabalhadores os seguintes direitos, além de outros que, nos termos da lei, visem à melhoria, de sua condição social: I - salário mínimo capaz de satisfazer, conforme as condições de cada região, as necessidades normais do trabalhador e de sua família;

Emenda Constitucional n.º 1 de 1969

Art. 165. A Constituição assegura aos trabalhadores os seguintes direitos, além de outros que, nos têrmos da lei, visem à melhoria de sua condição social: I - salário-mínimo capaz de satisfazer, conforme as condições de cada região, as suas necessidades normais e as de sua família;

> IV - salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim;

Com este inequívoco comando o legislador constituinte quis garantir um salário mínimo efetivo e cujo poder de compra pudesse ser preservado, e a ressalva da vedação de sua vinculação para qualquer fim, tinha o evidente escopo de evitar sua desvalorização, ante as restrições orçamentárias de benefícios, tributos e despesas públicas que com base nele pudessem ser fixadas.

A princípio pareceu uma saída inteligente para desbordar a já mencionada regra de ouro de "não onerar os cofres públicos", mas na prática a realidade acabou vedando a total aplicabilidade da norma, e apesar das recentes conquistas do reajuste real do salário mínimo[369], ele ainda continua em valor insuficiente para atender todos os fins a que se propõe.

Levada a questão do valor do salário mínimo ao Supremo Tribunal Federal, após alguma hesitação, já em meados dos anos 90, o Min. Celso de MELLO reconheceu a inconstitucionalidade parcial por omissão:

> A insuficiência do valor correspondente ao salário mínimo – definido em importância que se revele incapaz de atender as necessidades vitais básicas do trabalhador e dos membros de sua família – configura um claro descumprimento, ainda que parcial, da CR, pois o legislador, em tal hipótese, longe de atuar como sujeito concretizante do postulado constitucional que garante à classe trabalhadora um piso geral de remuneração digna (CF, art. 7º, IV), estará realizando, de modo imperfeito, porque incompleto, o programa social assumido pelo Estado na ordem jurídica. A omissão do Estado – que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional – qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também compromete a eficácia da declaração constitucional de direitos e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental.

---

[369] "Brasília – O Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos (Dieese) calcula que desde 2002 o salário mínimo teve crescimento nominal de 211%, saltando de R$ 200 para os R$ 622 a partir de hoje. Descontada a inflação do período, o ganho real foi 65,96%." COSTA, Gilberto. Salário mínimo de R$ 622 acumula ganho real de 66% desde 2002, calcula Dieese. Matéria publicada na Agência Brasil 1º-01-2012. Pesquisado em http://agenciabrasil.ebc.com.br/noticia/2012-01-01/salario-minimo-de-r-622-acumula-ganho-real-de-66-desde-2002-calcula-dieese acesso em 20-04-2012

> As situações configuradoras de omissão inconstitucional, ainda que se cuide de omissão parcial, refletem comportamento estatal que deve ser repelido, pois a inércia do Estado – além de gerar a erosão da própria consciência constitucional – qualifica-se, perigosamente, como um dos processos informais de mudança ilegítima da Constituição, expondo-se, por isso mesmo, à censura do Poder Judiciário. Precedentes: RTJ 162/877-879, Rel. Min. Celso de Mello – RTJ 185/794-796, Rel. Min. Celso de Mello.[370]

Pesquisando a ADI 1442-1/DF, percebe-se o incomensurável valor dos ensinamentos deles constantes, onde consta verdadeira aula sobre o controle de constitucionalidade direto, com análise das medidas cabíveis (Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI; Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão – ADI omissão; e, Ação Declaratória de Constitucionalidade – ADC), com referências doutrinárias muito sólidas explicando a conclusão de que, mesmo reconhecida a inconstitucionalidade parcial omissiva, compete ao Supremo Tribunal Federal apenas comunicar ao órgão estatal inadimplente a constatação de que este se acha em mora constitucional, e nada mais, sem poder expedir provimentos normativos para suprir a omissão de tal órgão.

Na prática, como não há sanção para o órgão estatal, ele acaba ficando impune e mantem-se inerte, sem maiores consequências.

Desde meados de 1996 o Supremo vem expedindo provimentos reconhecendo a omissão do legislativo quanto à correta fixação do salário mínimo, sem gerar uma aplicação prática maior, e recentemente tal entendimento evoluiu para julgar constitucional a lei que autoriza o reajuste do salário mínimo por meio de Decreto do Poder Executivo, com os seguintes argumentos:

> VOTO DO MINISTRO LUIZ FUX AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. DIREITO DO TRABALHO. GARANTIA FUNDAMENTAL DO SALÁRIO MÍNIMO (CF, ART. 7, IV). LEI Nº 12.381/11. FIXAÇÃO DO

---

[370] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 1.442, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 3-11-2004, Plenário, DJ de 29-4-2005. No mesmo sentido: ADI 1.458-MC, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 23-5-1996, Plenário, DJ de 20-9-1996. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 15 jun. 2012.

> VALOR DO SALÁRIO MÍNIMO PARA O ANO DE 2011. DIRETRIZES PARA A POLÍTICA DE VALORIZAÇÃO DO SALÁRIO MÍNIMO PARA O PERÍODO DE 2012 A 2015. SISTEMÁTICA DE REAJUSTE E MAJORAÇÃO DO PODER AQUISITIVO. ART. 3º DO DIPLOMA. FENÔMENO DA DESLEGALIZAÇÃO. DECRETO DO PODER EXECUTIVO AO QUAL COMPETIRÁ CONSOLIDAR A APLICAÇÃO DOS INDÍCES PREVISTOS NA LEI. CONSTITUCIONALIDADE. PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE (CF, ART. 5º, II, E 37, CAPUT) E DA SEPARAÇÃO DE PODERES (CF, ART. 2º). CONTEXTO DE "CRISE DA LEI FORMAL". DIÁLOGO INSTITUCIONAL ENTRE OS PODERES LEGISLATIVO E EXECUTIVO. FUNÇÃO LEGISLATIVA DESEMPENHADA ATRAVÉS DA FIXAÇÃO DE DIRETRIZES PARA AS POLÍTICAS PÚBLICAS SETORIAIS. ESPAÇO NORMATIVO VIRTUOSO DO PODER EXECUTIVO NO DESENVOLVIMENTO E NA CONCRETIZAÇÃO DO CONTEÚDO DA LEI. CONHECIMENTO TÉCNICO E DINAMISMO NA RESPOSTA AOS NOVOS DESAFIOS REVELADOS PELA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA. HABILITAÇÃO NORMATIVA DO PODER EXECUTIVO. RISCO DE DELEGAÇÃO EM BRANCO. PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO. DEVER DE FIXAÇÃO, EM LEI, DE PARÂMETROS DE CONTEÚDO QUE LIMITEM A ATUAÇÃO DO PODER EXECUTIVO ("INTELLIGIBLE PRINCIPLE DOCTRINE"). PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL RELATIVOS AO DOMÍNIO TRIBUTÁRIO, PENAL E ADMINISTRATIVO. SISTEMÁTICA DA LEI QUE SE VOLTA A PROMOVER A EFETIVIDADE DA GARANTIA FUNDAMENTAL DO TRABALHADOR. PERIODICIDADE SIMILAR À DO PLANO PLURIANUAL (CF, ART. 165, § 1º, C/C ART. 35, § 2º, I, DO ADCT). ELEVAÇÃO DA VALORIZAÇÃO DO SALÁRIO MÍNIMO COMO POLÍTICA DE ESTADO. INOCORRÊNCIA DE SILENCIAMENTO DO PODER LEGISLATIVO. POSSIBILIDADE DE QUE, A QUALQUER TEMPO, SOBREVENHA NOVO DIPLOMA REVOGANDO A DESLEGALIZAÇÃO OPERADA PELA LEI Nº 12.382/11. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO REGIME CONSTITUCIONAL PARA A EDIÇÃO DE LEI DELEGADA (CF, ART. 68, CAPUT E §§). DECRETO DO PODER EXECUTIVO QUE, NA SISTEMÁTICA DA LEI Nº 12.381/11, CARACTERIZA ATO NORMATIVO DE NATUREZA SECUNDÁRIA, DIVERSAMENTE DO QUE SE PASSA COM A LEI DELEGADA. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO.[371]

Em que pesem todas as lições de direito e votos aparentemente críticos e corajosos de Ministros do Supremo Tribunal Federal, está validada a atuação do Congresso na omissão quanto à fixação do salário mínimo em valor compatível com os fins a que se destina, e com isso os trabalhadores ainda esperam pacientemente a remuneração digna prometida por Getúlio VARGAS.

Falam, dizem, brincam nos campos do Senhor, e o problema da fixação do valor para um salário mínimo efetivo continua sem solução e nas mãos do executivo/legislativo, e o salário continua muito mínimo.

---

[371] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4568/DF RELATORA: Ministra Cármen Lúcia. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 15 jun. 2012.

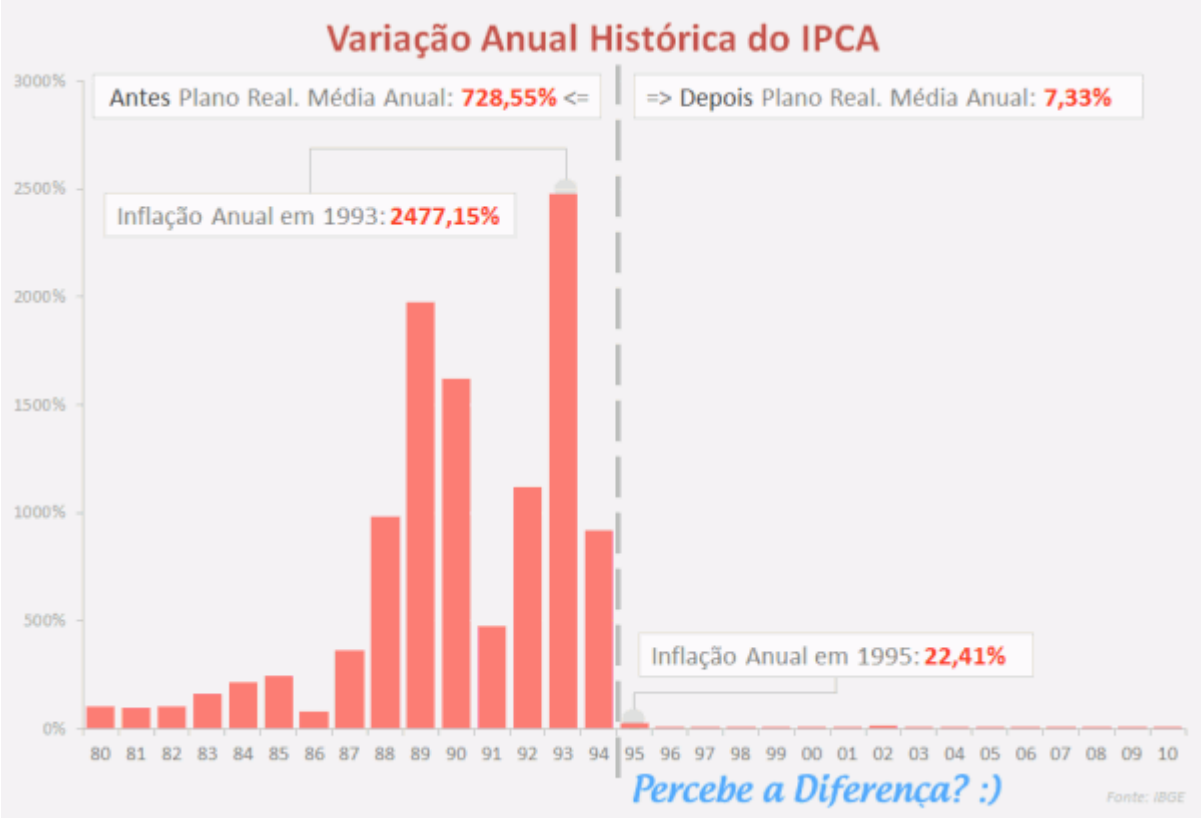
5.4 AS POLÍTICAS SALARIAS GOVERNAMENTAIS E A CONVALIDAÇÃO DA SUBTRAÇÃO DOS ÍNDICES INFLACIONÁRIOS

De todos os fatos que motivaram a atuação dos tribunais no Brasil para pacificação das questões sociais, a inflação nacional teve grande repercussão e ainda tem sinais que não deixam o povo esquecer seus deletérios efeitos.

Na década de 80 e começo da década de 90 a recessão econômica elevou a inflação no Brasil a níveis estratosféricos, chegando a índices recordes de 84,39% em março de 1990 e 2.477,15% no ano de 1993, medidos pelo índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo – IPCA, produzido pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Com o advento do chamado Plano real em 1994 a situação começou a ser controlada, a inflação desceu a para uma média de 7,33% ao ano, conforme gráfico infra, mas os problemas jurídicos decorrentes da espiral inflacionária continuaram assolando os tribunais pátrios, indo desaguar no Supremo Tribunal Federal.

- **IPCA: Inflação Anual antes e depois de 1994**[372]

[372] Pesquisado em http://hcinvestimentos.com/2011/02/21/ipca-igpm-inflacao-historica/ acesso em 31-03-2012



Entre os problemas estava a discussão sobre os índices inflacionários aplicáveis e seu modo de cálculo, pois as leis de política econômica os alteravam constantemente, bem como sua forma de cálculo.

Em especial, três desses dos fenômenos que moveram estes índices tiveram especial repercussão na esfera trabalhista: o gatilho de julho de 1987(26,06%); a URP de fevereiro de 1989 (26,05%); e, o IPC de março de 1990 (84,32%).

O problema do gatilho de julho de 1987 deu-se porque até o mês junho a escala móvel de salários instituída pelo Decreto-lei nº 2.302/86 determinava reajustes sempre que a inflação acumulada alcançasse 20%. O Decreto Lei nº 2.335/87 revogou esta sistemática, cirando a política de correção de preços e salários pela URP - Unidade de Referência de Preços, e estabeleceu o congelamento de preços e salários por noventa dias, expurgando o índice de 26,06%, de tal cálculo.

Já a questão com a URP de fevereiro de 1989 deu-se porque em tal época o Plano Bresser extinguiu-a, extirpando dos salários o índice de reajuste de 26,05%,

Com o IPC de março de 1990 a situação foi análoga, só que com outros dispositivos legais. O indexador da economia era o Bônus do Tesouro Nacional BTN, que se media pelo índice de preços ao consumidor do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística IPC/IBGE, entre os dias 16 de um mês a 15 do outro mês para reajuste dos valores.

Em março de 1990 a inflação medida para reajuste do BTN foi de 84,32%, mas o governo reconheceu apenas 41,28%, o que representou um expurgo de 43,02% no cálculo dos salários e preços.

Os trabalhadores ajuizaram ações requerendo a inclusão de todos os índices inflacionários, aproveitando a onda do acréscimo de prazo prescricional que a Constituição de 1988 tinha elevado de dois para cinco anos.

A celeuma na Justiça do Trabalho foi grande, e em 1993 o Tribunal Superior do Trabalho aprovou três enunciados relativos aos chamados “planos econômicos”, sem efeito vinculante, negando o direito ao IPC de março de 1990 e reconhecendo a violação ao direito adquirido no gatilho de julho de 87 e URP de fevereiro de 1989:

> SUM- 315 IPC de março/90 – Lei nº 8.030/90 (Plano Collor) – Inexistência de direito adquirido.
>
> A partir da vigência da Medida Provisória nº 154/90, convertida na Lei nº 8.030/90, não se aplica o IPC de março de 1990, de 84,32% (oitenta e quatro vírgula trinta e dois por cento), para a correção dos salários, porque o direito ainda não se havia incorporado ao patrimônio jurídico dos trabalhadores, inexistindo ofensa ao XXXVI do art. 5º da Constituição da República. Redação original - Res. 7/1993, DJ 22, 27 e 29.09.1993

> SUM-316 IPC DE JUNHO/1987. DECRETO-LEI Nº 2.335/1987 (PLANO BRESSER). EXISTÊNCIA DE DIREITO ADQUIRIDO É devido o reajuste salarial decorrente da incidência do IPC de junho de 1987, correspondente a 26,06% (vinte e seis vírgula zero seis por cento), porque este direito já se havia incorporado ao patrimônio jurídico dos trabalhadores quando do advento do Decreto-Lei nº 2.335/1987. Redação original - Res. 8/1993, DJ 22, 27 e 29.09.1993

SUM-317 URP DE FEVEREIRO/1989. LEI Nº 7.730/1989 (PLANO VERÃO). EXISTÊNCIA DE DIREITO ADQUIRIDO A correção salarial da URP de fevereiro de 1989, de 26,05% (vinte e seis vírgula zero cinco por cento), já constituía direito adquirido do trabalhador, quando do advento da Medida Provisória nº 32/1989, convertida na Lei nº 7.730/1989, sendo devido o reajuste respectivo. Redação original - Res. 9/1993, DJ 22, 27 e 29.09.1993

Causou estranheza a orientação do Tribunal Superior do Trabalho na época, já que o fundamento dos três expurgos era basicamente o mesmo: a existência de direito adquirido dos trabalhadores a terem incluídos na recomposição de seus salários os expurgos inflacionários, mas na prática só foi reconhecido o direito aos reajustes do gatilho de julho de 1987 e URP de fevereiro de 1989, sendo negado o IPC de março de 1990.

Ainda que com estas feições estranhas, parecia que o direito estava consolidado e a jurisprudência começou a pacificar-se na Justiça do Trabalho, até que no exercício do controle difuso, ao apreciar os recursos extraordinários RE 146749[373] e RE 163817 / MT [374], em 1994, o Supremo Tribunal Federal entendeu

---

[373]Ementa - SUSPENSÃO, EM 07.04.88, PELO ARTIGO 1º, "CAPUT", DO DECRETO 2.425/88, DOS REAJUSTES, PELA UNIDADE DE REFERÊNCIA DE PREÇOS (URP), DOS VENCIMENTOS DE ABRIL E MAIO DE 1988. - A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE SE FIRMOU NO SENTIDO DE QUE NÃO HÁ DIREITO ADQUIRIDO A VENCIMENTOS DE FUNCIONÁRIOS PÚBLICOS, NEM DIREITO ADQUIRIDO A REGIMENTO JURÍDICO INSTITUÍDO POR LEI. PRECEDENTES DO S.T.F. CONSEQUENTEMENTE, DIPLOMA LEGAL NOVO, QUE REDUZA VENCIMENTOS (INCLUSIVE VANTAGENS), SE APLICA DE IMEDIATO, AINDA QUE NO MÊS EM CURSO, POIS ALCANÇA O PERÍODO DE TEMPO POSTERIOR A SUA VIGÊNCIA, DADO QUE NÃO HÁ, NO CASO, DIREITO ADQUIRIDO. - NO CASO, SENDO DE APLICAÇÃO IMEDIATA O ARTIGO 1º, "CAPUT", DO DECRETO-LEI Nº 2.425/88, E ESTABELECENDO ELE, APENAS,QUE O REAJUSTE MENSAL PREVISTO NO ARTIGO 8º DO DECRETO-LEI Nº 2.335/87 NÃO SE APLICARIA NOS MESES DE ABRIL E MAIO DE 1988 (O QUE IMPLICA DIZER QUE ELE NÃO DETERMINOU A REDUÇÃO DOS VENCIMENTOS A QUE OS SERVIDORES JÁ FAZIAM JUS, MAS APENAS ESTABELECEU QUE AQUELE REAJUSTE NÃO SERIA APLICADO NOS REFERIDOS MESES), OS FUNCIONÁRIOS TEM DIREITO APENAS AO REAJUSTE, CALCULADO PELO SISTEMA DO ARTIGO 8º, § 1º, DO DECRETO-LEI Nº 2.335, COM RELAÇÃO AOS DIAS DO MÊS DE ABRIL ANTERIORES AO DA PUBLICAÇÃO DESSE DECRETO-LEI (OU SEJA, OS SETE PRIMEIROS DIAS DO MÊS DE ABRIL DE 1988, UMA VEZ QUE O REFERIDO ARTIGO 1º, "CAPUT", ENTROU EM VIGOR NO DIA OITO DE ABRIL DE 1988, DATA EM QUE FOI PUBLICADA, POIS NÃO SOFREU ALTERAÇÃO NA REPUBLICAÇÃO FEITA NO DIA ONZE DO MESMO MÊS), BEM COMO AO DE IGUAL VALOR, NÃO CUMULATIVAMENTE, NO MÊS DE MAIO SEGUINTE. RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E, EM PARTE, PROVIDO. RE 146749 / DF - DISTRITO FEDERAL Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO Relator(a) p/ Acórdão: Min. MOREIRA ALVES Julgamento: 24/02/1994 Órgão Julgador: Tribunal Pleno Publicação DJ 18-11-1994 PP-31394

que não havia direito adquirido quanto aos reajustes de julho de 1987 e fevereiro de 1989.

Note-se que as decisões não tiveram efeito vinculante, mas mesmo assim o Tribunal Superior do Trabalho logo a seguir reviu as posições anteriores quanto às Súmulas nº 316 e 317, revogando-as pela Res. 37/1994, DJ 25, 28 e 29.11.1994, e mantendo íntegra a súmula 315, e aí foi reconhecido que todos os reajustamentos tinham base no inexistente direito adquirido.

Mas a celeuma não parou por aí, pois também em sede de recursos extraordinários e confirmando a reiterada jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, o Supremo reconheceu o direito adquirido ao índice de março de 1990 para reajustamento das cadernetas de poupança em 2000.[375]

---

[374] Ementa SERVIDORES PÚBLICOS REGIDOS PELA C.L.T. REAJUSTE. ARTIGO 1º, "CAPUT", DO DECRETO-LEI Nº 2.425/88. - O PLENÁRIO DESTA CORTE, AO JULGAR O RE Nº 146.749 DE QUE FUI RELATOR PARA O ACÓRDÃO, FIRMOU O ENTENDIMENTO DE QUE, SENDO DE APLICAÇÃO IMEDIATA O ARTIGO 1º, "CAPUT", DO DECRETO-LEI Nº 2.425/88, E ESTABELECENDO ELE, APENAS, QUE O REAJUSTE MENSAL PREVISTO NO ARTIGO 8º DO DECRETO-LEI Nº 2.335/87 NÃO SE APLICARIA NOS MESES DE ABRIL E MAIO DE 1988 (O QUE IMPLICA DIZER QUE ELE NÃO DETERMINOU A REDUÇÃO DOS VENCIMENTOS A QUE OS SERVIDORES JÁ FAZIAM JUS, MAS APENAS ESTABELECEU QUE AQUELE REAJUSTE NÃO SERIA APLICADO NOS REFERIDOS MESES), OS FUNCIONÁRIOS TEM DIREITO APENAS AO REAJUSTE, CALCULADO PELO SISTEMA DO ARTIGO 8º, §. 1º, DO DECRETO-LEI Nº 2.335, COM RELAÇÃO AOS DIAS DO MES DE ABRIL ANTERIORES AO DA PUBLICAÇÃO DESSE DECRETO-LEI (OU SEJA, OS SETE PRIMEIROS DIAS DO MES DE ABRIL DE 1988, UMA VEZ QUE O REFERIDO ARTIGO 1º, "CAPUT", ENTROU EM VIGOR DIA OITO DE ABRIL DE 1988, DATA EM QUE FOI PUBLICADO, POIS NÃO SOFREU ALTERAÇÃO NA REPUBLICAÇÃO FEITA NO DIA ONZE DO MESMO MÊS), BEM COMO AO DE IGUAL VALOR, NÃO CUMULATIVAMENTE, NO MÊS DE MAIO SEGUINTE. - ESSA CONCLUSÃO SE APLICA TAMBÉM AOS SERVIDORES PÚBLICOS REGIDOS PELA C.L.T., QUE, IGUALMENTE, NÃO TEM DIREITO

[375] EMENTA: Fundo de Garantia por Tempo de Serviço - FGTS. Natureza jurídica e direito adquirido. Correções monetárias decorrentes dos planos econômicos conhecidos pela denominação Bresser, Verão, Collor I (no concernente aos meses de abril e de maio de 1990) e Collor II. - O Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), ao contrário do que sucede com as cadernetas de poupança, não tem natureza contratual, mas, sim, estatutária, por decorrer da Lei e por ela ser disciplinado. - Assim, é de aplicar-se a ele a firme jurisprudência desta Corte no sentido de que não há direito adquirido a regime jurídico. - Quanto à atualização dos saldos do FGTS relativos aos Planos Verão e Collor I (este no que diz respeito ao mês de abril de 1990), não há questão de direito adquirido a ser examinada, situando-se a matéria exclusivamente no terreno legal infraconstitucional. - No tocante, porém, aos Planos Bresser, Collor I (quanto ao mês de maio de 1990) e Collor II, em que a decisão recorrida se fundou na existência de direito adquirido aos índices de correção que mandou observar, é de aplicar-se o princípio de que não há direito adquirido a regime jurídico. Recurso extraordinário conhecido em parte, e nela provido, para afastar da

Mesmo com tal orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, foi mantida a vigência da súmula 315 do Tribunal Superior do Trabalho, e pela mesma resolução mantiveram-se também os cancelamentos das súmulas 316 e 317:

> SUM-315 IPC DE MARÇO/1990. LEI Nº 8.030, DE 12.04.1990 (PLANO COLLOR). INEXISTÊNCIA DE DIREITO ADQUIRIDO (mantida) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003
>
> A partir da vigência da Medida Provisória nº 154, de 15.03.1990, convertida na Lei nº 8.030, de 12.04.1990, não se aplica o IPC de março de 1990, de 84,32% (oitenta e quatro vírgula trinta e dois por cento), para a correção dos salários, porque o direito ainda não se havia incorporado ao patrimônio jurídico dos trabalhadores, inexistindo ofensa ao inciso XXXVI do art. 5º da CF/1988.

E assim ficou o nosso direito, com o reajuste negado aos trabalhadores, mas concedido em março de 1990 aos depósitos das cadernetas de poupança e Fundo de Garantia por Tempo de Serviço.

Aqui não houve necessidade de invocar-se o sacrossanto efeito vinculante de decisões do Supremo, pois como já alertado, todas foram proferidas no exercício do controle de constitucionalidade difuso.

Logo, não é demais reconhecer que para atender interesses econômicos e negar direitos aos trabalhadores, desnecessária a orientação vinculante do Supremo, e prosseguem as brincadeiras nos campos do Senhor.

5.5 A POLÊMICA DA SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL TRABALHISTA

---

condenação as atualizações dos saldos do FGTS no tocante aos Planos Bresser, Collor I (apenas quanto à atualização no mês de maio de 1990) e Collor II. (RE 226855, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, julgado em 31/08/2000, DJ 13-10-2000 PP-00020)

Questão tormentosa na Justiça do Trabalho é a da legitimação extraordinária para propositura de ações em nome dos trabalhadores.

Nas lides coletivas em decorrência dos dissídios coletivos sempre se reconheceu a legitimação do sindicato para atuar como representante dos interesses dos integrantes da categoria profissional ou econômica que representa.

Porém, apesar da orientação do art. 513, da CLT[376], na asseguração de direitos individuais a jurisprudência inclinou-se de modo restritivo, permitindo a substituição processual nos casos expressamente previstos em lei (leis salariais, insalubridade, e ação de cumprimento), e reconheceu o caráter concorrente da substituição. Vide súmulas 310[377], 271, 255 e 180 – todas canceladas.

Esta questão também estava pacificada no âmbito da Justiça do Trabalho quando em 2006, o Supremo Tribunal Federal reexaminou a questão à luz do art. 8º, inc. III, da Constituição Federal[378,] e em memorável voto do Min. Joaquim BARBOSA[379], reconheceu a legitimidade do sindicato para atuar em juízo na defesa

---

[376]CLT, Art. 513. São prerrogativas dos sindicatos : a) representar, perante as autoridades administrativas e judiciárias os interesses gerais da respectiva categoria ou profissão liberal ou interesses individuais dos associados relativos á atividade ou profissão exercida;

[377] SUM-310 SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. SINDICATO (cancelamento mantido) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003 e republicada DJ 25.11.2003I - O art. 8º, inciso III, da Constituição da República não assegura a substituição processual pelo sindicato. II - A substituição processual autorizada ao sindicato pelas Leis nºs 6.708, de 30.10.1979, e 7.238, de 29.10.1984, limitada aos associados, restringe-se às demandas que visem aos reajustes salariais previstos em lei, ajuizadas até 03.07.1989, data em que entrou em vigor a Lei nº 7.788/1989. III - A Lei nº 7.788/1989, em seu art. 8º, assegurou, durante sua vigência, a legitimidade do sindicato como substituto processual da categoria. IV - A substituição processual autorizada pela Lei nº 8.073, de 30.07.1990, ao sindicato alcança todos os integrantes da categoria e é restrita às demandas que visem à satisfação de reajustes salariais específicos resultantes de disposição prevista em lei de política salarial. V - Em qualquer ação proposta pelo sindicato como substituto processual, todos os substituídos serão individualizados na petição inicial e, para o início da execução, devidamente identificados pelo número da Carteira de Trabalho e Previdência Social ou de qualquer documento de identidade. VI - É lícito aos substituídos integrar a lide como assistente litisconsorcial, acordar, transigir e renunciar, independentemente de autorização ou anuência do substituto. VII - Na liquidação da sentença exequenda, promovida pelo substituto, serão individualizados os valores devidos a cada substituído, cujos depósitos para quitação serão levantados através de guias expedidas em seu nome ou de procurador com poderes especiais para esse fim, inclusive nas ações de cumprimento. VIII - Quando o sindicato for o autor da ação na condição de substituto processual, não serão devidos honorários advocatícios

[378] Art. 8º É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte:... III - ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas;

[379] EMENTA: PROCESSO CIVIL. SINDICATO. ART. 8º, III DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. LEGITIMIDADE. SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. DEFESA DE DIREITOS E INTERESSES

de interesses coletivos e individuais da categoria que representam, de modo amplo, inclusive na liquidação e execução dos créditos, independentemente de autorização dos substituídos, colidindo frontalmente com as disposições do enunciado 310, do TST.

O entendimento consagrado em plenário do Supremo, ainda que no exercício de controle difuso, acabou por constranger o TST que revogou o enunciado 310, assim como outros relacionados com a substituição processual.

Neste ponto a atuação do Supremo trouxe uma dimensão completamente nova na Justiça do Trabalho quanto à substituição processual, e ressaltou a importância da atuação dos sindicatos na defesa judicial de interesses de seus filiados, associados ou não, alterando completamente o paradigma para uma substituição ampla e irrestrita, e mesmo sem ser obrigatória, conseguiu alterar o restrito cenário até então existente.

5.6 A ATUAÇÃO INJUNTIVA DO SUPREMO NO DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS

Como antes esclarecido, o mandado de injunção consiste numa ação destinada à tutela dos direitos, liberdades e garantias constitucionais, bem como para controlar a omissão legislativa previsto no art. 5º, LXXI, da Constituição Federal.

Inicialmente o Supremo Tribunal Federal, em posição de extrema cautela orientou-se pela “teoria da subsidiariedade”, como demonstra emblemática decisão

---

COLETIVOS OU INDIVIDUAIS. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. O artigo 8º, III da Constituição Federal estabelece a legitimidade extraordinária dos sindicatos para defender em juízo os direitos e interesses coletivos ou individuais dos integrantes da categoria que representam. Essa legitimidade extraordinária é ampla, abrangendo a liquidação e a execução d os créditos reconhecidos aos trabalhadores. Por se tratar de típica hipótese de substituição processual, é desnecessária qualquer autorização dos substituídos. Recurso conhecido e provido. RE 193503 / SP - SÃO PAULO Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO Relator(a) p/ Acórdão: Min. JOAQUIM BARBOSA Julgamento: 12/06/2006 Órgão Julgador: Tribunal Pleno Publicação DJe-087 DIVULG 23-08-2007 PUBLIC 24-08-2007

do ano de 1994, no MI 20/DF, onde apenas foi reconhecida a mora do Congresso Nacional quanto à regulamentação do direito de greve dos servidores públicos civis, sendo determinada a comunicação da decisão para que tomasse as providências necessárias à edição de Lei Complementar para tal fim:

> EMENTA: MANDADO DE INJUNÇÃO COLETIVO - DIREITO DE GREVE DO SERVIDOR PÚBLICO CIVIL - EVOLUÇÃO DESSE DIREITO NO CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO - MODELOS NORMATIVOS NO DIREITO COMPARADO - PRERROGATIVA JURÍDICA ASSEGURADA PELA CONSTITUIÇÃO (ART. 37, VII) - IMPOSSIBILIDADE DE SEU EXERCÍCIO ANTES DA EDIÇÃO DE LEI COMPLEMENTAR - OMISSÃO LEGISLATIVA - HIPÓTESE DE SUA CONFIGURAÇÃO - RECONHECIMENTO DO ESTADO DE MORA DO CONGRESSO NACIONAL - IMPETRAÇÃO POR ENTIDADE DE CLASSE - ADMISSIBILIDADE - WRIT CONCEDIDO. MI 20 / DF - DISTRITO FEDERAL MANDADO DE INJUNÇÃO Relator(a): Min. CELSO DE MELLO Julgamento: 19/05/1994 Órgão Julgador: Tribunal Pleno Publicação DJ 22-11-1996.

Cerca 11 anos mais tarde, em 2007 e em novo julgamento de mandado de injunção envolvendo a mesma matéria, o Supremo alterou completamente seu entendimento, e regulamentou o direito de greve dos servidores civis:

> EMENTA: MANDADO DE INJUNÇÃO. ART. 5º, LXXI DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. CONCESSÃO DE EFETIVIDADE À NORMA VEICULADA PELO ARTIGO 37, INCISO VII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. LEGITIMIDADE ATIVA DE ENTIDADE SINDICAL. GREVE DOS TRABALHADORES EM GERAL [ART. 9º DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL]. APLICAÇÃO DA LEI FEDERAL N. 7.783/89 À GREVE NO SERVIÇO PÚBLICO ATÉ QUE SOBREVENHA LEI REGULAMENTADORA. PARÂMETROS CONCERNENTES AO EXERCÍCIO DO DIREITO DE GREVE PELOS SERVIDORES PÚBLICOS DEFINIDOS POR ESTA CORTE. CONTINUIDADE DO SERVIÇO PÚBLICO. GREVE NO SERVIÇO PÚBLICO. ALTERAÇÃO DE ENTENDIMENTO ANTERIOR QUANTO À SUBSTÂNCIA DO MANDADO DE INJUNÇÃO. PREVALÊNCIA DO INTERESSE SOCIAL. INSUBSSISTÊNCIA DO ARGUMENTO SEGUNDO O QUAL DAR-SE-IA OFENSA À INDEPENDÊNCIA E HARMONIA ENTRE OS PODERES [ART. 2O DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL] E À SEPARAÇÃO DOS PODERES [art. 60, § 4o, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL]. INCUMBE AO PODER JUDICIÁRIO PRODUZIR A NORMA SUFICIENTE PARA TORNAR VIÁVEL O EXERCÍCIO DO DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS, CONSAGRADO NO ARTIGO 37, VII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. O acesso de entidades de classe à via do mandado

de injunção coletivo é processualmente admissível, desde que legalmente constituídas e em funcionamento há pelo menos um ano. 2. A Constituição do Brasil reconhece expressamente possam os servidores públicos civis exercer o direito de greve --- artigo 37, inciso VII. A Lei n. 7.783/89 dispõe sobre o exercício do direito de greve dos trabalhadores em geral, afirmado pelo artigo 9º da Constituição do Brasil. Ato normativo de início inaplicável aos servidores públicos civis. 3. O preceito veiculado pelo artigo 37, inciso VII, da CB/88 exige a edição de ato normativo que integre sua eficácia. Reclama-se, para fins de plena incidência do preceito, atuação legislativa que dê concreção ao comando positivado no texto da Constituição. 4. Reconhecimento, por esta Corte, em diversas oportunidades, de omissão do Congresso Nacional no que respeita ao dever, que lhe incumbe, de dar concreção ao preceito constitucional. Precedentes. 5. Diante de mora legislativa, cumpre ao Supremo Tribunal Federal decidir no sentido de suprir omissão dessa ordem. Esta Corte não se presta, quando se trate da apreciação de mandados de injunção, a emitir decisões desnutridas de eficácia. 6. A greve, poder de fato, é a arma mais eficaz de que dispõem os trabalhadores visando à conquista de melhores condições de vida. Sua auto-aplicabilidade é inquestionável; trata-se de direito fundamental de caráter instrumental. 7. A Constituição, ao dispor sobre os trabalhadores em geral, não prevê limitação do direito de greve: a eles compete decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dela defender. Por isso a lei não pode restringi-lo, senão protegê-lo, sendo constitucionalmente admissíveis todos os tipos de greve. 8. Na relação estatutária do emprego público não se manifesta tensão entre trabalho e capital, tal como se realiza no campo da exploração da atividade econômica pelos particulares. Neste, o exercício do poder de fato, a greve, coloca em risco os interesses egoísticos do sujeito detentor de capital --- indivíduo ou empresa --- que, em face dela, suporta, em tese, potencial ou efetivamente redução de sua capacidade de acumulação de capital. Verifica-se, então, oposição direta entre os interesses dos trabalhadores e os interesses dos capitalistas. Como a greve pode conduzir à diminuição de ganhos do titular de capital, os trabalhadores podem em tese vir a obter, efetiva ou potencialmente, algumas vantagens mercê do seu exercício. O mesmo não se dá na relação estatutária, no âmbito da qual, em tese, aos interesses dos trabalhadores não correspondem, antagonicamente, interesses individuais, senão o interesse social. A greve no serviço público não compromete, diretamente, interesses egoísticos do detentor de capital, mas sim os interesses dos cidadãos que necessitam da prestação do serviço público. 9. A norma veiculada pelo artigo 37, VII, da Constituição do Brasil reclama regulamentação, a fim de que seja adequadamente assegurada a coesão social. 10. A regulamentação do exercício do direito de greve pelos servidores públicos há de ser peculiar, mesmo porque "serviços ou atividades essenciais" e "necessidades inadiáveis da coletividade" não se superpõem a "serviços públicos"; e vice-versa. 11. Daí porque não deve ser aplicado ao exercício do direito de greve no âmbito da Administração tão-somente o disposto na Lei n. 7.783/89. A esta Corte impõe-se traçar os parâmetros atinentes a esse exercício. 12. O que deve ser regulado, na hipótese dos autos, é a coerência entre o exercício do direito de greve pelo servidor público e as condições necessárias

> à coesão e interdependência social, que a prestação continuada dos serviços públicos assegura. 13. O argumento de que a Corte estaria então a legislar --- o que se afiguraria inconcebível, por ferir a independência e harmonia entre os poderes [art. 2o da Constituição do Brasil] e a separação dos poderes [art. 60, § 4o, III] --- é insubsistente. 14. O Poder Judiciário está vinculado pelo dever-poder de, no mandado de injunção, formular supletivamente a norma regulamentadora de que carece o ordenamento jurídico. 15. No mandado de injunção o Poder Judiciário não define norma de decisão, mas enuncia o texto normativo que faltava para, no caso, tornar viável o exercício do direito de greve dos servidores públicos. 16. Mandado de injunção julgado procedente, para remover o obstáculo decorrente da omissão legislativa e, supletivamente, tornar viável o exercício do direito consagrado no artigo 37, VII, da Constituição do Brasil. MI 712 / PA - PARÁ MANDADO DE INJUNÇÃO Relator(a): Min. EROS GRAU Julgamento: 25/10/2007 Órgão Julgador: Tribunal Pleno Publicação DJe-206 DIVULG 30-10-2008 PUBLIC 31-10-2008

Esta e outras decisões mostram que o Supremo Tribunal Federal pende para a adoção da "teoria da resolutividade", quanto à atuação em mandado de injunção.

Essa mudança de rumo mostra uma atuação mais ousada do Supremo, que pela primeira vez na história deu efetividade à sua atividade injuntiva e declaradamente ultrapassa os marcos do exercício da jurisdição interpretativa e aplicadora de normas, e passa a atuar em atividade regulamentadora do direito, comparada à do Poder Legislativo, porém dentro dos limites do juridicamente permitido.

Extremamente atual é a discussão sobre os limites da atuação do Judiciário em confrontação à noção preliminar de ativismo judicial como "disfunção jurisdicional em detrimento, notadamente, da função legislativa".[380]

Na histórica contraposição das opiniões que permitem a atuação jurisdicional no exercício do controle de constitucionalidade entrelaçando-se com a atividade normativa de KELSEN[381] e a negação de Carl SCHMITT como "Guardião da

---

[380] RAMOS, Elival Silva. **ATIVISMO JUDICIAL parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva. 2010. p. 107.

[381] KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. Introdução e revisão técnica Sérgio Sérvulo da Cunha. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

Constituição”[382], que reserva a atividade legislativa e seu controle para o Poder que naturalmente a detém -, o Legislativo, ao editar decisões com efeito vinculante e regulamentar situações em caráter injuntivo Supremo enveredou de modo irreversível para o caminho que vai estar sempre nos limites territoriais da atuação jurisdicional e atividade legislativa, além de sua atuação no controle concentrado de constitucionalidade.

Apesar da Constituição Federal de 1988 aproximar-se de seu quarto de século de vigência, as questões relacionadas ao exercício de atividades legislativas pelo Judiciário é muito recente, pois somente depois de quase 20 anos o Supremo Tribunal Federal aventurou-se na “teoria da resolutividade” para solução de mandado de injunção, e somente o tempo vai mostrar se nessa atividade o Judiciário se sai bem, ou se enveredará para perigosos caminhos de disputas com os outros dois Poderes Constituídos do estado Democrático de Direito.

Digno de nota o fato de que a atuação do Supremo no caso foi para restringir e regulamentar o direito de greve dos servidores públicos civis e o tempo vai mostrar se o mesmo combate ao silêncio legislativo pode ser usado para ampliar direitos sociais.

5.7 A EFÊMERA VIGÊNCIA DA CONVENÇÃO 158, DA OIT NO BRASIL

Ponto não resolvido e nebuloso é o da vigência da Convenção 158 da Organização Internacional do Trabalho no ordenamento jurídico brasileiro, fazendo necessário um breve apanhado histórico de tal situação.

A Convenção 158 foi aprovada pelo Decreto Legislativo n. 68, de 16/09/1992, do Congresso Nacional.[383]

---

[382] SCHMITT, Carl. **O guardião da constituição**. Trad. de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

[383] DECRETO LEGISLATIVO Nº 68, DE 1992 *Aprova o texto da Convenção nº 158, da Organização Internacional do Trabalho (OIT), sobre o Término da Relação do Trabalho por Iniciativa do Empregador, adotada em Genebra, em 1982, durante a 68ª Sessão da Conferência Internacional do Trabalho.*

A Carta de Ratificação da Convenção n. 158 da OIT foi depositada pelo Governo brasileiro em 05/01/1995, e passou a vigorar no Brasil em 05/01/1996, nos termos do item 3 do art. 16.

Foi promulgada pelo Presidente da República em 10/04/1996, por meio do Decreto n. 1.855 – publicado no DOU em 11/04/1996.[384]

Prevê a Convenção n. 158 da OIT:

O CONGRESSO NACIONAL, decreta: Art. 1º É aprovado o texto da Convenção nº 158, da Organização Internacional do Trabalho (OIT), sobre o término da Relação do Trabalho por Iniciativa do Empregador, adotada em Genebra, em 1982. Parágrafo único. São sujeitos à aprovação do Congresso Nacional quaisquer atos que possam resultar em revisão da referida convenção, bem como aqueles que se destinem a estabelecer ajustes complementares. Art. 2º Este decreto legislativo entra em vigor na data de sua publicação. Senado Federal, 16 de setembro de 1992. SENADOR MAURO BENEVIDES Presidente

[384] DECRETO Nº 1.855, DE 10 DE ABRIL DE 1996

Promulga a Convenção 158 sobre o Término da Relação de Trabalho por Iniciativa do Empregador, de 22 de junho de 1982.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, no uso da atribuição que lhe confere o art. 84, inciso VIII, da Constituição, e Considerando que a Convenção Número 158, da Organização Internacional do Trabalho, sobre o Término da Relação de Trabalho por Iniciativa do Empregador, foi assinada em Genebra, em 22 de junho de 1982; Considerando que a Convenção ora promulgada foi oportunamente submetida ao Congresso Nacional, que a aprovou por meio do Decreto Legislativo número 68, de 16 de setembro de 1992; Considerando que a Convenção em tela entrou em vigor internacional em 23 de novembro de 1985; Considerando que o Governo brasileiro depositou a Carta de Ratificação do instrumento multilateral em epígrafe, em 05 de janeiro de 1995, passando o mesmo a vigorar, para o Brasil, em 05 de janeiro de 1996, na forma de seu artigo 16;

DECRETA:

Art. 1º A Convenção número 158, da Organização Internacional do Trabalho, sobre o Término da Relação de Trabalho por Iniciativa do Empregador, assinada em Genebra, em 22 de junho de 1982, apensa por cópia ao presente Decreto, deverá ser executada e cumprida tão inteiramente como nela se contém.

Art. 2º O presente Decreto entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, em 10 de abril de 1996; 175º da Independência e 108º da República.

FERNANDO HENRIQUE CARDOSO

Luiz Felipe Lampreia

Artigo 16

1. Esta Convenção obrigará exclusivamente àqueles Membros da Organização Internacional do Trabalho cujas ratificações tiverem sido registradas pelo Diretor-Geral.

[...]

3. A partir desse momento, esta Convenção entrará em vigor, para cada Membro, 12 (doze) meses após a data em que sua ratificação tiver sido registrada.

Artigo 17

1. Todo Membro que tiver ratificado a presente Convenção poderá denunciá-lo no fim de um período de 10 (dez) anos, a partir da data da entrada em vigor inicial, mediante um ato comunicado, para ser registrado, ao Diretor-Geral da Repartição Internacional do Trabalho. A denúncia tornar-se-á efetiva somente 1 (um) ano após a data de seu registro.

2. Ao notificar aos Membros da Organização o registro da segunda ratificação que lhe tiver sido comunicada, o Diretor-Geral fará notar aos Membros da Organização a data em que a presente Convenção entrará em vigor.

O Brasil registrou a denúncia da referida Convenção através de Nota do Governo brasileiro à OIT em 20/11/1996, a qual tornou-se efetiva apenas em 20/11/1997, conforme Decreto n. 2.100 de 20/12/1996, publicado no DOU em 23/12/1996:

DECRETO Nº 2.100, DE 20 DE DEZEMBRO DE 1996.

Torna pública a denúncia, pelo Brasil, da Convenção da OIT nº 158 relativa ao Término da Relação de Trabalho por Iniciativa do Empregador.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, torna público que deixará de vigorar para o Brasil, a partir de 20 de novembro de 1997, a Convenção da OIT nº 158, relativa ao Término da Relação de Trabalho por Iniciativa do Empregador, adotada em Genebra, em 22 de junho de 1982, visto haver sido denunciada por Nota do Governo brasileiro à Organização Internacional do Trabalho, tendo sido a denúncia registrada, por esta última, a 20 de novembro de 1996.

Brasília, 20 de dezembro de 1996; 175º da Independência e 108º da República.

FERNANDO HENRIQUE CARDOSO

Luiz Felipe Lampreia

Após isto a questão foi colocada é se pode o Presidente da República denunciar uma convenção da OIT sem ouvir o Congresso Nacional?

A doutrina nega tal possibilidade na voz de SÜSSEKIND:

> Se as normas internacionais se incorporam à legislação nacional, por ter sido a respectiva convenção aprovada pelo Congresso Nacional e depois retificada pelo Presidente da República, revogando ou modificando as leis que dispunham em contrário [...], parece-nos injurídico admitir sua revogação por simples ato administrativo do Poder Executivo[385].

Alinha-se com tal entendimento SOUTO MAIOR:

> [...] o ato praticado pelo chefe do Poder Executivo, de denunciar, mediante Decreto, a Convenção, extrapolou os limites de sua competência, constitucionalmente fixados. [...] a previsão do art. 84, da Constituição Federal, que dispõe sobre a competência privativa do Presidente da República, autorizando-lhe a dispor, mediante decreto, apenas sobre "organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos; e extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos" (inciso VI, alíneas "a" e "b") ou expedir decretos para sancionar, promulgar, fazer publicar leis e seus regulamentos (inciso IV, do mesmo artigo) [...] A denúncia, portanto, fora ato inconstitucional que, portanto, não pode surtir o efeito de extrair do ordenamento jurídico a Convenção em exame[386].

A constitucionalidade do Decreto n. 2.100/1996, do Presidente da República denunciando a Convenção n. 158 da OIT, está sendo questionada na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 1625, por entender que o art. 49, I da CF/1988,

---

[385] SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas; TEIXEIRA, Lima. **Instituições de direito do trabalho**. 22. ed. v. 2. São Paulo: LTr, 2005. p. 1581.

[386] MAIOR, Jorge Luiz Souto. **Convenção 158 da OIT**. Dispositivo que veda a dispensa arbitrária é auto-aplicável. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 8, n. 475, 25 out. 2004. Disponível em: http://jus.com.br/revista/texto/5820/convencao-158-da-oit acesso em 29-06-2012

atribuiu ao Congresso Nacional a competência para aprovar também as denúncias dos tratados/convenções internacionais.

A ADI n. 1625 foi protocolada em 17/07/1997 e encontra-se suspensa diante do pedido de vista da Min. Ellen GRACIE em 03/06/2009. Tal ministra aposentou-se em agosto de 2011, sendo sua cadeira ocupada pela Ministra Rosa WEBER que deve herdar o processo.

E aí se vão mais de 15 anos de tramitação de processo, sem qualquer previsão de solução.

Mas o Supremo já teve mais pressa para analisar a Convenção 158 em outra Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI n. 1480, que esgrimia o Decreto Legislativo n. 68/1992 e o Decreto n. 1.855/1996, na qual foi deferida a seguinte decisão liminar:

> AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - CONVENÇÃO Nº 158/OIT - PROTEÇÃO DO TRABALHADOR CONTRA A DESPEDIDA ARBITRÁRIA OU SEM JUSTA CAUSA - ARGÜIÇÃO DE ILEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DOS ATOS QUE INCORPORARAM ESSA CONVENÇÃO INTERNACIONAL AO DIREITO POSITIVO INTERNO DO BRASIL (DECRETO LEGISLATIVO Nº 68/92 E DECRETO Nº 1.855/96) - POSSIBILIDADE DE CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE DE TRATADOS OU CONVENÇÕES INTERNACIONAIS EM FACE DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA - ALEGADA TRANSGRESSÃO AO ART. 7º, I, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA E AO ART. 10, I DO ADCT/88 - REGULAMENTAÇÃO NORMATIVA DA PROTEÇÃO CONTRA A DESPEDIDA ARBITRÁRIA OU SEM JUSTA CAUSA, POSTA SOB RESERVA CONSTITUCIONAL DE LEI COMPLEMENTAR - CONSEQÜENTE IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DE TRATADO OU CONVENÇÃO INTERNACIONAL ATUAR COMO SUCEDÂNEO DA LEI COMPLEMENTAR EXIGIDA PELA CONSTITUIÇÃO (CF, ART. 7º, I) - CONSAGRAÇÃO CONSTITUCIONAL DA GARANTIA DE INDENIZAÇÃO COMPENSATÓRIA COMO EXPRESSÃO DA REAÇÃO ESTATAL À DEMISSÃO ARBITRÁRIA DO TRABALHADOR (CF, ART. 7º, I, C/C O ART. 10, I DO ADCT/88) - CONTEÚDO PROGRAMÁTICO DA CONVENÇÃO Nº 158/OIT, CUJA APLICABILIDADE DEPENDE DA AÇÃO NORMATIVA DO LEGISLADOR INTERNO DE CADA PAÍS - POSSIBILIDADE DE ADEQUAÇÃO DAS DIRETRIZES CONSTANTES DA CONVENÇÃO Nº 158/OIT ÀS EXIGÊNCIAS FORMAIS E MATERIAIS DO ESTATUTO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO - PEDIDO DE MEDIDA CAUTELAR DEFERIDO, EM PARTE, MEDIANTE INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO. PROCEDIMENTO CONSTITUCIONAL DE INCORPORAÇÃO DOS TRATADOS OU CONVENÇÕES INTERNACIONAIS. (**ADI 1480 MC / DF - DISTRITO FEDERAL, MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Julgamento: 04/09/1997, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Publicação** DJ 18-05-2001 PP-00429).

Atualmente a ADI n. 1480 foi julgada extinta, por perda superveniente do

objeto, nos seguintes termos:

> [...] Acentue-se, por oportuno, que, em 20 de dezembro de 1996, o Estado brasileiro, por intermédio do Presidente da República, que agiu em sua condição de Chefe de Estado, denunciou a mencionada Convenção nº 158/OIT. Essa denúncia - que se tornou efetiva um ano após o seu registro junto à O.I.T., consoante previsto no Artigo 17, n. 1, da própria Convenção nº 158 - consubstanciou-se, formalmente, no Decreto nº 2.100, de 20/12/96, cujo teor é o seguinte: "O PRESIDENTE DA REPÚBLICA torna público que deixará de vigorar para o Brasil, a partir de 20 de novembro de 1997, a Convenção da OIT nº 158, relativa ao Término da Relação de Trabalho por Iniciativa do Empregador, adotada em Genebra, em 22 de junho de 1982, visto haver sido denunciada por Nota do Governo brasileiro à Organização Internacional do Trabalho, tendo sido a denúncia registrada, por esta última, a 20 de novembro de 1996." (grifei) Isso significa que, já decorrido o lapso temporal de 1 (um) ano - e revelando-se plenamente eficaz, desse modo, o ato unilateral da denúncia - cessou, "tractu temporis", quanto ao Estado brasileiro, a vigência da mencionada convenção internacional. Na realidade, consoante enfatiza autorizado magistério doutrinário (LUIZ P. F. DE FARO JUNIOR, "Direito Internacional Público", p. 352, item n. 829, 4ª ed., 1965, Borsoi; HILDEBRANDO ACCIOLY/GERALDO EULÁLIO DO NASCIMENTO E SILVA, "Manual de Direito Internacional Público", p. 34, 12ª ed., 1996, Saraiva; CELSO D. DE ALBUQUERQUE MELLO, "Os Tratados na Constituição" in "As Tendências Atuais do Direito Público - Estudos em homenagem ao Prof. AFONSO ARINOS", p. 138, 1976, Forense; JOSÉ FRANCISCO REZEK, "Direito dos Tratados", p. 485, item n. 405, 1984, Forense), a denúncia - enquanto manifestação soberana do Estado que a formula - qualifica-se, quanto à Alta Parte de que emana, como causa extintiva do tratado ou convenção internacional. Vê-se, portanto, que a Convenção nº 158/OIT não mais se acha incorporada ao sistema de direito positivo interno brasileiro, eis que, com a denúncia dessa convenção internacional, registrada, junto à O.I.T., em 1996, operou-se, quanto ao Brasil, a própria extinção do referido ato de direito internacional público, o que importa - considerada a integral cessação de sua eficácia - em situação configuradora de perda superveniente do objeto da presente ação direta de inconstitucionalidade. Não custa enfatizar, neste ponto, que, em decorrência do referido ato de denúncia, deixou de existir o próprio objeto sobre o qual incidiram os atos estatais - Decreto Legislativo nº 68/92 e Decreto nº 1.855/96 - questionados nesta sede de controle concentrado de constitucionalidade, não mais se justificando, por isso mesmo, a subsistência deste processo de fiscalização abstrata, independentemente da existência, ou não, no caso, de efeitos residuais concretos gerados por aquelas espécies normativas. A situação que vem de ser referida, não obstante a peculiaridade de que se reveste, equipara-se - considerada a cessação da vigência doméstica da Convenção nº 158/OIT - à revogação superveniente de diplomas legislativos ou de atos estatais impugnados em sede de ação direta, fazendo instaurar, por isso mesmo, típica hipótese de prejudicialidade do processo de controle normativo abstrato. Cabe rememorar, por oportuno, a propósito da situação que ora se registra na presente causa, que a jurisprudência

> do Supremo Tribunal Federal, em sucessivas decisões, tem enfatizado que a revogação superveniente dos atos estatais impugnados em ação direta de inconstitucionalidade - à semelhança do que ocorre com o exaurimento da eficácia das normas temporárias - provoca a extinção do processo de controle normativo abstrato, independentemente da existência de efeitos residuais concretos que possam derivar da aplicação dos diplomas questionados (RTJ 154/396, Rel. Min. CELSO DE MELLO - RTJ 154/401, Rel. Min. PAULO BROSSARD - ADI 437-DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJU de 17/08/94 - ADI 876-RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJU de 01/07/93 - ADI 1.063-DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJU de 25/06/01): "A revogação superveniente do ato normativo impugnado prejudica a ação direta de inconstitucionalidade, independentemente da existência de efeitos residuais concretos. Esse entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal nada mais reflete senão a própria natureza jurídica do controle normativo abstrato, em cujo âmbito não se discutem situações de caráter concreto ou individual. Precedentes." (RTJ 160/145, Rel. Min. CELSO DE MELLO) Sendo assim, e tendo em consideração as razões expostas, julgo extinto este processo de controle abstrato de constitucionalidade, em virtude da perda superveniente de seu objeto. Arquivem-se os presentes autos. Publique-se. Brasília, 26 de junho de 2001. Ministro CELSO DE MELLO Relator 1 (**ADI 1480 MC / DF - DISTRITO FEDERAL, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Julgamento: 26/06/2001, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Publicação** DJ 08/08/2001).

O Poder Executivo, no dia 20/02/2008, encaminhou ao Congresso Nacional Mensagem (MSC) n. 59/2008 submetendo à nova apreciação do texto da Convenção n. 158 da OIT. Está aprovada na Comissão de Trabalho, de Administração e Serviço Público (CTASP) e aguarda pauta na Comissão de Constituição e Justiça de Cidadania (CCJC), com parecer favorável do Relator, Dep. Ricardo Berzoini (PT-SP), pela constitucionalidade e juridicidade.

Toda essa polêmica e controvérsia sobre a Convenção 158 da Organização Internacional do Trabalho só pode decorrer de má-interpretação, que afigura-se até preconceituosa, de que tal norma cria estabilidade no emprego, quando na realidade o que ela faz é limitar as possibilidades de despedimento, inviabilizando as dispensas arbitrárias, porém mantendo as dispensas sem justa causa, assim entendidas como aquelas fundadas em motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro, a exemplo do que já ocorre com o cipeiro, conforme regulamentação do

art. 165, da CLT.[387]

Com necessidade de proteção dos grupos vulneráveis e minorias sociais, a tendência no direito processual do trabalho é da utilização do princípio da aptidão[388], cabendo ao empregador comprovar os motivos que o levaram a dispensar o trabalhador não constituem mera arbitrariedade.

Realmente só se pode questionar a pressa do Supremo Tribunal Federal para concessão de liminar para sobrestar direito compensatório do trabalhador, e sua inércia para apreciar a validade do ato Presidencial que denunciou a Convenção 158.

Mais uma das brincadeiras nos campos do Senhor...

5.8 AS CONFUSÕES COM A BASE DE CÁLCULO DO ADICIONAL DE INSALUBRIDADE

Aqui reside uma das mais movimentadas questões no direito do trabalho e que foi chacoalhada com a atuação do Supremo Tribunal Federal, estando aparentemente longe de ser pacificada.

---

[387] Art. 165 - Os titulares da representação dos empregados nas CIPA (s) não poderão sofrer despedida arbitrária, entendendo-se como tal a que não se fundar em motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro.

Parágrafo único - Ocorrendo a despedida, caberá ao empregador, em caso de reclamação à Justiça do Trabalho, comprovar a existência de qualquer dos motivos mencionados neste artigo, sob pena de ser condenado a reintegrar o empregado.

[388] "...as regras relativas ao ônus da prova, para que não constituam obstáculo à tutela processual dos direitos, hão de levar em conta sempre as possibilidades, reais e concretas, que tem cada litigante de demonstrar suas alegações, de tal modo que recaia esse ônus não necessariamente sobre a parte que alega, mas sobre a que se encontra em melhores condições de produzir a prova necessária à solução do litígio, inclusive com inversão do ônus da prova. Com isso, as dificuldades para a produção da prova, existentes no plano do direito material e decorrentes da desigual posição das partes litigantes, não são transpostas para o processo, ficando facilitado inclusive o esclarecimento da verdade e a tutela de situações que de outro modo provavelmente não encontrariam proteção adequada." MALLET, Estêvão. Discriminação e processo do trabalho. Revista do TST. Rio de Janeiro. V. 65, n.1, p. 148-159, out/dez 1999, p. 154.

A confusão inicia-se porque o art. 192, da Consolidação das Leis do Trabalho vincula a base de cálculo do adicional de insalubridade ao salário mínimo, sem esclarecer se tal percentual aplica-se apenas a quem é minimamente remunerado, ou se se aplica para quem recebe salário superior ao mínimo:

> Art . 192 - O exercício de trabalho em condições insalubres, acima dos limites de tolerância estabelecidos pelo Ministério do Trabalho, assegura a percepção de adicional respectivamente de 40% (quarenta por cento), 20% (vinte por cento) e 10% (dez por cento) do salário-mínimo da região, segundo se classifiquem nos graus máximo, médio e mínimo.

Esta disposição legal causou debates nos tribunais trabalhistas, e na tentativa de pacificar a questão o Tribunal Superior do Trabalho entre 1969 e 2008 teve três entendimentos distintos sobre o assunto.

O primeiro foi o do enunciado 17:

> En. n.º 17 O adicional-insalubridade devido a empregado que percebe, por força de lei, convenção coletiva ou sentença normativa, salário-profissional, será sobre este calculado. Redação original – RA 28/1969, DO-GB 21.08.1969

Depois veio a interpretação consubstanciada no enunciado 137:

> En. n.º 137 ADICIONAL DE INSALUBRIDADE (cancelado) É devido o adicional de serviço insalubre, calculado à base do salário mínimo da região, ainda que a remuneração contratual seja superior ao salário mínimo acrescido da taxa de insalubridade (ex-Prejulgado nº 8). Redação original - RA 102/1982, DJ 11.10.1982 e DJ 15.10.1982

As discussões continuaram, o assunto continuou evoluindo foi editado o enunciado 228:

> En. n.º 228 Adicional de Insalubridade. Base de cálculo O percentual do adicional de insalubridade incide sobre o salário-mínimo de que cogita o art. 76 da Consolidação das Leis do Trabalho, , salvo as hipóteses previstas na Súmula nº 17. Redação original - Res. 14/1985, DJ 19.09.1985 e 24, 25 e 26.09.1985

Tal entendimento foi mantido estável no Tribunal Superior do Trabalho, e sofreu pequena alteração em 2003.

> Nº 228 Adicional de insalubridade. Base de cálculo. O percentual do adicional de insalubridade incide sobre o salário mínimo de que cogita o art. 76 da CLT. Nova redação - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003

Apesar das críticas e contestações o Tribunal Superior do Trabalho mantinha seu entendimento quanto à base de cálculo do adicional de insalubridade, até a intervenção do Supremo Tribunal Federal com a edição da súmula vinculante n.º 4, em abril de 2008:

> SÚMULA VINCULANTE Nº 4. SALVO NOS CASOS PREVISTOS NA CONSTITUIÇÃO, O SALÁRIO MÍNIMO NÃO PODE SER USADO COMO INDEXADOR DE BASE DE CÁLCULO DE VANTAGEM DE SERVIDOR PÚBLICO OU DE EMPREGADO, NEM SER SUBSTITUÍDO POR DECISÃO JUDICIAL.

Diante da clareza do texto sumular, o Tribunal Superior do Trabalho adotou a técnica decisória conhecida como "Declaração de Inconstitucionalidade sem Pronúncia de Nulidade", e apressou-se em rever seu entendimento para adequá-lo à orientação do Supremo Tribunal Federal, dando nova redação à agora súmula 228:

> SUM-228 ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. BASE DE CÁLCULO (redação alterada na sessão do Tribunal Pleno em 26.06.2008) - Res. 148/2008, DJ 04 e 07.07.2008 - Republicada DJ 08, 09 e 10.07.2008 A partir de 9 de maio de 2008, data da publicação da Súmula Vinculante nº 4 do Supremo Tribunal Federal, o adicional de insalubridade será calculado sobre o salário básico, salvo critério mais vantajoso fixado em instrumento coletivo.

Com o aumento da base de cálculo do adicional de insalubridade houve verdadeiro clamor do empresariado, com o reflexo da Confederação Nacional da Indústria – CNI, apresentar a Reclamação nº 6266, com pedido de liminar acatado

pelo então Presidente do Tribunal Ministro Gilmar Mendes, e suspendeu a aplicação da Súmula 228 do TST, na parte em que permite a utilização do salário básico para calcular o adicional de insalubridade (DJE de 05/08/2008), fazendo constar os seguintes fundamentos.

> Com efeito, no julgamento que deu origem à mencionada Súmula Vinculante n° 4 (RE 565.714/SP, Rel. Min. Cármen Lúcia, Sessão de 30.4.2008 - Informativo nº 510/STF), esta Corte entendeu que o adicional de insalubridade deve continuar sendo calculado com base no salário mínimo, enquanto não superada a inconstitucionalidade por meio de lei ou convenção coletiva.
>
> Dessa forma, com base no que ficou decidido no RE 565.714/SP e fixado na Súmula Vinculante n° 4, este Tribunal entendeu que não é possível a substituição do salário mínimo, seja como base de cálculo, seja como indexador, antes da edição de lei ou celebração de convenção coletiva que regule o adicional de insalubridade.
>
> Logo, à primeira vista, a nova redação estabelecida para a Súmula n° 228/TST revela aplicação indevida da Súmula Vinculante n° 4, porquanto permite a substituição do salário mínimo pelo salário básico no cálculo do adicional de insalubridade sem base normativa.
>
> Ante o exposto, defiro a medida liminar para suspender a aplicação da Súmula n° 228/TST na parte em que permite a utilização do salário básico para calcular o adicional de insalubridade.

Impacto maior que o da súmula vinculante n.º 4, causou a liminar da Reclamação 6266, deixando o Tribunal Superior do Trabalho em situação delicada, pois a providência adota para respeitar o efeito vinculante da súmula 4 foi tida como desrespeito.

Em decorrência disso voltou a vigorar o entendimento original da súmula 228:

> Sum n.º 228 Adicional de Insalubridade. Base de cálculo. O percentual do adicional de insalubridade incide sobre o salário-mínimo de que cogita o art. 76 da Consolidação das Leis do Trabalho.

Toda esta polêmica foi gerada para atender os interesses dos empresários e evitar os ônus do aumento do valor da base de cálculo do adicional de insalubridade, o que só pode ser lamentado e mais uma vez fica comprovada a suprema agilidade

na concessão de liminares para atender interesses econômicos.

Enquanto isso, os trabalhadores são obrigados a suportar condições insalubres recebendo como compensação uma fração do valor do já mínimo salário mínimo, até que seja encontrada saída jurídica para este enredo da base de cálculo de seu adicional.

5.9 A CAPACIDADE POSTULATÓRIA NA JUSTIÇA DO TRABALHO – MANUTENÇÃO DO *JUS POSTULANDI*

Digna de nota é a interpretação do Supremo Tribunal Federal na manutenção do JUS POSTULANDI na Justiça do Trabalho, onde podem ser sentidas a aplicação do princípio da proporcionalidade no cotejo entre os art. 791, da C.L.T., o art. 133, da C.F., e o art. 1º, inc. I, da Lei 8.906/94, e a modulação dos efeitos da decisão na Ação Declaratória de Inconstitucionalidade.

A regra geral na Justiça do Trabalho sempre consistiu no reconhecimento da capacidade postulatória da parte, diante da regra dos artigos 791 e 839 da Consolidação das Leis do Trabalho, consagrando o *jus postulandi*

> CLT Art. 791. Os empregados e os empregadores poderão reclamar pessoalmente perante a Justiça do Trabalho e acompanhar as suas reclamações até o final.
>
> CLT Art. 839. A reclamação poderá ser apresentada:
>
> a) pelos empregados e empregadores, pessoalmente, ou por seus representantes, e pelos sindicatos de classe;
>
> b) por intermédio das Procuradorias Regionais da Justiça do Trabalho.

A exceção a tal regra era apenas no manejo do recurso extraordinário ao Supremo Tribunal Federal que sempre exigiu a interposição por advogado, porque o art. 791 CLT restringe a capacidade postulatória para prática de os atos na justiça do trabalho apenas.

Esta regra começou a ser questionada quando do advento da Constituição Federal de 1988, que trouxe em seu bojo a seguinte disposição:

> Art. 133. O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.

Mas tal dispositivo não teve grande impacto, que só veio mesmo com a edição do Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil por intermédio da Lei Lei 8.906/94, que contém a "exigência de advogado para postulação a qualquer órgão do Poder Judiciário e aos juizados especiais" salvo habeas corpus.

Questionando o alcance da lei, a Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB interpôs Ação Direta de Inconstitucionalidade, identificada como ADI 1.127/DF e obteve imediata liminar (DJ 14-10-94) para excluir a aplicação de tal exigência à Justiça do Trabalho, Juizados Especiais, e Justiça de Paz. Tal liminar foi ratificada pela decisão final do feito 12 anos depois, em 2006[389].

A decisão parece ter conteúdo nobre de asseguração de postulação ao judiciário ao maior número de cidadãos, mas ela também tem o lado de sucumbir à regra de ouro de não onerar os cofres públicos.

A exigência de advogados em todas as causas submetidas ao Judiciário, inclusive Juizados Especiais, demandaria um grande aparato estatal, com a formação de Defensorias Públicas para atender as demandas, com óbvia e imediata oneração dos cofres públicos.

Ao assegurar a capacidade postulatória aos litigantes dos processos trabalhistas, não é difícil vislumbrar a dificuldade das partes menos instruídas, tanto trabalhadores como empregadores, na condução dos processos. Basta haver uma relação comum de terceirização, com necessidade de chamamento ao processo de um litisconsorte necessário, para inviabilizar o acesso ao Judiciário aos interessados, sem assistência de advogado. Isto é claro, sem prejuízo de muitas

---

[389] EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI 8.906, DE 4 DE JULHO DE 1994. ESTATUTO DA ADVOCACIA E A ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. DISPOSITIVOS IMPUGNADOS PELA AMB. PREJUDICADO O PEDIDO QUANTO À EXPRESSÃO "JUIZADOS ESPECIAIS", EM RAZÃO DA SUPERVENIÊNCIA DA LEI 9.099/1995. AÇÃO DIRETA CONHECIDA EM PARTE E, NESSA PARTE, JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE. I - O advogado é indispensável à administração da Justiça. Sua presença, contudo, pode ser dispensada em certos atos jurisdicionais... ADI 1127 / DF - DISTRITO FEDERAL Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO Relator(a) p/ Acórdão: Min. RICARDO LEWANDOWSKI Julgamento: 17/05/2006 Órgão Julgador: Tribunal Pleno Publicação DJe-105 DIVULG 10-06-2010 PUBLIC 11-06-2010

outras providências que as partes precisem tomar no processo, que vão desde a postulação como reclamante ou reclamado, até a produção de provas, que certamente prejudicam quem não tem formação técnica-jurídica.

E a manutenção do jus postulandi na Justiça do Trabalho dá azo a um equívoco maior e que atavicamente se perpetua: a ausência de condenação do sucumbente em honorários advocatícios sob o pálio argumento de que a parte pode demandar pessoalmente em Juízo, vedando a reparação integral, principalmente para os trabalhadores que têm seus direitos negados, necessitam recorrer ao judiciário para verem satisfeitas suas pretensões, sempre com a ameaça da perda ou dificuldade de novo emprego, e ainda tem de desembolsar uma parte do que conseguem receber para atender o pagamento de quem patrocinou seus interesses em Juízo.

5.10 AS DISPUTAS DE GOVERNO – AS QUESTÕES DE COMPETÊNCIA MATERIAL COM AS DISPUTAS ENTRE OS RAMOS DO JUDICIÁRIO

Após a publicação da Emenda Constitucional 45 de 2004, houve significativo acréscimo de competência da Justiça Especial do Trabalho, mas nos embates havidos entre os ramos do Judiciário, fez-se necessária a intervenção do Supremo Tribunal Federal para pacificação de diversas disputas, com decisões que envolveram bastante movimentação política, com franca atuação das associações representativas de classe dos magistrados, que patrocinaram diretamente os dissídios respectivos.

Ante a extensão da matéria serão feitos breves comentários e um apanhado dos problemas, apenas par que se tenha uma visão geral das questões envolvidas.

5.10.1 Dano Moral e Questões Contratuais - Herdeiros

Com o advento da Constituição Federal de 1988, o Superior Tribunal de Justiça – STJ ficou incumbido de resolver conflitos de competência entre quaisquer tribunais (ressalvado o disposto no art. 102, I, o), bem como entre tribunal e juízes a ele não vinculados e entre juízes vinculados a tribunais diversos.

Como orientação geral o STJ fixou a orientação de que a fixação da

competência é estabelecida pela natureza da controvérsia em debate, após exame da causa de pedir.390

Dentro desse raciocínio, se a causa de pedir emerge de uma relação civil, a competência material para exame será de um juiz cível também.

Mesmo com a aparente simplicidade da proposta emergem questões que desafiam um entendimento mais aprofundado.

Tema que já foi objeto de debates foi a questão da análise dos pedidos de reparação por danos morais sofridos durante a constância de um contrato de trabalho, ou após seu término, mas dele decorrente.

Nessa questão foi seguida a orientação do Supremo Tribunal Federal quanto às questões que emanam do contrato de trabalho, no Conflito de Competência 6959 (publ. em 03/05/1991), e o aresto que indicou este caminho segue transcrito a seguir:

> "EMENTA - Justiça do Trabalho: Competência: Const., artigo 114: ação de empregado contra o empregador visando à observação das condições negociais da promessa de contratar formulada pela empresa em decorrência da relação de trabalho.
>
> 1 - Compete à Justiça do Trabalho julgar demanda de servidores do Banco do Brasil para compelir a empresa ao cumprimento da promessa de vender-lhes, em dadas condições de preço e modo de pagamento, apartamentos que, assentindo em transferir-se para Brasília, aqui viessem a ocupar, por mais de cinco anos, permanecendo a seu serviço exclusivo e direto.
>
> 2 - À determinação da competência da Justiça do Trabalho não importa que dependa a solução da lide de questões de direito civil, mas sim, no caso, que a promessa de contratar, cujo alegado conteúdo é o fundamento do pedido, tenha sido feita em razão da relação de emprego, inserindo-se no contrato de trabalho." (Ac. STF - Pleno - MV - Conflito de Jurisdição nº. 6.959-6 - Rel. (designado): Min. Sepúlveda Pertence - J. 23.5.90 - Suscte. Juiz de Direito da 1ª Vara Cível de Brasília; Suscdo. Tribunal Superior do Trabalho - DJU 22.2.91, p. 1259).

Tal entendimento acabou absorvido e sumulado pelo Tribunal Superior do Trabalho:

---

390 STJ CC 33722 – PR (2001/0169371-8). Rel. Min. LAURITA VAZ. 1ª Seção. Publ. DJ 20-05-2002

> SUM-392 DANO MORAL. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO (conversão da Orientação Jurisprudencial nº 327 da SBDI-1) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005 Nos termos do art. 114 da CF/1988, a Justiça do Trabalho é competente para dirimir controvérsias referentes à indenização por dano moral, quando decorrente da relação de trabalho.

Posteriormente, tal decisão acabou orientando a questão reconhecida como de repercussão geral, referente à indenização dos herdeiros do falecido trabalhador, em contraposição às decisões do Superior Tribunal de Justiça.

> EMENTA Recurso extraordinário – Competência – Processual Civil e do Trabalho – Repercussão geral reconhecida – Ação de indenização decorrente de danos sofridos em acidente de trabalho – Demanda diretamente decorrente de relação de trabalho, sendo irrelevante, para fins de fixação da competência, o fato de ter sido ajuizada por sucessores do trabalhador falecido – Aplicação da norma do art. 114, inciso VI, da Constituição Federal, com a redação que a ela foi dada pela Emenda Constitucional nº 45/04 – Reconhecimento da competência da Justiça Federal do Trabalho para o processamento do feito – Recurso não provido. RE 600091 / MG - MINAS GERAIS Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI Julgamento: 25/05/2011 Órgão Julgador: Tribunal Pleno DJe-155 DIVULG 12-08-2011 PUBLIC 15-08-2011

5.10.2 Competência quanto aos Servidores Públicos

Apesar da literalidade do texto do art. 114, inc. I, da Constituição Federal, com a redação que lhe foi dada pela Emenda Constitucional 45 de 2004: “Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar: I as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;...”, logo após a edição a questão foi levada ao Supremo Tribunal Federal pela Associação dos Juízes Federais do Brasil – AJUFE, foi mantida com as Justiças Comuns a competência dos servidores estautários:

> EMENTA: INCONSTITUCIONALIDADE. Ação direta. Competência. Justiça do Trabalho. Incompetência reconhecida. Causas entre o Poder Público e seus servidores estatutários. Ações que não se reputam oriundas de relação de trabalho. Conceito estrito desta relação. Feitos da competência da Justiça Comum.

> Interpretação do art. 114, inc. I, da CF, introduzido pela EC 45/2004. Precedentes. Liminar deferida para excluir outra interpretação. O disposto no art. 114, I, da Constituição da República, não abrange as causas instauradas entre o Poder Público e servidor que lhe seja vinculado por relação jurídico-estatutária. ADI 3395 MC / DF - DISTRITO FEDERAL MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Relator(a): Min. CEZAR PELUSO Julgamento: 05/04/2006 Tribunal Pleno Publ. DJ 10-11-2006 PP-00049 EMENT VOL-02255-02 PP-00274

Mas a questão não parou por aí e teve desdobramentos quanto aos pseudo-temporários da administração pública.

> EMENTA Agravo regimental. Contrato temporário. Regime jurídico administrativo. Ausência de argumentos capazes de modificar a decisão agravada. Agravo regimental não provido. 1. Competência da Justiça comum para processar e julgar as causas envolvendo o Poder Público e servidores que sejam vinculados a ele por relação jurídico-administrativa. 2. Prorrogação do prazo de vigência do contrato temporário não altera a natureza jurídica de cunho administrativo que se estabelece originalmente. 3. Agravo regimental desprovido. Rcl 7109 AgR / MG - MINAS GERAIS AG.REG.NA RECLAMAÇÃO Relator(a): Min. MENEZES DIREITO Julgamento: 02/04/2009 Órgão Julgador: Tribunal Pleno Publ. DJe-148 DIVULG 06-08-2009 PUBLIC 07-08-2009 EMENT VOL-02368-02 PP-00315.

Isto porque nos casos em que houve a contratação irregular, a orientação do Tribunal Superior do Trabalho era no sentido de manter-se a competência na Justiça do Trabalho, como nos casos em que não há vínculo empregatício espontaneamente reconhecido entre particulares:

> OJ-SDI1-205 COMPETÊNCIA MATERIAL. JUSTIÇA DO TRABALHO. ENTE PÚBLICO. CONTRATAÇÃO IRREGULAR. REGIME ESPECIAL. DESVIRTUAMENTO (cancelada) – Res. 156/2009, DEJT divulgado em 27, 28 e 29.04.2009
>
> I - Inscreve-se na competência material da Justiça do Trabalho dirimir dissídio individual entre trabalhador e ente público se há controvérsia acerca do vínculo empregatício.
>
> II - A simples presença de lei que disciplina a contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público (art. 37,

> inciso IX, da CF/1988) não é o bastante para deslocar a competência da Justiça do Trabalho se se alega desvirtuamento em tal contratação, mediante a prestação de serviços à Administração para atendimento de necessidade permanente e não para acudir a situação transitória e emergencial.

Esta orientação já não mais vigora e o efeito prático disso é que acabam ficando impunes os atos administrativos que não observam a legalidade, contratam de modo temerário trabalhadores sob a falsa itulação de temporários, e assim excluem-nos da Justiça do Trabalho.

5.10.3 Competência quanto aos Casos de Falência

Outra questão em que foi tolhida a competência da Justiça do Trabalho foi na cobrança dos créditos falimentares, mediante utilização de Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3934/DF:

> EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGOS 60, PARÁGRAFO ÚNICO, 83, I E IV, c, E 141, II, DA LEI 11.101/2005. FALÊNCIA E RECUPERAÇÃO JUDICIAL. INEXISTÊNCIA DE OFENSA AOS ARTIGOS 1º, III E IV, 6º, 7º, I, E 170, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL de 1988. ADI JULGADA IMPROCEDENTE. I - Inexiste reserva constitucional de lei complementar para a execução dos créditos trabalhistas decorrente de falência ou recuperação judicial. II - Não há, também, inconstitucionalidade quanto à ausência de sucessão de créditos trabalhistas. III - Igualmente não existe ofensa à Constituição no tocante ao limite de conversão de créditos trabalhistas em quirografários. IV - Diploma legal que objetiva prestigiar a função social da empresa e assegurar, tanto quanto possível, a preservação dos postos de trabalho. V - Ação direta julgada improcedente. ADI 3934 / DF - DISTRITO FEDERAL AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI Julgamento: 27/05/2009 Órgão Julgador: Tribunal Pleno Publicação DJe-208 DIVULG 05-11-2009 PUBLIC 06-11-2009 EMENT VOL-02381-02 PP-00374

Toda a eficácia da execução trabalhista quanto ao privilegiado crédito do trabalhador, e a atividade jurisdicional do Juiz do Trabalho encerra-se na apuração do valor do crédito, tanto nos casos de falência, como nos de Recuperação Judicial, apesar da literalidade dos dispositivos legais envolvidos.

Outra solução política, assegurando a primazia dos interesses da massa

falida e tornando intocáveis as empresas em regime de recuperação judicial, como se vê do julgado que segue:

> EMENTA: CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. EXECUÇÃO DE CRÉDITOS TRABALHISTAS EM PROCESSOS DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL COMUM, COM EXCLUSÃO DA JUSTIÇA DO TRABALHO. INTERPRETAÇÃO DO DISPOSTO NA LEI 11.101/05, EM FACE DO ART. 114 DA CF. RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E IMPROVIDO. I - A questão central debatida no presente recurso consiste em saber qual o juízo competente para processar e julgar a execução dos créditos trabalhistas no caso de empresa em fase de recuperação judicial. II - Na vigência do Decreto-lei 7.661/1945 consolidou-se o entendimento de que a competência para executar os créditos ora discutidos é da Justiça Estadual Comum, sendo essa também a regra adotada pela Lei 11.101/05. III - O inc. IX do art. 114 da Constituição Federal apenas outorgou ao legislador ordinário a faculdade de submeter à competência da Justiça Laboral outras controvérsias, além daquelas taxativamente estabelecidas nos incisos anteriores, desde que decorrentes da relação de trabalho. IV - O texto constitucional não o obrigou a fazê-lo, deixando ao seu alvedrio a avaliação das hipóteses em que se afigure conveniente o julgamento pela Justiça do Trabalho, à luz das peculiaridades das situações que pretende regrar. V - A opção do legislador infraconstitucional foi manter o regime anterior de execução dos créditos trabalhistas pelo juízo universal da falência, sem prejuízo da competência da Justiça Laboral quanto ao julgamento do processo de conhecimento. VI - Recurso extraordinário conhecido e improvido. RE 583955 / RJ - RIO DE JANEIRO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI Julgamento: 28/05/2009 Órgão Julgador: Tribunal Pleno Publ. REPERCUSSÃO GERAL – MÉRITO DJe-162 DIVULG 27-08-2009 PUBLIC 28-08-2009 EMENT VOL-02371-09 PP-01716

As soluções de retirar da Justiça do trabalho a cobrança de créditos trabalhistas de empresas submetidas ao Regime de Recuperação Judicial, independentemente do tempo decorrido ou fase do processo, não se justifica, já que não há sequer universalidade de tal Juízo, e apenas privilegia os maus pagadores de empregados.

5.11 A RESPONSABILIDADE DOS ENTES PÚBLICOS NOS SERVIÇOS TERCEIRIZADOS – O FIM DE UMA ERA DE LUTAS

Causam comoção os efeitos do entendimento da ausência de responsabilidade trabalhista de entes da administração pública frente às disposições

da Lei de Licitações.

Levou anos até que fosse consolidado no Tribunal Superior do Trabalho o entendimento consagrado no inc. IV da Súmula 331:

> n.º 331 (...)
>
> IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a res-ponsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das em-presas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (art. 71 da Lei nº 8.666, de 21.06.1993).

Ao apreciar a ação declaratória de constitucionalidade ADC 16/DF, o Supremo Tribunal Federal assim pronunciou-se:

> EMENTA: RESPONSABILIDADE CONTRATUAL. Subsidiária. Contrato com a administração pública. Inadimplência negocial do outro contraente. Transferência consequente e automática dos seus encargos trabalhistas, fiscais e comerciais, resultantes da execução do contrato, à administração. Impossibilidade jurídica. Consequência proibida pelo art., 71, § 1º, da Lei federal nº 8.666/93. Constitucionalidade reconhecida dessa norma. Ação direta de constitucionalidade julgada, nesse sentido, procedente. Voto vencido. É constitucional a norma inscrita no art. 71, § 1º, da Lei federal nº 8.666, de 26 de junho de 1993, com a redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995. ADC 16 / DF - DISTRITO FEDERAL AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE Relator(a): Min. CEZAR PELUSO Julgamento: 24/11/2010 Órgão Julgador: Tribunal Pleno Publ. DJe-173 DIVULG 08-09-2011 PUBLIC 09-09-2011EMENT VOL-02583-01 PP-00001Parte(s)

Inquestionável a juridicidade de tal julgamento, ficando claro que a administração pública fica isenta de responsabilidade nas hipóteses em que houver respeitado os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, e da economia, e mesmo assim, responderá solidariamente com contratado pelos encargos previdenciários resultantes da execução do contrato, nos termos do parágrafo 2º, do art. 71, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

Entretanto, se a administração contrata irregularmente, sem licitação, ou age

sem a observância dos requisitos legais de contratação, a exclusão de responsabilidade além de alijar o trabalhador de seus direitos básicos e fundamentais, premia os maus administradores, atentando contra tudo que é consagrado no direito administrativo e no direito do trabalho, propiciando que quem age irregularmente beneficie-se da própria torpeza.

Parece que tal entendimento exsurge claramente dos fundamentos da decisão constitucional, os quais também operam a eficácia vinculante, que no dizer de MARINONI "...é dilucidada na *ratio decidendi* ou nos motivos determinantes da decisão"[391], e não resultariam dúvida na aplicação.

As decisões que avaliam a atuação da administração, se examinadas no nível superficial das Reclamações perante o Supremo, também têm sido derrotadas sob o argumento de ofensa à reserva de plenário, e afastamento da incidência de ato normativo sem declarar-lhe a inconstitucionalidade, independentemente de seus fundamentos, como se constata em emblemático caso da Reclamação 12.926, que envolve a decisão da Primeira Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, no julgamento do recurso ordinário nº 00508-2009-669-09-00-5, que reconheceu a culpa in vigilando da Administração, pela falta de fiscalização do contrato de prestação de serviços, e foi anulada sob o singelo argumento de que estaria fulcrada unicamente no item V, da Súmula 331, do Tribunal Superior do Trabalho.

Para tentar alguma resistência a tais entendimentos, o Tribunal Superior do Trabalho reviu sua posição e deu nova redação ao item V, da Súmula nº 331, conforme redação a seguir:

> V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

---

[391] MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes Obrigatórios. São Paulo: RT. 2011, p. 462

A esperança é que situações como a ora relatada e que têm se repetido em diversas outras reclamações, como as de números Rcl 6969, 6970, 7127, 7223, 7289, 7344, 7345, 7427, 7665, 7687, 7812, 7847, 7882, 8020, 8134, 8597, 8601, 8847, 8965, 9017, 9169, 9459, 9679, 9792, entre tantas outras, sejam melhor avaliadas para que se resguarde a possibilidade dos prestadores de serviços terceirizados, vinculados à Administração, possam efetivamente verem satisfeitos seus direitos básicos trabalhistas.

Caso contrário, aqui haverá a inegável aplicação da tão falada regra de ouro da não oneração dos cofres públicos para aplicação dos direitos fundamentais.

Como se vê o maior prejudicado com o choque da decisão dos Tribunais é o trabalhador, que enquanto assiste a acalorados debates jurídicos, fica sem a satisfação de parcelas salariais, e "a brincadeira nos campos do Senhor" acaba tendo os resultados catastróficos que tais confrontos geram.

5.12 OUTRAS ATUAÇÕES JURISPRUDENCIAIS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO DIREITO DO TRABALHO

Os casos até aqui tratados estão mais ligados a impressões pessoais do que à demonstração por amostragem quantitativa da atuação do Supremo Tribunal Federal.

Há outras hipóteses em que o Supremo também tem ingressado na esfera trabalhista e até com felicidade nas conclusões, como é o caso da decisão de que a aposentadoria espontânea não extingue o contrato de trabalho, conforme reconhecido na ADI 1721-3, em 1997 e invalidou o § 2º, do art. 453, da CLT, além de outras incursões tanto no campo dos direitos individuais como dos direitos coletivos conforme elenca Fábio Rodrigues GOMES[392].

---

[392] GOMES, Fábio Rodrigues. **O Direito do Trabalho na Jurisprudência do STF**. In: SARMENTO, Daniel e SARLET, Ingo Wolfgang coords. Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: Balanço e Crítica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 649-686.

A atuação do Supremo Tribunal Federal tem grande relevância no Direito do Trabalho e ajuda a consolidar as diretrizes básicas de tal disciplina jurídica.

CONCLUSÃO

A análise da atuação da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal nos rumos do Direito do Trabalho leva à inarredável solução de apresentação de opiniões e críticas, as quais longe de serem desmerecedoras da atuação jurisdicional apenas visam alertar para eventuais incongruências na aplicação do direito em tese.

Seria muito simplista apresentarem-se críticas negativas sem a proposição de soluções e para não incorrer em tal erro, parece que a melhor forma de o Supremo Tribunal Federal definir os rumos do Direito do Trabalho é com a proposta da "sociedade aberta dos intérpretes da Constituição" de Peter HÄBERLE[393], com a interpretação pluralista mediante consulta às categorias envolvidas.

Na seara trabalhista tal sistemática pode ser muito bem recebida, pois normalmente os interesses envolvidos dizem respeito a coletividades consistentes em categorias profissionais ou econômicas ou até em grupos de trabalhadores de determinada empresa, que se consultados sobre o efeito prático do direito em discussão, podem contribuir em muito para o aperfeiçoamento da decisão judicial constitucional.

Na tutela dos direitos fundamentais trabalhistas é necessário que se estabeleçam algumas propostas metodológicas para que os mesmos sejam providos da necessária eficácia, tão exigida na esfera juslaboral.

A medida da incidência de efetividade numa norma fundamental tem de ser perseguida, e atual fase do constitucionalismo social não comporta mais entendimentos que afastem a imediata aplicabilidade de direitos fundamentais, em especial para aqueles que um dos maiores bens é exatamente a força de seu trabalho.

---

[393] HÄBERLE, Peter. **HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL a Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Intepretação Pluralista e Procedimental da Constituição**. Rad. de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002.

Max WEBER criticava a materialização do direito formal burguês que HABERMAS reconhece como o impulso para “uma criação de condições legais características de um Estado Social”[394].

A atuação do exercício da jurisdição constitucional não pode ser dissociada, sob hipótese alguma, da manutenção desse Estado Social com garantias mínimas aos seus cidadãos, sem a incidência do indesejável assistencialismo.

A aproximação entre o Direito do Trabalho e o Direito Constitucional, propicia uma melhor interação das aplicações práticas de ambos, intimamente ligados pelas questões políticas e sociais que os originaram e definem seus rumos de atuação.

Na medida em que a Corte Constitucional brasileira socorrer-se de experts para análise e solução dos problemas trabalhistas, poderá exercitar seu poder com muito mais legitimidade além de munir-se de maior embasamento científico nas tomadas de decisões.

A humildade e o cuidado para interpretação do Direito em qualquer esfera requer olhos e ouvidos atentos e a mente aberta, limpa e despida de preconceitos ou vaidades, que impeçam a interação entre os ramos das ciências jurídicas e sociais.

Não há solução milagrosa nem fórmula pronta para a efetividade dos direitos sociais e sabedoria em sua aplicação. Somente um estudo sistematizado, com trocas de ideias e experiências nas áreas do Direito Constitucional e do Trabalho é que propiciará resultados ainda mais promissores do que os já atingidos no estágio de nosso Direito.

A alusão às “brincadeiras nos campos do Senhor” repita-se, é apenas para alertar para a grandeza do que se quer tutelar com o exercício da jurisdição, e demonstrar o pluralismo jurídico e cultural que acerca os beneficiários dos direitos em questão.

---

[394] HABERMAS, Jurgen. **Direito e Moral**. Trad. de Sandra Lippert. Lisboa: Instituto Piaget, 1992?. p. 16.

BIBLIOGRAFIA

AFONSO DA SILVA, Virgílio. **DIREITOS FUNDAMENTAIS conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros, 2011.

AKAOUI, Fernando Reverendo Vidal. **Jurisdição Constitucional e a Tutela dos Direitos Metaindividuais**. São Paulo: Verbatium, 2009.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

AMARAL, Júlio Ricardo de Paula. **Eficácia dos direitos fundamentais nas relações trabalhistas.** São Paulo: LTr. 2007.

ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito**, Teorias da Argumentação Jurídica. Trad. de Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2000.

BARBAGELATA, Héctor-Hugo. Os princípios de Direito do Trabalho de segunda geração. *In*: **Cadernos da AMATRA IV**: ano 3, n. 7, Porto Alegre: HS Editora, abr/jun 2008.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2005.

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2011.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier. 2004.

BOBBIO, Norberto. MATEUCCI, Nicola. PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. Trad. Carmem C. Varriale. 6ª Ed. Brasília, DF: Editora Universidade de Brasília, 1994.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Trad. de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 5 ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1994.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores. 2011.

BRASIL, Lei 7.347/1985. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7347orig.htm>. Acesso em: 13 mai. 2012.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Reclamação n.º 336 / DF. Rel. Min. Celso de Mello, decisão: 19/12/1990. Publicação DJ 15/03/1991. PP – 02644. Ement. Vol. 01612-01, PP-00007. RTJ Vol-00134-03, PP-01033. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 20 abr. 2012.

BRASIL. Código Civil Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 20 jan. 2012.

BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 15 fev 2012.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição:** República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 22 abr 2012.

BRASIL. **Convenção Relativa à Liberdade Sindical e à Proteção do Direito de Sindicalização: Convenção nº 87/OIT.** Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/conv_oit_87_dir_sindical.htm>. Acesso: 15 fev. 2012.

BRASIL. Lei 8.039/90. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1989_1994/L8039.htm>. Acesso em:
BERNARDES, Juliano Taveira. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão. *In:*

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Ações Constitucionais**. 5 ed. Salvador: Jus Podivm, 2011.
BRASIL. Lei 8.078/1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm. Acesso: 16 jan. 2012.

BRASIL. Lei n. 605/49. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L0605.htm>. Acesso em 11 jan. 2012.

BRASIL. Lei n° 9507/1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9507.htm>

BRASIL. Lei nº 4717/65. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4717.htm>. Acesso em: 12 mai. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 1.442, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 3-11-2004, Plenário, DJ de 29-4-2005. No mesmo sentido: ADI 1.458-MC, Rel.

Min. Celso de Mello, julgamento em 23-5-1996, Plenário, DJ de 20-9-1996. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 15 jun. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4568/DF RELATORA: Ministra Cármen Lúcia. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 15 jun. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação e Proteção da Ordem Constitucional. Reclamação n. 5470PA. Relator: Gilmar Ferreira Mendes, Brasília, 29 fev. 2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo496.htm#transcricao1>. Acesso em: 20 abr. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Representação n.º 946/DF – Ac. TP 12-5-77. Rel. Min. Xavier de Albuquerque. Revista LTr 41/1033. São Paulo: LTr 1977 p. 1036.
BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmulas do Tribunal Superior do Trabalho. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html>. Acesso em: 20 jan. 2012.

BUENO, Cassio Scarpinella. Habeas Data. *In:* DIDIER JUNIOR, Fredie. **Ações Constitucionais**. 5 ed. Salvador: Jus Podivm, 2011.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. V. I. Sergio Fabris Editores: Porto Alegre, 2003.

CANOTILHO, J.J. Gomes. ***Direito constitucional e teoria da constituição***. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CESARINO JÚNIOR, Antonio Francisco; CARDONE, Marly A. **Direito Social**. 2. Ed. São Paulo: LTr, 1993, vol I.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

COHN, Amélia. “A questão social no Brasil: a difícil construção da cidadania”. *In:* MOTA, Carlos Guilherme (org.). ***Viagem incompleta*: a experiência brasileira (1500-2000): A grande transação**. São Paulo: Senac São Paulo, 2000, pp. 389. Disponível em: <http://pt.scribd.com/doc/6650935/COHN-Amelia-a-Questao-Social-No-Brasil>. Acesso em: 09 jun. 2012.

COSTA, Gilberto. Salário mínimo de R$ 622 acumula ganho real de 66% desde 2002, calcula Dieese. Matéria publicada na Agência Brasil 1º-01-2012. Pesquisado em http://agenciabrasil.ebc.com.br/noticia/2012-01-01/salario-minimo-de-r-622-acumula-ganho-real-de-66-desde-2002-calcula-dieese acesso em 20-04-2012

COUTINHO, Aldacy Rachid. **Efetividade do Direito do Trabalho – uma mirada no 'homem sem gravidade'**. Disponível em: <http://www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev_75/Aldacy_Coutinho.pdf>. Acesso em: 16 jan. 2012.

CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Controle das omissões do Poder Público em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 553.

DELGADO, Maurício Godinho. **Capitalismo, trabalho e emprego. Entre o paradigma da destruição e os caminhos de reconstrução.** São Paulo: LTr, 2006.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 8. ed. São Paulo: LTr, 2009.

Dicionário de Direitos Humanos da ESMPU: Estatuto da Criança e do Adolescente. ***Escola Superior do Ministério Público da União***. Disponível em: <http://www.esmpu.gov.br/dicionario/tiki-index.php?page=Estatuto%20da%20Crian%C3%A7a%20e%20do%20Adolescente>. Acesso em: 26 out 2009.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Curso de direito processual civil.** vol 3. 3ª ed. Salvador: JusPodium, 2007, p. 384-385.

DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Aspectos processuais da ADIN (Ação Direta de Inconstitucionalidade) e da ADC (Ação Declaratória de Constitucionalidade). *In:* DIDIER JUNIOR, Fredie. **Ações Constitucionais**. 5 ed. Salvador: Jus Podivm, 2011.

DINIZ, Luiz Antônio Garcia. CLICK CIÊNCIA. Disponível em: <http://www.clickciencia.ufscar.br/portal/edicao25/resenha2_detalhe.php>. Acesso em: 22 abr 2011.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FERRAJOLI, Luigi. **Por uma Teoria dos Direitos e dos Bens Fundamentais**. Trad. de Alexandre Salim, Alfredo Copetti Neto, Daniela Cademartori, Hermes Zaneti Junior, Sergio Cademartori. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

FERRARI, Márcio. Brincando nos campos do senhor (1992). **UOL**, 26 fev. 2010. Disponível em: <http://cinema.uol.com.br/resenha/brincando-nos-campos-do-senhor-1992.jhtm>. Acesso em: 22 abr 2011.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

FLORES, Joaquin Herrera. **(Re)invenção dos Direitos Humanos**. Trad. de Carlos Roberto Diogo Garcia, Antonio Henrique Graciano Suxberger, Jefferson Aparecido Dias. Florianópolis: Editora Fundação Boiteux, 2009.

FLORES, Joaquin Herrera. **(Re)invenção dos Direitos Humanos**. Trad. de Carlos Roberto Diogo Garcia, Antonio Henrique Graciano Suxberger, Jefferson Aparecido Dias. Florianópolis: Editora Fundação Boiteux, 2009.

FLORES, Joaquin Herrera. **Teoria Crítica dos Direitos Humanos**, Os Direitos Humanos como Produtos Culturais. Trad. e rev. De Luciana Caplan, Carlos Roberto Diogo Garcia, Antonio Henrique Graciano Suxberger, Jefferson Aparecido Dias. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009.

GALLARDO, Helio. **Teoria Crítica: Matriz y Possibilidad de Derechos Humanos**. Murcia: Gráficas F. Gomez, (2010?). p. 9. Tradução livre de "*la* distancia*, cuando no abismo, o sea* ruptura, *entre lo que* se dice *y* se hace *em el campo de derechos humanos*".

GOÉS, Gisele Santos Fernandes. Reclamação Constitucional – Crise da sua função? *In:* DIDIER JUNIOR, Fredie. **Ações Constitucionais**. 5 ed. Salvador: Jus Podivm, 2011.

GOMES, Eduardo Biacchi. **União Européia e multiculturalismo. O diálogo entre a democracia e os direitos fundamentais**. Curitiba: Juruá. 2008.

HART, Herbert Lionel Adolphus. **O Conceito de Direito**. Trad. de Antônio de Oliveira Sette-Câmara, São Paulo: WMFmartinsfontes, 2009.

IHERING, Rudolf Von. **A luta pelo direito**. Trad. de João Vasconcelos. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1991.

KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. Introdução e revisão técnica Sérgio Sérvulo da Cunha. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. de João Baptista Machado, São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LARA PONTE, Rodolfo. **Los derechos humanos en el constitucionalismo mexicano**. p. 41. Disponível em: <http://www.bibliojuridica.org/libros/libros/1/161/4.pdf>. Acesso: 25/04/2010.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Trad. de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito Processual do Trabalho.** 8ª ed. São Paulo: LTr, 2010.

MAGANO, Octavio Bueno. **Manual de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr Editora. Vol. I.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. **Convenção 158 da OIT**. Dispositivo que veda a dispensa arbitrária é auto-aplicável. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 475, 25 out. 2004. Disponível em: http://jus.com.br/revista/texto/5820/convencao-158-da-oit acesso em 29-06-2012.

MARINONI, Luiz Guilherme. **O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais**. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15441-15442-1-PB.pdf>. Acesso em: 19 jan. 2012.

MAZZEI, Rodrigo. Mandado de Injunção. *In:* DIDIER JUNIOR, Fredie. **Ações Constitucionais**. 5 ed. Salvador: Jus Podivm, 2011.
MAZZILLI, Hugo Nigro. **A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo**. 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.99-100.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **Aspectos polêmicos da Ação civil pública**, 2005, p. 03. Disponível em: <http://www.mazzilli.com.br/pages/artigos/aspectosacp.pdf>. Acesso: 15-05-2012.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de Segurança**. 30 ed. Malheiros. São Paulo, 2007, p. 25-26.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Eficácia das Normas Constitucionais e Direitos Sociais. São Paulo: Malheiros. 2011.

MELMAN. Charles. **O homem sem gravidade: gozar a qualquer preço**. Charles Melman: entrevistas por Jean-Pierre Lebrun. Trad. Sandra Regina Filgueiras. Rio de Janeiro: Companhia de Freud. 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Bonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MORAIS, José Luis Bolzan de. A atualidade dos direitos sociais e a sua realização estatal em um contexto complexo e em transformação. *In:* STRECK, Lenio Luis *et al* (organizador). **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

MORATO, Leonardo Lins. A reclamação prevista na Constituição Federal. In: Nelson Nery Junior (Coord.). **Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. pág. 30.

MOUFFE, Chantal. **Can human rights accomodate pluralism?** Centre for the Study of Democracy - University of Westminster. Londres, 2010.

MUSSI, Waldemar. Manicômio trabalhista. **O Estado de São Paulo**, 16 jan. 2010. Disponível em: <http://www.cofecon.org.br/index.php?option=com_docman&task=doc_view&gid=898>. Acesso em: 17 jan. 2012.

NAHAS, Thereza Christina (coordenação). **Princípios de direito e processo do trabalho**: questões atuais. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao Direito do Trabalho**. 34. ed. São Paulo: LTr, 2009.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Ações Constitucionais**. São Paulo: Método, 2011.

NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **A cidadania social na Constituição de 1988 – estratégias de positivação e exigibilidade social dos direitos sociais.** São Paulo:
Editora Verbatim, 2009.

ONU mantém proibição francesa a "lançamento de anões". UOL. Disponível em: <http://noticias.uol.com.br/inter/reuters/2002/09/27/ult27u26540.jhtm> Acesso em: 26 jun 2012.

PACHECO, José da Silva. **O mandado de segurança e outras ações constitucionais típicas**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002, p.618-623.

PASTORE, José. **Atritos entre a Lei e a Realidade no Campo Trabalhista**. Disponível em: <http://www.josepastore.com.br/artigos/rt/rt_142.htm>. Acesso em 18-01-2012

PEREIRA, Rafael Rodrigues. **O conatus de Spinoza: auto-conservação ou liberdade.** Disponível em: <http://www.fflch.usp.br/df/espinosanos/ARTIGOS/numero%2019/rafael19.pdf>. Acesso em 20-01-2012.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. **Direito Administrativo**. 14ª Ed. Atlas. São Paulo. 2002. p. 655.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional.** 11ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva. 2010.

PRADO, Ney. **Razões das virtudes e vícios da Constituição de 1988**. Subsídios à revisão Constitucional. São Paulo: Instituto Liberal – Editora Inconfidentes. 1994.

PRONER, Carol. Reinventando lós derechos humanos: el legado de Joaquín Herrera Flores. *In:* PRONER, Carol; CORREAS, Oscar [Coord]. **Teoria critica dos direito humanos: *in memoriam* Joaquín Herrera Flores**. Belo Horizonte: Fórum. 2011.

RAMALHO, Maria do Rosário, *apud* NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao Direito do Trabalho**. 34. ed. São Paulo: LTr, 2009.

RAMOS, Elival Silva. **ATIVISMO JUDICIAL parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva. 201.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 24 ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

REVISTA LTR. Edição 41/1033. São Paulo: LTr 1977 p. 1033.

RODRIGUES, Geisa de Assis. Ação Popular. *In:* DIDIER JUNIOR, Fredie. **Ações Constitucionais**. 5 ed. Salvador: Jus Podivm, 2011.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. Ação Civil Pública. *In:* DIDIER JUNIOR, Fredie. **Ações Constitucionais**. 5 ed. Salvador: Jus Podivm, 2011.

RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de Direito do Trabalho**. Tradução de Wagner D. Giglio. São Paulo: LTr; Ed.da Universidade de São Paulo, 1978.

ROSA, Alexandre Morais da; LINHARES, José Manuel Aroso. **Diálogos com a *Law and Economics***. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

RUSSOMANO, Mozart Victor. **A ressurreição da tese de inconstitucionalidade do prejulgado trabalhista na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Revista LTr 41/1015. São Paulo: LTr. 1977, p. 1015/1021.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

SCHMITT, Carl. **O guardião da constituição**. Trad. de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SILVA, José Afonso de. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 16ª ed. São Paulo:

Malheiros, 1999.

SODRÉ, Eduardo. Mandado de Segurança Individual. *In:* DIDIER JUNIOR, Fredie. **Ações Constitucionais**. 5 ed. Salvador: Jus Podivm, 2011.

SOUSA SANTOS, Boaventura de. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. *In*: SOUSA SANTOS, Boaventura de (Org). **Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo cultural**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.
STF

SÜSSEKIND, Arnaldo. MARANHÃO, Délio. VIANNA, Segadas. TEIXEIRA, Lima. **Instituições de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr Editora. 1996. Vol. I.

INTRODUÇÃO

1.1 “BRINCANDO NOS CAMPOS DO SENHOR”

A questão social é um problema integral e atual. Foi primeiramente constatada no século XIX, em decorrência das desigualdades sociais da classe operária, o que levou o governo a implementar políticas sociais para atenuar os efeitos nefastos que a busca pelo capital da burguesia causava à classe trabalhadora. Todavia, com o passar dos anos, tais implementações não lograram resolver o problema de forma definitiva, sendo a solução de questões sociais de extrema importância e prioridade para o alcance de uma sociedade menos desigual.

Amélia COHN afirma que:

> “(...) a questão social no Brasil, a estar desde sua origem marcada pelo crivo do vínculo do indivíduo ao mercado de trabalho, e portanto não surgindo com o traço fundamental da cidadania que é a sua universalidade trouxe consigo certos aspectos que se revelam ainda hoje determinantes do caráter perverso de nossas políticas sociais.” [1]

A socióloga complementa ainda que qualquer proposta ou tentativa de atenuação dos efeitos da questão social respeita religiosamente uma regra de ouro: “o não onerar os cofres públicos”.[2]

Em ligação com a matéria juslaboralista, na questão social ressaltam-se os aspectos do “desemprego” e das “condições mínimas de trabalho”, para análise dos rumos do direito na regulamentação das complicadas relações entre o capital e trabalho.

A atuação do direito na tentativa de amenizar os efeitos da questão social processa-se entre as vertentes da intervenção estatal no atendimento e garantia das condições mínimas de trabalho, e as restrições quanto aos custos de mão de obra impostas pelas leis de mercado.

Para este trabalho interessam diretamente a intervenção estatal por intermédio

---

[1] COHN, Amélia. “A questão social no Brasil: a difícil construção da cidadania”. *In:* MOTA, Carlos Guilherme (org.). ***Viagem incompleta*: a experiência brasileira (1500-2000): A grande transação**. São Paulo: Senac São Paulo, 2000, pp. 389. Disponível em: <http://pt.scribd.com/doc/6650935/COHN-Amelia-a-Questao-Social-No-Brasil>. Acesso em: 09 jun. 2012.

[2] *Id*.

da jurisprudência e os efeitos sociais delas decorrentes.

A intervenção estatal na questão social decorre de uma série de fatores que variam conforme a época, local, cultura, dentre outros, principalmente econômicos, que atuam ora tornando o Estado intervencionista, ora liberal, sem uma ordem pré-estabelecida, e que lembram experiências sociais como a de “Brincando nos campos do Senhor”, filme de produção norte-americana de 1992 dirigido por Hector BABENCO, cujo título original é *At play in the fields of the Lord* e fala do choque de culturas[3].

A questão ideológica de tal filme é envolvida pela matriz ocidental do pensamento único e a “verdade universal” imposta que causa destruição de culturas, leva a genocídios ocasionados pela contaminação biológica, e possibilita exploração de riquezas de propriedades alheias[4].

Guardadas as devidas proporções e deixando de lado as paixões e produção “hollywoodianas”, quando o estado interfere colocando marcos regulatórios nas relações sociais, principalmente entre capital e trabalho, os efeitos são sentidos em doses que variam entre a quase omissão e o excesso de regramentos, ora impondo condutas omissivas, ora por condutas comissivas, ou até impondo ações afirmativas, cujos resultados são os mais variados, e envolvem conflitos de toda natureza, em situação comparável às “brincadeiras nos campos do Senhor” a que alude o filme em apreço.

Neste trabalho serão analisadas as relações entre os ramos do Direito que atuam centralmente na questão social entre capital e trabalho: o Direito do Trabalho e o Direito Constitucional; para que depois seja feita uma abordagem dos direitos sociais do trabalho; análise dos métodos de controle de constitucionalidade de atos normativos; e, por fim, uma breve retrospectiva sobre as atuações contemporâneas do Supremo Tribunal Federal no exercício do controle de constitucionalidade na seara trabalhista.

A utilização do termo “brincando”, longe de ser brincadeira ou deboche, apenas ilustra a complexidade das relações envolvidas, e em momento algum visa ser desmerecedora à Corte Constitucional Brasileira. Apenas procura incitar a reflexão de

---

[3] FERRARI, Márcio. Brincando nos campos do senhor (1992). **UOL**, 26 fev. 2010. Disponível em: <http://cinema.uol.com.br/resenha/brincando-nos-campos-do-senhor-1992.jhtm>. Acesso em: 22 abr 2011.

[4] DINIZ, Luiz Antônio Garcia. **CLICK CIÊNCIA**. Disponível em: <http://www.clickciencia.ufscar.br/portal/edicao25/resenha2_detalhe.php>. Acesso em: 22 abr 2011.

modo um tanto provocativo e releva a importância das questões de alta indagação jurídica envolvidas.

1.2 DIÁLOGOS ENTRE O DIREITO DO TRABALHO E O DIREITO CONSTITUCIONAL

Os ramos das ciências jurídicas e sociais são interligados pela busca do Direito, independentemente da perplexidade que o próprio termo causa. As discussões sobre o significado do termo "direito" são objeto de debates históricos e até de extensas obras, exemplificando-se com "O conceito de Direito" de HART[5], ou a "Teoria Pura" de KELSEN[6], ou de suas "Razões" elencadas por ATIENZA[7].

Discussões conceituais e filosóficas à parte, o "Direito" tem subdivisões criadas para fins de sistematizar seu estudo e delimitar seu alcance.

Para tal sistematização podem-se adotar diversas formas de divisão e organização.

LARENZ, por exemplo, alerta que "Do Direito ocupa-se hoje uma série de disciplinas diferentes: a filosofia do Direito, a teoria do Direito, a sociologia do Direito, a história do Direito e a Jurisprudência (<<dogmática jurídica>>), para referir somente as mais importantes"[8] e, a partir delas, organizar a "metodologia da ciência do direito".

Ante a influência "romano-germânica" que historicamente foi o esteio do nosso direito, a divisão e organização que parece mais popular e aceita, inclusive sobre a qual se funda a maioria dos cursos jurídicos no Brasil, é a clássica divisão em dois grandes ramos: "Direito Público e Direito Privado", segundo o critério da "*utilidade* pública ou particular" da relação[9].

MIGUEL REALE, que também se debruçou sobre a questão do significado do termo "Direito", desenvolvendo, inclusive, a chamada "teoria tridimensional" (*fato, valor,*

---

[5] HART, Herbert Lionel Adolphus. **O Conceito de Direito**. Trad. de Antônio de Oliveira Sette-Câmara, São Paulo: WMFmartinsfontes, 2009.
[6] KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. de João Baptista Machado, São Paulo: Martins Fontes, 1998.
[7] ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito**, Teorias da Argumentação Jurídica. Trad. de Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2000.
[8] LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Trad. de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009, p. 261.
[9] REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 24 ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 341.

e norma)[10], prestigiou tal divisão, alertando sobre as críticas de KELSEN e RADBRUCH e, complementando a teoria romana, insistiu que essa divisão deve levar em conta não somente o elemento "interesse da coletividade e particulares", mas também "a forma", distinguindo-a em "relação de coordenação e de subordinação"[11].

Partindo da divisão clássica, REALE incluiu no Direito Público: o Direito Constitucional; o Direito Administrativo; o Direito Processual; o Direito Penal; o Direito do Trabalho; o Direito Internacional Privado; e, o Direito Financeiro e Tributário[12].

O mesmo autor reservou para o Direito Privado apenas: o Direito Civil; o Direito Comercial, alertando sobre suas subdivisões (Direito Agrário, Direito Cooperativo, Direito Marítimo), e propondo a unificação do Direito Privado[13] que inclusive ganhou grande vulto no Código Civil Brasileiro de 2002, do qual REALE é um dos autores do anteprojeto respectivo.

Feita esta divisão científica, a extensão e a complexidade de matéria de cada um desses ramos do direito, pode, em algum momento, causar a falsa impressão de que são estanques, autônomos, mas a interdependência entre eles é característica indelével, sempre unidos por um objetivo maior, a "busca do Direito" e com diversos pontos de interseção.

Por ser a Constituição a "Lei das Leis, Lei Máxima, à qual todas as demais se subordinam e na qual todas se fundam"[14], constituindo base no ordenamento jurídico nacional, a disciplina jurídica que a estuda relaciona todos os ramos do Direito, com maior ou menor ênfase.

Este relacionamento entre o Direito Constitucional e os demais ramos do Direito acentua-se na moderna concepção de Constitucionalismo, que de Liberal, com ênfase nos aspectos de organização do Estado e proteção de Direitos de Liberdade, cedeu espaço para o Constitucionalismo Social, ligado à promoção da igualdade material, com ampliação das tarefas do Estado no campo econômico[15].

---

[10] REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 509.
[11] REALE. **Lições**, *op. cit.,* p. 342-343.
[12] *Ibidem*, p. 341-358.
[13] *Ibidem*, p. 365.
[14] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Eficácia das Normas Constitucionais e Direitos Sociais. São Paulo: Malheiros. 2011. p 12.
[15] BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 107.

É justamente este aspecto social que será abordado neste estudo, plasmado na ligação entre o Direito do Trabalho e o Direito Constitucional, seus pontos de interseção e contato, e a forma como se exterioriza o controle entre eles, em especial por intermédio da jurisdição constitucional.

1.3 COINCIDÊNCIAS ENTRE O DIREITO DO TRABALHO E O DIREITO CONSTITUCIONAL

Apesar das aparentes antinomias e diferenciações entre o Direito do Trabalho e o Direito Constitucional, podem ser percebidas identidades e afinidades que justificam a aproximação dos estudos respectivos.

Justificando que as normas constitucionais não são as últimas além das que se pode ir, BOBBIO ensina que "o poder constituinte é o poder último,..., supremo, originário, num ordenamento jurídico", que por sua vez pressupõe uma norma que o autoriza a produzir normas jurídicas, concluindo que "*essa norma é a norma fundamental*" ao mesmo tempo atributiva e imperativa, arrematando que "A coletividade é obrigada a obedecer às normas estabelecidas pelo poder constituinte"[16].

Um Direito que estuda normas atributivas e imperativas, naturalmente sobrepõe-se aos demais, colocando-se numa posição de destaque e primazia.

Sem menosprezo de tal proeminência, e da inclusão do Direito do Trabalho no Direito Constitucional, suas afinidades e coincidências impõem a necessidade de constante interlocução para mútua compreensão e assimilação, sem disputas, sem dissidências, e sem a pretensão de primazia.

O diálogo entre os tais ramos do direito é imprescindível. IHERING proclamava que "Sem luta não há direito..."[17], o que certamente não pode implicar numa "luta entre os direitos". A luta é "pelo" direito e não "dentro" dele.

Num rápido olhar sobre a história verificam-se identidades entre os Direitos:

- 1919 – Ano da "criação da Organização Internacional do Trabalho, conforme

[16] BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Trad. de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 5 ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1994, p. 58-59.
[17] IHERING, Rudolf Von. **A luta pelo direito**. Trad. de João Vasconcelos. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1991, p. 87.

previsão da parte XIII do Tratado de Versailhes"[18] e publicação da Constituição de Weimar[19]. Coincidência?

- Início do Século XX – Publicação de diversas constituições com conteúdo mais amplo e com o seu reconhecimento como leis fundamentais ("...Constitucionalismo Social, de regra identificado com as Constituições Mexicana de 1917 e de Weimar de 1919..."[20]) – intervenção do Estado para pacificação das questões sociais e regulamentação trabalhista, com o apoio da Igreja Católica por intermédio da encíclica *Rerum Novarum* e o *New Deal* nos Estados Unidos após a crise econômica de 1929.[21] Coincidência?

Não é à toa que o desenvolvimento do Direito Constitucional e do Direito do Trabalho são contemporâneos. Ambos decorrem de um aperfeiçoamento de um modelo de Estado com governo democrático mediante divisão de poderes para limitá-los, florescimento da democracia com reconhecimento da soberania popular e necessidade de proteção e garantia dos direitos sociais, entre eles os direitos decorrentes do trabalho subordinado.

Percebem-se no Direito Constitucional e no Direito do Trabalho idênticos genes que, quando fecundados, simplesmente germinaram e desenvolveram-se no mesmo ambiente, com finalidades coincidentes, porém, com ênfases diferenciadas.

O Direito Constitucional, voltado para as formas de governo, e o Direito do Trabalho, para a asseguração de patamares razoáveis nas relações sociais.

Pode-se concluir que o Direito Constitucional e o Direito do Trabalho são certamente da mesma família, como irmãos, e com finalidades igualmente nobres.

Novamente consultando IHERING, verifica-se que seus exemplos de luta pelo Direito normalmente são voltados para questões trabalhistas-sociais: "Sem luta não há direito, como sem trabalho não há propriedade. À máxima: *ganharás o teu pão com o suor do teu rosto*, corresponde com tanta mais verdade estoutra.: *só na luta*

---

[18] MAGANO, Octavio Bueno. **Manual de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr Editora. Vol. I, p. 20.
[19] BARROSO, *op. cit.,* p. 56.
[20] MORAIS, José Luis Bolzan de. A atualidade dos direitos sociais e a sua realização estatal em um contexto complexo e em transformação. *In:* STRECK, Lenio Luis *et al* (organizador). **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 101-119.
[21] MAGANO, *op. cit.,* p. 20-21.

encontrarás o teu direito."[22] Destarte, a proeminência das questões sociais acentua a necessidade de constitucionalização e consagração dos direitos respectivos como fundamentais.

Entre os juslaboralistas há diversos autores que desenvolvem estudos acerca de tal relação.

Ao tratar das relações do Direito do Trabalho com o Direito Constitucional, Maurício Godinho DELGADO tece as seguintes considerações:

> O Direito Constitucional é campo decisivo no processo de inserção justrabalhista no universo geral do Direito. Em seguida ao deflagrar na tendência de constitucionalização do ramo juslaborativo, com as Cartas Máximas de 1917, no México, e 1919, na Alemanha (no Brasil, a tendência iniciou-se com a Carta de 1934), as relações entre as duas áreas acentuaram-se, significativamente.
> Após a Segunda Guerra Mundial, superadas, na Europa, as experiências traumáticas e constrangedoras do fascismo e nazismo, as novas Constituições promulgadas em importantes países europeus conferiram novo *status* ao processo de constitucionalização justrabalhista. É que passaram a inserir nos Textos Magnos não só direitos laborativos, mas principalmente princípios jurídicos, vários deles associados à mesma perspectiva de construção e desenvolvimento do Direito do Trabalho: trata-se, ilustrativamente, dos princípios da dignidade da pessoa humana, da valorização sociojurídica do trabalho, da subordinação da propriedade privada à sua função social, da justiça social como facho orientador das ações estatais e da sociedade civil etc. Nesta linha, as Constituições da França (1946), Itália (1947), Alemanha (1949); posteriormente, as Cartas Magnas de Portugal (1976) e Espanha (1978).
> No Brasil, a mesma tendência de constitucionalização verificou-se: começada em 1934, foi mantida em todas as Constituições posteriores, mesmo as de natureza autocrática (1937, 1967, 1969). Entretanto, tal tendência adquiriu novo *status* apenas com a Carta Magna de 1988. É que esta, em inúmeros de seus preceitos e, até mesmo, na disposição topográfica de sua normas (que se iniciam pela pessoa humana, em vez de pelo Estado), firmou princípios basilares para a ordem jurídica, o Estado e a sociedade – grande parte desses princípios elevando ao ápice o trabalho, tal como a matriz do pós-guerra europeu.[23]

E após tais ensinamentos, DELGADO arremata ressaltando a utilização conjunta dos Direitos: "Neste período de crise e transição da área juslaborativa, o reporte permanente à Constituição e aos princípios basilares do Direito Constitucional, ao lado dos essenciais do ramo justrabalhista, é veio condutor fundamental para o estudioso e operador do Direito do Trabalho"[24].

Ante a similaridade e contemporaneidade verifica-se muita afinidade entre o Direito do Trabalho e o Direito Constitucional.

São decepcionantes os ecos nos corredores forenses, ou da Academia, de

---

[22] IHERING, *op. cit.,* p. 87.
[23] DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 8. ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 71-72.
[24] *Ibidem*, p. 72.

juslaboralistas que alegam serem néscios em Direito Constitucional ou constitucionalistas que dizem “nada entender” de Direito do Trabalho.

Com o atual desenvolvimento das relações estatais e sociais, os Direitos Constitucional e do Trabalho estão umbilicalmente ligados, dependendo reciprocamente de combinação entre eles para correta aplicação em qualquer esfera.

Um juslaboralista, em especial o aplicador prático do Direito do Trabalho, como um juiz do Trabalho, não pode se dar ao luxo de não entender de Direito Constitucional. Já um constitucionalista, ao lidar com aplicação de Direitos Fundamentais, poderá fazê-lo com mais propriedade se tiver boas noções de Direito do Trabalho.

No campo processual, isto é mais acentuado, pois as lides trabalhistas preenchem grande parte das discussões na esfera constitucional, obrigando os juízes a pronunciarem-se sobre tais questões, seja na esfera do controle concentrado de constitucionalidade, como do controle difuso.

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal – cuja competência precípua é a “guarda da Constituição”[25], debruça-se constantemente sobre questões que envolvem relações de trabalho, seja no controle abstrato de leis, seja no controle individualizado de casos, e até na criação do Direito pela via injuntiva.

Já os juízes e tribunais trabalhistas têm de entender e respeitar os efeitos das decisões vinculantes emanadas da Corte Constitucional, pois em seu cotidiano ocupam-se das questões de controle difuso de constitucionalidade dos atos normativos e sua aplicação prática.

É importante destacar, ainda, que ao fiscalizar constitucionalidade das leis, o Poder Judiciário decide exercendo atos que decorrem de suas atribuições constitucionais, ou seja, que vertem do poder único e legítimo do povo.

Quando atua desta maneira, o Poder Judiciário exerce e participa como legítimo poder da União (art. 2º, da Constituição Federal) do governo do Estado, sendo sua decisão manifestação política expressa, com toda a força e o alcance decorrentes.

É nesse sentido que os poderes da União são independentes, mas harmônicos

[25]“Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: (...)”BRASIL. Constituição (1988). **Constituição:** República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 22 abr 2012.

entre si, porque cada um tem condição e possibilidade de atuar no governo com as ferramentas que a própria Constituição lhes disponibiliza. É nesse sentido que o Poder Judiciário deve atentar às consequências de suas decisões, pois sua influência tem força, importância e repercussão muito significativas.

O fenômeno das “estreitas relações” entre o Direito Constitucional e o Direito do Trabalho conduz ao advento de outra disciplina: o Direito Constitucional do Trabalho, que foi observado por diversos autores, destacando-se os ensinamentos de Paulo BONAVIDES[26], e que gera respeitável bibliografia, com extenso conteúdo doutrinário[27].

Coincidências e dissidências à parte, fica evidente a constante necessidade de diálogo entre o Direito Constitucional e o Direito do Trabalho.

No presente ensaio, visa-se a análise não de todas as questões relacionadas à aplicação conjunta do Direito Constitucional e do Direito do Trabalho, mas sim do exercício da jurisdição normativa, utilizada no controle de constitucionalidade de atos que envolvam as relações de trabalho, com o estudo de casos pontuais e práticos, e que tornam a atuação dos Poderes Públicos comparáveis às “brincadeiras nos campos do Senhor”.

[26] BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores. 2011. p. 46.
[27] Pode ser mencionada como exemplo, entre outras, a obra Curso de Direito Constitucional do Trabalho: Estudos em homenagem ao professor AMAURI MASCARO NASCIMENTO, da lavra de Arion Sayon Romita, pela editora LTr, em 1991.

CAPÍTULO I – PARTICULARISMOS DO DIREITO DO TRABALHO

2.1 PARTICULARISMOS DO DIREITO DO TRABALHO

Ante sua finalidade social e sua forma de desenvolvimento, o Direito do Trabalho apresenta particularismos, que lhe conferem autonomia em relação às demais disciplinas jurídicas. Tais particularismos decorrem de sua natureza, da natureza da relação de trabalho que ele regulamenta e, essencialmente, dos princípios que o norteiam, dentre os quais se destacam: 1) Princípio Protetor; 2) Princípio da Irrenunciabilidade; 3) Princípio da Primazia da Realidade.

A análise de tais particularismos faz-se útil para estabelecer as peculiaridades do Direito do Trabalho frente aos demais ramos do Direito, para, depois, conectá-lo aos direitos fundamentais e demonstrar que o exercício da jurisdição constitucional tem grande aplicação na seara trabalhista, sendo norteador de sua construção.

2.2 OBJETO DO DIREITO DO TRABALHO

A definição do Direito do Trabalho proposta por MAGANO: “o conjunto de princípios, normas e instituições, aplicáveis à relação de trabalho e situações equiparáveis, tendo em vista a melhoria da condição social do trabalhador, através de medidas protetoras e da modificação das estruturas sociais”[28], denota a amplitude de sua fontes, de seu campo de atuação, e o fim para o qual convergem suas normas e instituições.

Tal definição é ampla, porque abrange não só as relações de trabalho, em especial o trabalho subordinado, mas também as situações a ele equiparáveis.

Também chama a atenção o caráter isonômico do Direito do Trabalho, pelas suas medidas compensatórias (protetoras) de caráter social[29].

Explicando a abrangência da área “jurídico-trabalhista”, DELGADO propõe uma acepção “lata” do Direito do Trabalho congregando os seguintes ramos jurídicos: a)

[28] MAGANO, *op. cit.*, p. 59.
[29] Vide explicação no tópico “Princípio da Proteção (Compensação)”.

Direito Material do Trabalho (Direito Individual e Coletivo); b) Direito Internacional do Trabalho; c) Direito Público do Trabalho (Direito Processual, Direito Administrativo, Direito Previdenciário e Acidentário, e Direito Penal).[30]

A conclusão é de que o objeto do Direito do Trabalho é amplo e, atualmente vai muito além do trabalho subordinado, que por sua vez também recebeu novas dimensões e tem suas finalidades diretamente voltadas para a área social.

2.3 NATUREZA DO DIREITO DO TRABALHO

Questão polêmica e cuja discussão é constantemente suscitada é da natureza do Direito do Trabalho e seu enquadramento como ramo do Direito Público ou do Privado.

REALE sustentava a sua natureza pública dada a disciplina das relações de trabalho e da previdência social pelo Estado, justificando que em tal mister interfere na qualidade fundamental de *poder soberano*, estabelecendo equilíbrio entre as partes, com vínculos de *subordinação*, e não de *coordenação*, invocando as regras do Estado e das Convenções Coletivas de Trabalho elaboradas pelos Sindicatos que implica na predominância das normas de ordem pública.[31]

Já a doutrina juslaboralista divide-se, e uma primeira corrente consagra o Direito do Trabalho como "terceiro gênero do mundo jurídico". É o caso de SÜSSEKIND[32] que se alia a CESARINO JÚNIOR, Evaristo de MORAES FILHO, Egon GOTTSCHALK, entre outros, constituindo-se no "Direito Social", num "Direito Unitário" ou num "direito misto", como defende MAGANO[33], nem público nem privado, portanto.

Uma outra corrente, que se afigura mais atual, enquadra-o como ramo do Direito Privado, sustentando que apesar da prevalência das normas de ordem pública que o regem, há espaço para atuação da autonomia da vontade – escólio de

---

[30] DELGADO. **Curso**, *op. cit.*, p. 59-60
[31] REALE. **Lições**, *op. cit.*, p. 352-354.
[32] SÜSSEKIND, Arnaldo. MARANHÃO, Délio. VIANNA, Segadas. TEIXEIRA, Lima. Instituições de Direito do Trabalho. São Paulo: LTr Editora. 1996. Vol. I. p. 119-120.
[33] MAGANO, *op. cit.*, p. 78.

NASCIMENTO[34], a quem se alinha Mauricio Godinho DELGADO[35], entre outros.

Tal discussão é importante na medida em que ressalta as finalidades sociais, a grande quantidade de normas de ordem pública e os fins econômicos do Direito do Trabalho, salientando sua peculiaridade ante os demais ramos do Direito.

2.4 NATUREZA DA RELAÇÃO DE TRABALHO

O debate neste ponto foca-se no contratualismo da relação de emprego.

A matéria é extensa, objeto de acirrados debates doutrinários, e adota-se a opinião de Amauri Mascaro NASCIMENTO, que bem sintetiza o assunto pontuando as três teorias existentes.[36]

Há uma "teoria subjetivista" (contratualista) que sustenta a natureza contratual da relação de emprego, ante a manifestação de vontade do trabalhador que adere às condições propostas pelo empregador, sem maiores negociações.

Já a "teoria objetivista" (anticontratualista) nega a existência de acordo de vontades, e o trabalhador apenas "engaja-se" na empresa.

Uma terceira corrente é a do "ato condição", segundo a qual, uma vez formado o vínculo entre trabalhador e empregador, seus efeitos são automaticamente produzidos.

Após um acordo teórico entre as correntes contratualistas e anticontratualistas na época da elaboração da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, resultou a redação do seu artigo 442: "Contrato individual de trabalho é o acordo tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego", objeto de severas críticas da doutrina pela sua falta de técnica.[37]

Mesmo com a polêmica e críticas, foi consagrada na CLT a natureza contratual da relação de emprego, reservando-se nela o espaço para a atuação da autonomia da vontade.

---

[34] NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao Direito do Trabalho**. 34. ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 76.
[35] DELGADO, **Curso**, *op. cit.*, p. 70.
[36] NASCIMENTO, *op. cit.*, p. 237-238.
[37] DELGADO, **Curso**, *op. cit.*, p. 462.

2.5 PRINCÍPIO PROTETOR E COMPENSAÇÃO

Talvez aqui se encontre a maior fonte de mal-entendidos do Direito do Trabalho. Atualmente seria melhor tratá-lo como “princípio de compensação”, para espantar o fantasma da inexistente prevalência de uma classe econômica menos abastada sobre outra detentora do capital, o que por si só já é paradoxal.

São comuns os comentários de que o Direito do Trabalho protege apenas a parte trabalhadora nas relações de trabalho e que os juízes do Trabalho, na sua aplicação, também acabam sendo tendenciosos, ao protegerem a mesma parte[38].

As críticas são ferozes e chega-se a apontar o Direito do Trabalho como um grande gerador de despesas de contratação, causando “atritos entre a lei e a realidade no campo trabalhista”[39].

Tais afirmações só podem decorrer de excessivo apego ao liberalismo econômico e desconhecimento da doutrina trabalhista, e devem ser rechaçadas como se explica a seguir.

No cenário brasileiro o legado de maior influência foi deixado pelo uruguaio Américo PLÁ RODRIGUEZ que escreveu uma obra específica sobre os “Princípios de Direito do Trabalho”[40] e obteve grande difusão e prestígio entre os autores nacionais, que normalmente partem da referência dele para abordarem o assunto e que não serão mencionados individualmente para que não se corra o risco de omissão.

Sob o escólio de Alfredo ROCCO, PLÁ RODRIGUEZ alerta que para que um ramo de ciência tenha autonomia é necessário que preencha três requisitos, a saber: “que possua um domínio suficientemente vasto, que possua doutrinas homogêneas presididas por conceitos gerais comuns, distintos dos de outros ramos do direito, e que possua método próprio”[41], e certamente o Direito do Trabalho os preenche com abundância.

---

[38] MUSSI, Waldemar. Manicômio trabalhista. **O Estado de São Paulo**, 16 jan. 2010. Disponível em: <http://www.cofecon.org.br/index.php?option=com_docman&task=doc_view&gid=898>. Acesso em: 17 jan. 2012.

[39] PASTORE, José. **Atritos entre a Lei e a Realidade no Campo Trabalhista**. Disponível em: <http://www.josepastore.com.br/artigos/rt/rt_142.htm>. Acesso em 18-01-2012

[40] RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de Direito do Trabalho**. Tradução de Wagner D. Giglio. São Paulo: LTr; Ed.da Universidade de São Paulo, 1978.

[41] ROCCO, Alfredo. **Princípios de Derecho Mercantil.** Tradução: Espanhola, Madri, 1931, p. 67, *apud* RODRIGUEZ, *op. cit.*, p. 9.

Partindo de tal premissa, PLÁ RODRIGUEZ fez um levantamento entre os autores da época, notadamente os de origem hispânica e procurou sistematizar os princípios específicos de Direito do Trabalho, assim os enumerando:

> Os princípios que propomos são os seguintes: 1) princípio de proteção que se pode concretizar nestas três idéias; *in dubio, pro operario; regra da aplicação da norma mais favorável; e regra da condição mais benéfica. 2)* princípio da irrenunciabilidade de direitos; 3) princípio da continuidade da relação de emprego; 4) princípio da primazia da realidade; 5) princípio da razoabilidade, e 6) princípio da boa-fé.[42]

Entre tais princípios ganhou realce o chamado "princípio protetor", pois ele enfatizou o caráter protecionista do Direito do Trabalho, deu uma nova ótica à hermenêutica tradicional quebrando os paradigmas da especialidade e da hierarquia na solução do conflito de normas no espaço, e proporcionou uma nova dimensão à duração das normas transformando expectativas de direito do Direito Civil em normas com efeito de direito adquirido na esfera contratual trabalhista - conflito de normas no tempo.

Reforça-se o destaque na importância do princípio protetor na construção da doutrina juslaboralista, dadas a ausência de paradigma nos demais ramos do Direito e as peculiaridades de sua interpretação.

Aliás, o princípio protetor veio aliado ao de hiposuficiência, para justificar o tratamento desigual às partes que celebram um contrato de trabalho, fruto da desigualdade econômica dos contratantes, e que certamente influenciou outros sistemas como a doutrina da "proteção integral da criança e do adolescente"[43], e a

---

[42] RODRIGUEZ, *op. cit.*, p. 24

[43] "Com o advento da previsão sob análise, necessário fez-se a elaboração de legislação infraconstitucional que tornasse efetivos esses direitos, o que ocorreu com a promulgação da Lei 8.069 em 1990, mais conhecida como Estatuto da Criança e do Adolescente, produto de mais uma conquista democrática da nação brasileira. O Estatuto da Criança e do Adolescente é a normatização aplicável a todos aqueles que têm até 18 anos de idade — e em casos excepcionais até os 21 anos — a fim de garantir-lhes todo o indispensável para o seu completo desenvolvimento. Em consonância com a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança de 1989, ratificada pelo Brasil em 21.11.1990 através do Decreto 99.710, o novo regramento passou a adotar o que se denomina doutrina da proteção integral, cujo objetivo é satisfazer e garantir os direitos inerentes à criança e ao adolescente." *In*: Dicionário de Direitos Humanos da ESMPU: Estatuto da Criança e do Adolescente. **Escola Superior do Ministério Público da União**. Disponível em: <http://www.esmpu.gov.br/dicionario/tiki-index.php?page=Estatuto%20da %20Crian%C3%A7a%20e%20do%20Adolescente>. Acesso em: 26 out 2009.

"vulnerabilidade do consumidor" para proteção de seus direitos[44].

Para minimizar a inferioridade econômica do trabalhador, que é o ponto crucial e origem da questão social e do próprio Direito do Trabalho, passaram-se a reconhecer as desigualdades compensatórias.

Durante décadas o Direito do Trabalho no Brasil foi norteado pelo princípio protetor, cuja aplicação é constantemente questionada, já que o excesso de proteção indiretamente pode resultar em discriminação, e até cria o "mito do bom direito".

Aldacy COUTINHO alerta que o Direito do Trabalho não está voltado exclusivamente à proteção do trabalhador, mas também ao próprio capital, ressaltando que os princípios de proteção ao trabalho (indisponibilidade de direitos, primazia da realidade, continuidade) vêm acompanhados dos princípios do capital (livre iniciativa, propriedade privada dos meios de produção e organização econômica capitalista)[45], mesclando com o Direito as conclusões do psicanalista francês Charles MELMAN, que faz uma interpretação bastante interessante do "discurso do capitalismo", relacionando-o com a NEP (nova economia psíquica) e dos efeitos do liberalismo econômico para "dissolução do laço social".[46]

No Judiciário Trabalhista, centro de aplicação e construção do Direito Processual do Trabalho, sentiram-se muito os efeitos da aplicação do princípio da proteção, na orientação dos juízes para solução das controvérsias em caso de provas divididas.

O próprio PLÁ RODRIGUEZ alertava para a controvérsia da questão ressalvando a posição em contrário de Benito PÉREZ, mas defendia a utilização do brocardo *in dubio pro misero* em caso de dúvida do juiz para valoração de provas assim se expressando: "a nosso juízo, cabe aplicar a regra dentro desse âmbito em casos de autêntica dúvida, para valorar o alcance ou o significado de uma prova. Não para suprir omissões, mas para apreciar adequadamente o conjunto dos elementos probatórios,

---

[44] "Artigo 4º. *Omissis*. Inciso I: reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo". *In:* BRASIL. Lei 8.078/1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm. Acesso: 16 jan. 2012.

[45] COUTINHO, Aldacy Rachid. **Efetividade do Direito do Trabalho – uma mirada no 'homem sem gravidade'**. Disponível em: <http://www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev_75/Aldacy_Coutinho.pdf>. Acesso em: 16 jan. 2012.

[46] MELMAN. Charles. **O homem sem gravidade: gozar a qualquer preço**. Charles Melman: entrevistas por Jean-Pierre Lebrun. Trad. Sandra Regina Filgueiras. Rio de Janeiro: Companhia de Freud. 2008. p. 175.

tendo em conta as diversas circunstâncias do caso"[47], e, inclusive já propunha até a distribuição do ônus da prova para o empregador como regra geral no Direito Processual do Trabalho.[48]

A repercussão estendeu-se em âmbito nacional e o escólio de CESARINO JÚNIOR era no sentido de que, em caso de dúvida sobre matéria fática que envolvesse documentação que deveria ser mantida pelo empregador, "...e o empregado for carente de prova, é justo que se decida a favor do empregado."[49], ou seja, acolheu a doutrina do *in dubio pro misero*.

Tanto o próprio PLÁ RODRIGUEZ quanto CESARINO JÚNIOR propugnavam pela utilização limitada do princípio protetor em matéria de Direito Processual do Trabalho, e tal tese acabou acolhida e consagrada no Tribunal Superior do Trabalho, através do item I do enunciado da súmula nº 338[50] de sua jurisprudência dominante que segue os exatos ensinamentos ora mencionados.

Não obstante toda a técnica até então proposta, a doutrina juslaboralista continuou desenvolvendo o princípio protetor dando-lhe outras conotações, exemplificando-se com DELGADO que desenvolveu toda uma teorização sobre "*núcleo basilar de princípios especiais*", nele inserindo o princípio da proteção, que "... não se desdobraria em apenas três outros, mas seria inspirador amplo de todo o complexo de regras, princípios e institutos que compõe esse ramo jurídico especializado."[51]

Ainda, tal autor insere no princípio em comento a "imperatividade das normas trabalhistas", "indisponibilidade dos direitos trabalhistas", "inalterabilidade contratual lesiva", ressaltando a "intangibilidade contratual objetiva", "intangibilidade salarial",

---

[47] RODRIGUEZ, *op. cit.*, p.48.
[48] *Ibidem*, p. 48/49.
[49] CESARINO JÚNIOR, Antonio Francisco; CARDONE, Marly A. **Direito Social**. 2. Ed. São Paulo: LTr, 1993, vol I, p. 45.
[50] "Súmula n.º 338. JORNADA DE TRABALHO. REGISTRO. ÔNUS DA PROVA I - É ônus do empregador que conta com mais de 10 (dez) empregados o registro da jornada de trabalho na forma do art. 74, § 2º, da CLT. A não-apresentação injustificada dos controles de freqüência gera presunção relativa de veracidade da jornada de trabalho, a qual pode ser elidida por prova em contrário. II - A presunção de veracidade da jornada de trabalho, ainda que prevista em instrumento normativo, pode ser elidida por prova em contrário. III - Os cartões de ponto que demonstram horários de entrada e saída uniformes são inválidos como meio de prova, invertendo-se o ônus da prova, relativo às horas extras, que passa a ser do empregador, prevalecendo a jornada da inicial se dele não se desincumbir." *In:* BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmulas do Tribunal Superior do Trabalho. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html>. Acesso em: 20 jan. 2012.
[51] DELGADO. **Curso**, *op. cit.*, p. 183-184.

"primazia da realidade sobre a forma", "continuidade da relação de emprego", além da "norma mais favorável" e da "condição mais benéfica", reservando a aplicação do "*in dubio pro operario*" e "maior rendimento" para as posições de controvérsia[52].

Dentre outros, tem-se, ainda, Alice Monteiro de BARROS, que também tem uma construção própria dizendo que "o princípio da proteção é consubstanciado na norma e na condição mais favorável", desdobrando a "norma mais favorável" nas teorias do "conglobamento", "acumulação", e "conglobamento orgânico"[53].

Revela-se a falta de consenso que permite interpretações particulares e aplicações diversificadas do instituto do princípio protetor.

E mais, isto acabou gerando rivalidades, um preocupante antaganonismo de interesses que são comuns, e o próprio questionamento do conceito de proteção.

Mediante interpretação mais adequada às exigências do modelo globalizado do mercado de trabalho, e seguindo a tendência de flexibilização que vem do Direito Comunitário Europeu, autores capitaneados pela doutrinadora portuguesa Maria do Rosário PALMA RAMALHO[54] dizem que os princípios são três: o princípio da "compensação da posição debitória complexa das partes" no vínculo laboral, o princípio do "coletivo" e o princípio da "autotutela laboral".

Em resumo, o princípio da "compensação da posição debitória complexa das partes" decorre da complexidade estrutural da relação de emprego e da posição que trabalhador e empregador nela ocupam, subdividindo-o em: **princípio da proteção ao trabalhador** (tutela interesses e patrimônio do empregado); e **princípio da salvaguarda dos interesses de gestão do empregador** (assegura condições necessárias ao cumprimento das obrigações contratuais e indiretamente viabiliza o contrato de trabalho).

Estes princípios abrangem regras legais e convencionais de segurança no emprego, suficiência salarial, conciliação da vida profissional com a vida privada e familiar; assistência ao trabalhador – harmoniza a norma mais favorável com o dever de colaboração, poder diretivo e disciplinar.

---

[52] *Ibidem*, p. 183-199.
[53] BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2005, p. 169.
[54] RAMALHO, Maria do Rosário, *apud* NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao Direito do Trabalho**. 34. ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 127.

O “princípio do coletivo” destaca o componente coletivo, daí derivando as regras sobre: autonomia coletiva, gestão dos trabalhadores na empresa, interdependência dos vínculos laborais, igualdade de tratamento entre os trabalhadores.

Já pelo “princípio da autotutela laboral”, os próprios sujeitos podem defender diretamente seus direitos – greve, poder disciplinar e, onde permitido, o locaute[55].

Parece ser o primeiro momento em que o empregador é inserido na acepção do princípio protetor trabalhista, mas PALMA RAMALHO não para por aí, e continua a desenvolver sua teoria principiológica falando em “flexissegurança”, alertando que “o código genético do Direito do Trabalho é a sua matriz proteccionista...” referindo-se ao trabalho subordinado, e mencionando que na Europa há proposição de “flexibilização externa” com abertura dos sistemas jurídicos a novas modalidades de contratação laboral e a “flexibilização interna”, com a diminuição da rigidez dos regimes laborais em matérias chaves para a gestão da empresa[56].

Essa nova visão decorrente da União Europeia demanda “a construção de um direito multicultural supranacional”, como alerta Eduardo Biacchi GOMES, o qual invoca o “princípio da não-indiferença” para proteção dos direitos das minorias, mediante adoção de medidas efetivas, visando protegê-los e assegurar sua manifestação.[57] O que dizer então da asseguração dos direitos da massa trabalhadora ante a nova realidade econômica experimentada na União Europeia?

Paralelamente, na América do Sul, o autor uruguaio Héctor-Hugo BARBAGELATA prega o surgimento de uma segunda geração de princípios de Direito do Trabalho, elencando-os como: a) princípio de complementaridade e interdependência de todas as normas sobre direitos humanos; b) primazia da disposição mais favorável à pessoa humana; c) princípio da progressividade; d) princípio de irreversibilidade; e) adequação aos critérios assentados pelos organismos internacionais competentes; e f) presunção de auto-execução e auto-aplicabilidade, e

---

[55] RAMALHO, *op. cit.*, p. 127.

[56] RAMALHO, Maria do Rosário Palma. Modernizar o Direito do Trabalho para o século XXI. Notas breves sobre o livro verde da Comissão Européia de 22 de novembro de 2006 e sobre os desafios da *flexisegurança*. *In*: NAHAS, Thereza Christina (coordenação). **Princípios de direito e processo do trabalho**: questões atuais. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 33-37.

[57] GOMES, Eduardo Biacchi. **União Européia e multiculturalismo. O diálogo entre a democracia e os direitos fundamentais**. Curitiba: Juruá. 2008. p. 99-107.

daí para frente parte para princípios próprios do Direito do Trabalho que subdivide em "princípios gerais" e "princípios concretos" que devem reger a relação de trabalho, tudo com apego à chamada segunda geração de direitos humanos[58].

Como se vê, há extensas e bem fundadas orientações doutrinárias sobre a utilização, extensão e alcance do princípio protetor, procurando dar-lhe conotação mais consentânea com a realidade do mundo do trabalho globalizado. A mera compilação de todos estes estudos já demandaria a reunião de vasto material, que não é o objetivo deste trabalho. Porém, fica nítido que tal princípio foi posto em xeque, passando por reformulação, para adequar-se às exigências do modelo atual de mercado de trabalho globalizado e o enquadramento no modelo neoliberal que ele impõe[59].

Parece que o termo "protetor" assusta sobremaneira os "operadores do mercado de trabalho atual", principalmente os empregadores, e talvez uma solução para impulsionar mais o afastamento do mito da proteção seria a utilização do termo "princípio compensador" para, a partir daí, mostrar que a asseguração de direitos fundamentais do Direito do Trabalho longe de ser entrave econômico, é exigência da interpretação atual do Direito, inclusive, para manutenção do próprio sistema capitalista.

Por ser uma das características mais marcantes do Direito do Trabalho e diferenciá-lo dos demais ramos do Direito com o seu viés tutelar, a exposição sobre tal princípio visa conectá-lo aos direitos fundamentais, sempre marcados pela inviolabilidade.

O princípio protetor assegura essa inviolabilidade dos direitos trabalhistas e tem de ser entendido como compensatório e não como privilegiador de uma classe social que não tem como ser dominante, dada sua incapacidade econômica e, consequentemente, de resistência.

---

[58] BARBAGELATA, Héctor-Hugo. Os princípios de Direito do Trabalho de segunda geração. *In*: **Cadernos da AMATRA IV**: ano 3, n. 7, Porto Alegre: HS Editora, abr/jun 2008, p. 18-29.

[59] "Resta pouca dúvida de que o <<neoliberalismo>> é o núcleo da matriz ideológica dos processos de <<mundialização>> e <<globalização>>, tendentes ao <<pensamento único>> (Ramonet)" é a conclusão de Alexandre Morais da ROSA e José Manuel Aroso LINHARES, a partir de estudos de Richard POSNER e Ulrich BECK. ROSA, Alexandre Morais da; LINHARES, José Manuel Aroso. **Diálogos com a *Law and Economics***. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 7.

2.6 PRINCÍPIO DA IRRENUNCIABILIDADE

Contrapondo-se à já relativizada ideia da obrigatoriedade da força dos contratos[60], resumida no brocardo *pacta sunt servanda,* o Direito do Trabalho desenvolveu uma espécie de vacina contra o mal gerado pelos abusos da aplicação de tal princípio, elaborando o "Princípio da Irrenunciabilidade" dos direitos trabalhistas, também conhecido por "Princípio da Indisponibilidade dos Direitos Trabalhistas".

Segundo DELGADO, tal princípio é projeção do Princípio da Imperatividade das normas trabalhistas, e "traduz a inviabilidade técnico-jurídica de poder o empregado despojar-se, por sua simples manifestação de vontade, das vantagens e proteções que lhe asseguram a ordem jurídica e o contrato".[61]

Digno de nota o questionamento feito por empregadores, principalmente em processos judiciais, no sentido de que o trabalhador tinha "livremente" e com "plena consciência" renunciado a direitos trabalhistas, tais como anotação em Carteira de Trabalho, extrapolamento de horário sem contraprestação, pedidos de demissão em situações de estabilidade no emprego, e outras manifestações de vontade, sempre atribuídas à liberdade das partes na contratação das condições de trabalho, e que não prevalecem em Juízo[62].

Muitas das críticas ao Direito do Trabalho e suas implicações decorrem do desconhecimento das restrições de renúncia a direitos fundamentais e sociais característicos dos contratos de trabalho.

A irrenunciabilidade e inalienabilidade são traços característicos dos direitos humanos fundamentais, mas neles não são tão criticadas quanto nos direitos sociais juslaborais que os integram.

---

[60]O Código de Defesa do Consumidor adotou a teoria da "onerosidade excessiva" assegurando em seu art. 6º como direito básico do consumidor: "V – a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em caso de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas." O Código Civil Brasileiro de 2002 adotou expressamente a teoria da imprevisão no art. 448. "Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação." *In:* BRASIL. Código Civil Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 20 jan. 2012.

[61] DELGADO, *op. cit*., p. 186.

[62] MUSSI, *op. cit*.

Determinados seguimentos da sociedade, por vezes resistem à irrenunciabilidade e querem transigir sobre direitos indisponíveis, como no caso da proibição francesa ao entretenimento do "lançamento de anões", adotado em algumas casas noturnas no início do século XXI, que consistia em publicamente jogar pequenos dublês o mais longe possível.

Tal prática causou comoção na França, Na cidade de Morsang-sur-Orge, onde a Prefeitura interditou um estabelecimento noturno, sob o argumento de violação da ordem pública através de prática contrária à dignidade humana. A questão teve desdobramentos a ponto de haver intervenção do mais alto Tribunal Administrativo francês vedando a prática[63]. Mas o caso não parou por aí e foi a julgamento internacional perante o órgão de defesa dos direitos humanos da ONU[64].

Eis um típico caso que apesar do consentimento do agente, não pode ser permitido porque viola a dignidade da pessoa humana e promove atividade laborativa ilícita.

Apesar da controvérsias o direito prevaleceu e foram asseguradas condições dignas de trabalho, e isto é muito comum no direito do trabalho, onde perseguem-se condições mínimas, que não podem ser objeto de renúncia pelos trabalhadores.

O empresariado não critica o caráter alimentar dos proventos numa ação de estado, mas a cobrança de verbas salariais alimentares na Justiça do Trabalho causa as já mencionadas críticas e acusações de excessiva proteção.

Os alimentos são irrenunciáveis estando tal restrição expressamente consagrada por regra do Código Civil Brasileiro[65], e a retribuição ao trabalho se dá por "salário" em sentido estrito ou parcelas de natureza salarial, cuja natureza é alimentícia.[66] Logo, justifica-se plenamente a irrenunciabilidade no Direito do Trabalho.

Em que pesem tais críticas, o princípio da irrenunciabilidade não só deve

---

[63] Decisão disponível nos seguintes *links*:
<http://www.utexas.edu/law/academics/centers/transnational/work_new/french/case.php?id=1024>
<http://archiv.jura.uni-saarland.de/france/saja/ja/1995_10_27_ce.html>. Acesso em: 20 fev. 2012.

[64] ONU mantém proibição francesa a "lançamento de anões". **UOL.** Disponível em: **<**http://noticias.uol.com.br/inter/reuters/2002/09/27/ult27u26540.jhtm> Acesso em: 26 jun 2012.

[65] Art. 1707. Pode o credor não exercer, porém lhe é vedado renunciar o direito a alimentos, sendo o respectivo crédito insuscetível de cessão, compensação e penhora. *In:* BRASIL, Código Civil Brasileiro, *op. cit*.

[66] "A natureza alimentar do salário é que responde por um razoável conjunto de garantias especiais que a ordem jurídica defere à parcela." *In* DELGADO. **Curso**, *op. cit.,* p. 708.

informar as análises que envolvem os direitos sociais, como se trata de característica essencial de direitos dessa ordem.

2.7 PRINCÍPIO DA PRIMAZIA DA REALIDADE

Outra constante crítica no Direito do Trabalho refere-se à não restrição aos documentos e outros elementos que indiciem uma relação diferente da do trabalho subordinado, e à procura de dados fáticos que melhor esclareçam e permitam uma análise apurada da situação, para verificação do preenchimento dos requisitos fáticos de uma relação de emprego.

> O **Princípio da Primazia da Realidade** significa que as relações jurídico-trabalhistas se definem pela situação de fato, isto é, pela forma como se realizou a prestação de serviços, pouco importando o nome que lhes foi atribuído pelas partes. Despreza-se a ficção jurídica. É sabido que muitas vezes a prestação de trabalho subordinado está encoberta por meio de contratos de Direito Civil ou Comercial. Compete ao intérprete, quando chamado a se pronunciar sobre o caso concreto, retirar essa roupagem e atribuir-lhe o enquadramento adequado, nos moldes traçados pelos art. 2º e 3º da CLT. Esse princípio manifesta-se em todas as fases da relação de emprego.[67]

Com a aplicação de tal princípio é comum desprezarem-se as provas documentais sobre uma relação jurídica trabalhista, prestigiando-se mais o resultado da prova oral que revele com mais precisão o que efetivamente ocorreu no caso concreto.

Na busca do fundamento e eficácia dos direitos humanos Helio GALLARDO identifica “uma distância, senão um abismo, ou seja, ruptura entre o que se diz e o que se faz no campo dos direitos humanos”[68], chamando à atenção para a necessidade de observação de tais direitos sob uma ótica que coincide com a “primazia da realidade” de tal princípio.

A eficácia dos direitos fundamentais depende de observar a realidade onde o direito é aplicável e não o posicionar apenas como um ideal abstrato. Significa “fazer

---

[67] BARROS, *op. cit.*, p. 186.

[68] GALLARDO, Helio. **Teoria Crítica: Matriz y Possibilidad de Derechos Humanos**. Murcia: Gráficas F. Gomez, (2010?). p. 9. Tradução livre de “*la* distancia*, cuando no abismo, o sea* ruptura, *entre lo que* se dice *y* se hace *em el campo de derechos humanos*”.

coincidir a teoria com a vida"[69], sem máscaras, pelo que a "primazia da realidade" aplica-se com ênfase aos direitos do homem.

2.8 PRINCÍPIOS GERAIS DO DIREITO APLICÁVEIS AO DIREITO DO TRABALHO

Mais uma vez invocam-se os ensinamentos de MIGUEL REALE, que identifica a existência de princípios gerais no Direito definindo-os como: "enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, quer para sua aplicação e integração, quer para a elaboração de novas normas"[70].

Tal autor esclarece que a maioria dos princípios gerais de Direito não consta de textos legais, sendo "*modelos doutrinários ou dogmáticos* fundamentais".[71]

O Direito do Trabalho também recepciona os princípios gerais do Direito, tais como o respeito à dignidade humana, à boa-fé contratual, à proibição do abuso de direito e do enriquecimento sem causa, à função social do direito[72], inclusive contando com expressa disposição legal insculpida no art. 8º da Consolidação das Leis do Trabalho[73], segundo o qual, em caso de omissão da norma jurídica o juiz deve decidir o caso de acordo com a analogia, os costumes, e os princípios gerais de direito, disposição que se afina com a do art. 4º, da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942)[74], que recebeu, a partir da Lei nº 12.376, de 30 de dezembro de 2010, a denominação de "Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro".

---

[69] FLORES, Joaquin Herrera. **(Re)invenção dos Direitos Humanos**. Trad. de Carlos Roberto Diogo Garcia, Antonio Henrique Graciano Suxberger, Jefferson Aparecido Dias. Florianópolis: Editora Fundação Boiteux, 2009. p. 213.

[70] REALE. **Lições**, *op. cit.,* p. 306

[71] MUSSI, *op. cit*.

[72] NASCIMENTO, *op. cit.*, p. 123-124.

[73] Art. 8º - As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por eqüidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do Direito do Trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público. Parágrafo único - O direito comum será fonte subsidiária do Direito do Trabalho, naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste. *In:* BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 15 fev 2012.

[74] Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito. *In:* BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho, *op. cit*.

Ora, os princípios gerais de Direito não têm outra serventia senão a de asseguração da primazia do ordenamento jurídico, também para proteção de direitos subjetivos fundamentais do cidadão.

2.9 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS APLICÁVEIS NO DIREITO DO TRABALHO

Cabe analisar agora a relação direta do Direito do Trabalho com os direitos fundamentais assegurados no próprio corpo da Constituição.

Deve-se partir do princípio de supremacia da Constituição, que não pode ser perdido de vista na análise de qualquer questão.

Como ponderado por Luís Roberto BARROSO:

> Do ponto de vista jurídico, este é o principal traço distintivo da Constituição: sua posição hierárquica superior às demais normas do sistema. A Constituição é dotada de supremacia e prevalece sobre o processo político majoritário – isto é, sobre a vontade do poder constituído e sobre as leis em geral – porque fruto de uma manifestação especial da vontade popular, em uma conjuntura própria, em um momento constitucional. [75]

Entende-se que "o Direito do Trabalho, apesar da sua especificidade, não é um organismo solto e desvinculado dos princípios constitucionais"[76].

Talvez por falta de intimidade com a matéria os juslaboralistas identificaram os princípios com as normas constitucionais. Se isto não se adéqua à doutrina constitucionalista, realça a necessidade de utilização do binômio "Constituição – Normas Trabalhistas", como se infere da opinião de Amauri MASCARO:

> O juiz do trabalho não deve decidir as questões trabalhistas com base unicamente no conjunto de normas infraconstitucionais. Esse importante aspecto já foi sublinhado pelo jurista português *José Joaquim Gomes Canotilho* em conferência que proferiu em Porto Alegre, em maio de 1944, com o nome "Dizer a Norma nas Questões de Trabalho", na **qual mostrou a eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas. O juiz do trabalho é, também, embora especializado, um juiz constitucional.**
> **Ilustrações são oportunas, como fez o mesmo jurista. O trabalho escravo contraria o princípio fundamental da liberdade de trabalho; a dispensa de apenas alguns grevistas cuja participação na paralisação em nada difere da dos demais que aderiram ao movimento contrapõe-se, salvo peculiaridades, ao princípio constitucional da isonomia; a cobrança de contribuições sindicais em valores mais elevados daqueles que não são**

[75] BARROSO, *op. cit.,* p. 323.
[76] NASCIMENTO, *op. cit.*, p. 124.

> **sócios do sindicato, com o objetivo de forçá-los a se associar, é contrária ao princípio constitucional da liberdade de sindicalização.**[77] (grifo não original)

Por isso, além dos princípios gerais do Direito aplicáveis à seara trabalhista, Amauri Mascaro NASCIMENTO elenca alguns princípios constitucionais do Direito do Trabalho, dentre os quais se destacam os seguintes:

> (...) é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer (inc. XIII); liberdade sindical (art. 8º); não-interferência do Estado na organização sindical (art. 8º, I); direito de greve (art. 9º); representação dos trabalhadores na empresa (art. 11); reconhecimento das convenções e acordos coletivos (art. 7º, XXVI); proteção em face da automação (art. 7º, XXVII); proteção contra a dispensa arbitrária ou sem justa causa (art. 7º, I); irredutibilidade dos salários (art. 7º, VI); a igualdade nas relações de trabalho, decorrência do princípio geral da igualdade; a defesa da dignidade do trabalhador, resultante do princípio geral da dignidade.[78]

Independentemente de seu tratamento como princípios ou não, é vasto o rol de direitos trabalhistas e sociais elencados na Constituição, salientando-se a interseção entre o Direito do Trabalho e o Direito Constitucional.

Não é demais lembrar que os diversos princípios constitucionais, que não se referem apenas à questão social e ao Direito do Trabalho em si, notadamente os abordados no art. 5º, da Constituição Federal, têm importância sensível na análise das questões trabalhistas.

Em primeiro lugar, destaca-se o princípio da inafastabilidade da jurisdição que identifica justamente o meio pelo qual é possível aos cidadãos pleitearem os direitos e garantias que lhe são assegurados.

Assim ensina José Afonso da SILVA:

> O princípio da proteção judiciária, também chamado princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, constitui em verdade, a principal garantia dos direitos subjetivos. Mas ele, por seu turno, fundamenta-se no princípio da separação de poderes, reconhecido pela doutrina como garantia das garantias constitucionais. Aí se junta uma constelação de garantias: as da independência e imparcialidade do juiz, a do juiz natural ou constitucional, a do direito de ação e de defesa. Tudo ínsito nas regras do art. 5º, XXXV, LIV e LV.[79]

---

[77] NASCIMENTO, *op. cit.,* p. 124
[78] *Ibidem*, p. 125-126.
[79] SILVA, José Afonso de. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 16ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 431.

Como bem apontado por Luiz Guilherme MARINONI e Daniel MITIDIERO, um dos princípios mais relevantes presentes em nossa Constituição é o devido processo legal, referido por estes autores como “direito fundamental ao processo justo”[80]. Assim explicam os autores:

> O direito ao processo justo constitui *princípio fundamental* para organização do processo no estado Constitucional. É o *modelo mínimo* de atuação processual do Estado e mesmo dos particulares em determinadas situações substanciais. A sua observação é condição necessária e indispensável para obtenção de decisões justas.[81]

Também relevante para as controvérsias trabalhistas afigura-se o princípio da igualdade.

José Afonso da SILVA explica sobre este princípio:

> A igualdade perante o juiz decorre, pois, da igualdade perante a lei, como garantia constitucional indissoluvelmente ligada à democracia.
> O princípio da igualdade jurisdicional ou perante o juiz apresenta-se, portanto, sob dois prismas: 1) como interdição ao juiz de fazer distinção entre situações iguais , ao aplicar a lei; 2) como interdição ao legislador de editar leis que possibilitem tratamento desigual a situações iguais ou tratamento igual a situações desiguais por parte da Justiça. [82]

O princípio do contraditório também é relevante, uma vez que garante que as partes terão equidade de instrumentos no exercício do seu direito de atuar em juízo.

Nesse sentido, explicam MARINONI e MITIDIERO:

> Em geral, do ponto de vista do seu conteúdo, o direito ao contraditório é identificado com a simples bilateralidade da instância, dirigindo-se tão somente às partes. Neste contexto, o contraditório realiza-se apenas com a observância do binômio conhecimento-reação. Isto é, uma parte tem o direito de conhecer as alegações feitas no processo pela outra e tem o direito de, querendo, contrariá-las. Semelhante faculdade estende-se igualmente à produção da prova. Trata-se de feição do contraditório própria à cultura do Estado liberal, confinando as partes, no fundo, no terreno das alegações de fato e da respectiva prova.
> (...)
> Contraditório significa hoje conhecer e reagir, mas não só. Significa participar do processo e influir nos seus rumos. Isto é: direito de influência. Com essa nova dimensão, o direito ao contraditório deixou de ser algo cujos destinatários são tão somente as partes e começou a gravar igualmente o juiz. Daí a razão pela qual eloquentemente se observa que o juiz tem o dever não só de velar pelo contraditório entre as partes, mas fundamentalmente a ele também

---

[80] SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 615.
[81] Ibidem, p. 616.
[82] SILVA, *op. cit.,* p. 221.

se submeter. O juiz encontra-se igualmente sujeito ao contraditório.[83]

Há, ainda, outros direitos fundamentais que se afiguram como verdadeiros princípios, porém, por ora, suspende-se a análise de tais questões, que será melhor aprofundada na aplicabilidade dos direitos constitucionais sociais.

2.10 SUMA DOS PARTICULARISMOS

O distanciamento entre o Direito Constitucional e o Direito do Trabalho pode ser decorrência dos particularismos do Direito Laboral, mas que envolvem direitos fundamentais sempre presentes nas relações de prestação de serviços, sejam ou não subordinadas, pelo que não se justifica essa separação.

A ampliação da competência material da Justiça do Trabalho depois da EC nº 45, de 30 de dezembro de 2004,, que deu nova redação ao art. 114 da Constituição da República, trouxe para discussão na Justiça Especial outras relações de trabalho que envolvem pessoalidade, não se limitando apenas o trabalho subordinado.

Nesse sentido, explica Carlos Henrique Bezerra LEITE que "com o advento da EC nº 45, de 30 de dezembro de 2004, a competência da Justiça do Trabalho foi bastante ampliada, de maneira que ela passou a processar e julgar as ações oriundas não apenas da relação de emprego, como também aquelas oriundas da relação de trabalho (CF, art. 114, I)"[84].

Reitera-se a necessidade de aproximação e diálogo dos interlocutores do Direito Constitucional e do Direito do Trabalho, para que tragam soluções comuns e científicas à questão social, e que as soluções propostas em ambas as esferas vão além das "brincadeiras nos campos do Senhor", com respostas adequadas, socialmente justas, independentemente da oneração dos cofres públicos e além das pressões do "divino mercado".

---

[83] SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel, *op. cit.,* p. 647/648..
[84] LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito Processual do Trabalho.** 8ª ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 174-176.

CAPÍTULO II – OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O DIREITO DO TRABALHO

3.1 DIREITO DO TRABALHO E DIREITOS FUNDAMENTAIS

Feito o breve apanhado sobre os marcos teóricos do Direito do Trabalho, passa-se à análise de sua interseção com os Direitos Fundamentais e a própria Constituição.

3.2 DIREITOS HUMANOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS

A matéria relacionada aos Direitos Humanos é extremamente extensa e passa por crescente sistematização. Inclusive este tem sido reconhecido como um ramo autônomo do Direito, e ao lado dos tradicionalmente mais estudados, constitui disciplina à parte nas grades curriculares de gradução e pós-gradução do ensino jurídico, junto com o Direito Civil, o Direito Penal, o Direito Comercial, o Direito do Trabalho e o próprio Direito Constitucional, entre os demais. É o novo "Direito dos Direitos Humanos", com estrutura e organização próprias, abrangendo as normas de proteção de origem tanto internacional quanto nacional.[85]

A inicial preocupação com a fundamentação dos direitos do homem evoluiu para a proteção dos mesmos[86], e a amplitude da matéria inviabiliza uma definição em poucas palavras do que são os Direitos Humanos.

Pinçando algumas considerações invocam-se os ensinamentos de CANOTILHO, que distingue os Direitos Humanos dos Direitos Fundamentais:

> "(...) direitos do homem são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista): direitos fundamentais são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espacio-temporalmente. Os direitos humanos arrancariam da própria natureza humana e daí o seu caráter inviolável, intemporal e universal: os direitos fundamentais seriam os direitos objetivamente vigentes numa ordem jurídica concreta."[87]

---

[85] PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional.** 11ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva. 2010. p. XXXIX

[86] BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier. 2004 p. 25

[87] CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição***.* 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2002. p. 369.

BOBBIO conclui que a expressão Direitos Humanos é “mal-definível”, ressaltando a tautologia da maioria das definições, e elenca as quatro dificuldades que identifica, sem apresentar uma solução para a definição.[88] Em outra oportunidade o próprio BOBBIO limitou-se a apontar quatro problemas políticos e conceituais na caracterização dos Direitos Humanos: 1º) a relação entre a Declaração e a Constituição; 2º) natureza destes direitos (naturais, subjetivos concedidos pelo Estado, ou contratuais fundados no contrato expresso pela Constituição); 3º) modo de tutela dos direitos – separação dos poderes, com autonomia do Poder Judiciário, ou mediante participação dos cidadãos através de seus representantes; 4º) a classificação de tais direitos em: civis, políticos e sociais.[89]

Entre os constitucionalistas pátrios encontram-se utilizações sinônimas das expressões “Direitos Humanos” e “Direitos Fundamentais”[90], porém tem sido bastante prestigiada a organização do assunto proposta por INGO SARLET, quanto ao aspecto espacial:

> Em que pese sejam ambos os termos (‘direitos humanos’ e ‘direitos fundamentais’) comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira e, diga-se de passagem, procedente para a distinção é de que o termo ‘direitos fundamentais’ se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão ‘direitos humanos’ guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional)[91].

Adotando-se a divisão ora proposta, reservando-se os “Direitos Humanos” para o Direito Internacional e os “Direitos Fundamentais” para o Direito Constitucional, mantendo-se à vista seu entrelaçamento, são necessárias algumas ponderações quanto ao desenvolvimento das teorias respectivas.

---

[88] BOBBIO. **A era**, *op. cit*., p. 17-18.
[89] BOBBIO, Norberto. MATEUCCI, Nicola. PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. Trad. Carmem C. Varriale. 6ª Ed. Brasília, DF: Editora Universidade de Brasília, 1994, p.354.
[90] MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Bonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 231-232.
[91] SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 34-35.

3.3 TEORIA TRADICIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

Os Direitos Humanos “não são um dado, mas um construído, uma invenção humana em constante processo de construção e reconstrução,”[92] não apareceram num passe de mágica, por decreto, ou mera declaração. Provêm de uma construção histórica de reconhecimento e proteção, passando por diversos estágios.

A concepção dos direitos humanos, tal qual conhecida e reconhecida na atualidade, advém de uma construção histórica, cíclica, que parte da percepção de uma determinada mazela social, da luta de uma determinada classe pela eliminação desse mal, e ainda, da imposição (que se volta tanto ao Estado quanto aos cidadãos) de que não se realizem condutas que possam resultar na dita mazela e, enfim, de que realizem condutas que impliquem não apenas em um dever de abstenção, mas também em um dever de ação para que se possa assim proteger determinado direito e ainda efetivá-lo.[93]

Nesse sentido, a ideia dos Direitos Humanos é tão antiga quanto a história das civilizações, tendo essa se manifestado no seio das sociedades por meio da defesa da dignidade humana, afigurando-se verdadeiro instrumento de combate às diversas formas de dominação do ser humano. Essas manifestações reacionárias visavam resguardar os homens dos poderes arbitrários e permitir a sua participação na vida comunitária.[94]

Em princípio, a concepção primeira de direitos humanos remonta a uma fase pré-histórica, oriunda do mundo antigo e externada por meio da religião e da filosofia. Pelos pensamentos greco-romano e cristão os homens deveriam resguardar os valores da dignidade da pessoa humana, da liberdade e da igualdade entre os homens. [95]

A partir do século XVI esses ideais antigos começaram a influenciar a concepção jusnaturalista de direitos humanos, pelo que, o homem, simplesmente por existir, é titular de direitos naturais e inalienáveis. Essa corrente teve como um dos seus

---

[92] PIOVESAN, *op. cit*., p. 113-114.
[93] CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. V. I. Sergio Fabris Editores: Porto Alegre, 2003, p. 33.
[94] *Id*.
[95] SARLET, *op. cit.*, p. 38.

expoentes São Tomás de AQUINO, o qual defendia a existência de uma igualdade cristã entre os homens e a coexistência de um direito natural e um positivo.[96]

Com os séculos XVII e XVIII a lei natural abandona a base teológica em que se fundava o direito natural medieval e passa adotar uma base racionalista, defendendo a construção racional de um sistema jurídico baseado em princípios do direito natural. Com essa mudança nos fundamentos os direitos do homem passaram a gravitar em torno do próprio indivíduo e não em volta da sociedade. Os direitos do homem, os quais eram inseparavelmente individual e social, tornaram-se estritamente direitos individuais.[97]

Nesse contexto, os ideais racionalistas de direitos naturais inalienáveis do homem e de submissão da autoridade ao direito natural foram utilizados por vários estudiosos, ora como forma de defesa dos direitos de autodeterminação, de liberdade, de manifestação, ora como forma de constituição do Estado. No entanto, a forma mais relevante foi a utilização desse fundamento para instruir as Cartas de Direitos na Inglaterra. [98]

A esse respeito, há que se destacar a influência de Edward COKE e John LOCKE na formulação dessas disposições. O primeiro sustentava a existência de direitos fundamentais dos cidadãos ingleses, como a proteção da liberdade contra prisões arbitrárias e o reconhecimento do direito de propriedade. O segundo vislumbrava nos direitos naturais e inalienáveis do homem uma eficácia oponível até mesmo aos detentores do poder, no entanto, somente os cidadãos poderiam exercer esse direito de resistência, estando essas premissas dispostas no contrato social[99].

Consoante Perez LUÑO, a proposta de JOHN LOCKE de defesa dos direitos naturais à vida, à liberdade e à propriedade tornou-se a finalidade primordial da sociedade organizada, bem como o princípio legitimador do governo.[100] Diante disso, concebe-se que os escritos de John LOCKE serviram de fundamento para o pensamento individualista e do jusnaturalismo iluminista do século XVIII, embasados no

---

[96] SARLET, *op. cit.*, p. 38.
[97] *Ibidem*, p. 39.
[98] *Id*.
[99] *Ibidem*, p. 39-40.
[100] PEREZ LUÑO, A. E. Los Derechos Fundamentales, *apud Ibidem*, p. 40.

direito do homem à liberdade, o qual se tornaria instrumento da limitação do poder estatal.

Concebe-se o pensamento kantiano como o marco final dessa fase do jusnaturalismo iluminista dos direitos humanos. KANT entendia que o direito de liberdade era um direito amplo e que nele estavam compreendidos os demais direitos, bem como entendia ser aquele um direito natural inerente à condição humana, limitado apenas pela vontade humana de coexistência.[101]

Em suma, essa corrente jusnaturalista apresenta como herança para a conceituação jurídica moderna de direitos humanos a ideia de que o homem antecede o Estado, isto é, que os direitos dos indivíduos são anteriores aos do Estado, bem como a concepção de que o Estado somente se forma por vontade do homem e que a justiça se sobrepõe ao direito positivo.[102]

Por seguinte, segundo SARLET a concepção jusnaturalista racionalista de direitos humanos foi positivada originariamente por meio da Declaração Francesa (1789), a qual passou a prever os direitos humanos[103]. No entanto, entende Lara Ponte que a Declaração de Direito dos povos da Virgínia (1776) foi a primeira declaração de direitos da história e a Declaração Francesa (1789), a primeira a ter alcance universal.[104]

Os direitos humanos constituíram uma verdadeira bandeira das revoluções francesa, americana e inglesa, as quais derrotaram o absolutismo e fundaram os regimes democráticos modernos. Esse princípio político de liberdade frente ao Estado trouxe conclusões fundamentais para sociedade contemporânea, como a democracia e o Estado de Direito. [105]

Em termos atuais, quando se fala em “Direitos Humanos” a grande referência é a Declaração Universal dos Direitos do Homem, da Organização das Nações Unidas – ONU, de 10 de dezembro de 1948, quando “o humanismo político da liberdade

---

[101] SARLET, *op cit*., p. 40.
[102] CANÇADO TRINDADE, *op cit*., p. 35.
[103] SARLET, *op cit.*, p. 44.
[104] LARA PONTE, Rodolfo. **Los derechos humanos en el constitucionalismo mexicano**. p. 41. Disponível em: <http://www.bibliojuridica.org/libros/libros/1/161/4.pdf>. Acesso: 25/04/2010.
[105] LARA PONTE, *op cit.*, p. 20.

alcançou seu ponto mais alto no século XX."[106]

Nesse viés, a Carta dos Direitos do Homem foi simultaneamente um documento de convergência e síntese. Convergência porque representa um combinado de anseios e esperanças, pois, desde a sua promulgação sempre foi considerada verdadeira carta de alforria para os povos que a subscreveram, após as grandes guerras. Significa síntese porque naquele momento (1948) estamparam-se direitos e garantias fundamentais que nenhuma Constituição houvera conseguido reunir sob a chancela de um consenso universal.[107]

Essa diretriz elementar dos Direitos do Homem consagra em seu rol os seguintes direitos trabalhistas:

> Artigo XXIII
> 1.Toda pessoa tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego.
> 2. Toda pessoa, sem qualquer distinção, tem direito a igual remuneração por igual trabalho.
> 3. Toda pessoa que trabalhe tem direito a uma remuneração justa e satisfatória, que lhe assegure, assim como à sua família, uma existência compatível com a dignidade humana, e a que se acrescentarão, se necessário, outros meios de proteção social.
> 4. Toda pessoa tem direito a organizar sindicatos e neles ingressar para proteção de seus interesses.

Logo, no campo do Direito Internacional, graças à proteção aos direitos trabalhistas, e partindo-se de interpretações garantistas, as "condições justas e favoráveis de trabalho" a que alude o mencionado item "1", do artigo XXIII, da Declaração em estudo, podem tomar dimensão que implique proteção de outros direitos, inclusive, a jornada de oito horas diárias ou qualquer outra garantia que diga respeito às condições humanas essenciais do trabalhador.

Ainda no campo do Direito Internacional, a Organização Internacional do Trabalho tem grande atuação e na sua 86ª Conferência Internacional, em 18 de junho de 1998, adotou a "Declaração da OIT Sobre os Princípios e Direitos Fundamentais do Trabalho", em cujo art. 2º elencou os seguintes princípios:

> a) a liberdade sindical e o reconhecimento efetivo do direito de negociação coletiva;
> b) a eliminação de todas as formas de trabalho forçado ou obrigatório;

---

[106] BONAVIDES, *op. cit.*, p. 574.
[107] *Ibidem*, p. 574-575.

c) a abolição efetiva do trabalho infantil; e
d) a eliminação da discriminação em matéria de emprego e ocupação.

Transpondo tais princípios para o direito pátrio temos seu reconhecimento e proteção, em âmbito supralegal como analisado a seguir.

A respeito do 1º princípio, o da liberdade sindical, no Brasil o art. 8º, da Constituição Federal consagrou-o dizendo que é livre a associação profissional ou sindical. Quanto ao princípio da autonomia coletiva sindical, o art. 8º, inciso I, da Constituição Federal, resguarda de forma clara a plenitude da autonomia coletiva dos sindicatos diante dos poderes públicos, exatamente como impõe o verdadeiro conceito de liberdade sindical, desenvolvido na Convenção nº 87, da OIT[108], ao prescrever que a lei não poderá exigir autorização do Estado para a fundação de sindicato, ressalvado o registro no órgão competente, vedadas ao Poder Público a interferência e a intervenção na organização sindical.

Destarte, o constituinte de 1988 determinou expressamente a plena liberdade de associação, independentemente de autorizações dos entes públicos, em total acordo com o princípio fundamental do Estado Democrático de Direito, inscrito no inciso V do artigo 1º da Lei Maior. Desse modo, é vedada a interferência estatal em todo tipo de associação, pois nenhum órgão público detém autoridade segundo a Lei Maior de 1988, para conferir ou não legitimidade à existência de uma associação e sua consequente representatividade.

Ao trato da eliminação de todas as formas de trabalho forçado ou obrigatório, o objeto do Direito do Trabalho reside na luta pelo reconhecimento e aperfeiçoamento da condição humana no mercado laborativo. Por isso, torna-se imperioso observar, no Estado Democrático de Direito hodierno, uma gama de direitos e garantias aptos a

[108] Preceitua o art. 2º da Convenção nº 87 da OIT: “Os trabalhadores e os empregadores, sem distinção de qualquer espécie, terão direito de constituir, sem autorização prévia, organizações de sua escolha, bem como o direito de se filiar a essas organizações, sob a única condição de se conformar com os estatutos da mesma”. *In:* BRASIL. **Convenção Relativa à Liberdade Sindical e à Proteção do Direito de Sindicalização: Convenção nº 87/OIT.** Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/conv_oit_87_dir_sindical.htm>. Acesso: 15 fev. 2012.

preservar o cidadão e a dignidade dos despossuídos, consoante se observa do capítulo dos “Direitos Sociais”, constante da Carta Política de 1988.[109]

No que tange à proibição do trabalho infantil, a Constituição Republicana, em seu art. 7º, XXXIII, admite o trabalho, em geral, a partir dos 16 anos, exceto nos casos de trabalho noturno, perigoso ou insalubre, nos quais a idade mínima se dá aos 18 anos. A Constituição admite, também, o trabalho a partir dos 14 anos (art. 227, § 3º, I, CF), mas somente na condição de aprendiz. Em acréscimo, a CLT garante ao trabalhador adolescente entre 14 e 18 anos uma série de proteções especiais, detalhadas em seu Capítulo IV.

Por derradeiro, o art. 7º, inciso XXX, da Constituição Federal proíbe a diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil. Nesse inciso constitucional vigora o princípio da igualdade, que deve ser observado nas relações do trabalho. Em adição, há ainda a Convenção nº 100, da OIT, que estabelece uma política contra a discriminação.

Isto demonstra a preocupação com os direitos humanos e sua transposição do direito internacional para o nacional.

3.4 OS DIREITOS HUMANOS À LUZ DA FILOSOFIA DA HISTÓRIA

Destaca-se em princípio que são distintas as formas de se tratar dos direitos humanos, segundo Norberto BOBBIO existe a filosófica, histórica, ética, jurídica e política. Na abordagem ora apresentada utiliza-se a perspectiva denominada *filosofia da história*[110].

Segundo a concepção de Thomas HOBBES, partindo da premissa de que o homem encontrava-se num ambiente hostil, em relação à natureza e aos outros homens, reagiu a essas adversidades, por primeiro criando formas de sobrevivência, como resposta à natureza e, em seguida, formas de defesa, para resolver tal adversidade. Essas últimas “são representadas pelo sistema de regras que reduzem os

[109] DELGADO, Maurício Godinho. **Capitalismo, trabalho e emprego. Entre o paradigma da destruição e os caminhos de reconstrução.** São Paulo: LTr, 2006, p. 142.
[110] BOBBIO. **A Era**, *op. cit*., p. 67.

impulsos agressivos mediante penas, ou estimulam os impulsos de colaboração e de solidariedade através de prêmios". [111]

No começo as regras eram essencialmente imperativas, negativas ou positivas, e buscavam obter comportamentos desejados ou evitar os não desejados, invocando para tanto sanções celestes ou terrenas. Assim nasce o mundo moral, com a incumbência de formulação, imposição e aplicação de mandamentos ou proibições, e, portanto, do ponto de vista daqueles a quem são dirigidos os mandamentos e as proibições, de obrigações. [112]

Os códigos morais visavam comprimir e não libertar, restringir e não ampliar os espaços de liberdade, como ainda, corrigir os errados, não os deixando agir livremente. Com isso, a moral sempre foi voltada mais para os deveres do que para os direitos. Para passar do código dos deveres para o código dos direitos era necessária uma inversão de valores, isto é, a moral não podia ser notada pelo ponto de vista da comunidade, mas sim do indivíduo.

A grande reviravolta iniciou no Ocidente a partir da concepção cristã da vida, pela qual todos os homens são irmãos enquanto filhos de Deus. A doutrina filosófica do jusnaturalismo, fez do indivíduo, e não mais da sociedade, o ponto de partida para construção de uma doutrina moral e do direito. No estado de natureza, para HOBBES, os homens voltavam-se uns contra os outros para defender-se. Em LOCKE, considerado um dos inspiradores dos direitos do homem, no princípio, não estava o homem em disputa, guerra constante, como em HOBBES, mas sim num estado de liberdade, ainda que nos limites da lei. [113]

Com John LOCKE nota-se que a doutrina jusnaturalista acolhe a concepção individualista da sociedade, abandonando-se a antiga concepção organicista, pela qual a sociedade estava acima dos indivíduos. O princípio dessa concepção individualista deu-se em HOBBES, com a contraposição entre indivíduo e Estado, sendo esse concebido como um *corpo artificial*. Pela concepção individualista o indivíduo vem em primeiro plano, o qual possui valor em si mesmo, e depois o Estado, já que o Estado é

---

[111] BOBBIO. **A Era**, *op. cit.*, p. 72.
[112] Id.
[113] BOBBIO. **A Era**. *op. cit.*, p. 75-76.

feito pelo indivíduo e não vice-versa, consoante o art. 2º, da Declaração dos Direitos Humanos de 1789[114].

Nessa toada é invertida também a relação entre direito e dever, pois, em relação aos indivíduos primeiro tem-se os direitos e depois os deveres e, em relação ao Estado primeiro os deveres e depois os direitos. A mesma inversão ocorre em relação à finalidade do Estado, a qual para o organicismo "é a luta contra as facções que, dilacerando o corpo político, o matam; e, para o individualismo, é o crescimento do indivíduo, tanto quanto possível livre dos condicionamentos externos"[115].

Essa mesma inversão se deu com o valor "justiça", pois numa concepção organicista o justo significava cada uma das partes da qual era composto o Estado deveria desempenhar uma função própria, enquanto que no individualismo o justo era que cada indivíduo fosse tratado de forma pudesse satisfazer suas necessidades e atingir suas finalidades.

Embora se diga que o primado do direito sobre a obrigação é um traço marcante do direito romano, destaca-se que essa relação era apenas entre particulares. Com isso, o reconhecimento dos direitos do homem, surge quando esse se dá na esfera das relações interpessoais entre indivíduos, e entre esses e o Estado, aparecendo assim o direito subjetivo público, que caracteriza o Estado de Direito. [116]

É com o nascimento do Estado de Direito que ocorre a passagem final da visão organicista para a individualista. No Estado de Direito, o indivíduo tem, em face do Estado, não apenas direitos privados, mas também públicos. O Estado de Direito é o Estado dos cidadãos.

Desde o seu surgimento com o pensamento político a partir dos séculos XVII e XVIII, a doutrina dos direitos do homem evoluiu bastante, tendo passado pelos processos de conversão em direito positivo, de generalização e de internacionalização, estando atualmente na fase de "especificação", onde se parte da concepção abstrata de sujeito "homem", para uma concepção específica desse homem, que podem ser os

[114] BOBBIO. **A Era**. *op. cit.*, p. 76.
[115] *Ibidem*, p. 77.
[116] *Ibidem*, p. 78.

idosos, as crianças, as mulheres, os portadores de necessidades especiais, dentre outros. [117]

3.5 A TEORIA TRADICIONAL FRENTE À TEORIA CRÍTICA DOS DIREITOS HUMANOS E OUTRAS CORRENTES

Em relação às críticas aos direitos humanos vale mencionar a lição de Norberto BOBBIO, para o qual os direitos humanos são mal definidos, variáveis e heterogêneos. Por primeiro, entende que os direitos humanos não apresentam uma conceituação precisa sobre o que exatamente são, a maioria é tautológica: "Direitos dos homens são os que cabem ao homem enquanto homem." [118] São "variáveis" pois sua fundamentalidade varia conforme a época histórica e a civilização que dele se utiliza. São heterogêneos porque agregam diversos valores, mesmo que contraditórios entre si. [119]

Em outro aspecto, reforçando o caráter etnocêntrico ocidental dos direitos humanos, colaciona-se o entendimento de Chantall MOUFFE, a qual entende que o conceito de direitos humanos ocidental possui como pressupostos: a natureza humana universal conhecida por sua racionalidade, a dignidade absoluta e irredutível do ser humano e a autonomia do indivíduo. No entanto, assevera que esses atributos são apenas ocidentais e liberais, pelo que se distinguem de concepções de dignidade da pessoa humana adotadas por outras culturas.[120]

A autora destaca que na Índia e na China o conceito direito do homem não encontra guarida, pois nessas culturas o homem não é visto de forma isolada do resto do mundo natural. Em sociedades não ocidentais e não liberais a ideia de autonomia individual não possui grande prioridade, pois as tomadas de decisões são menos individualistas e mais solidárias entre os membros de uma sociedade. Releva que

---

[117] BOBBIO. Op. cit., p. 78-79.
[118] BOBBIO. Op. cit., p. 37.
[119] BOBBIO. Op. cit., p. 36-42.
[120] MOUFFE, Chantal. **Can human rights accomodate pluralism?** Centre for the Study of Democracy - University of Westminster. Londres, 2010, p 05.

liberdade pode ser a última palavra na comunidade européia, mas para o Oriente a palavra importante é harmonia. [121]

Outra crítica à concepção de direitos humanos parte de Boaventura de Sousa SANTOS, o qual afirma que esses direitos afiguram-se instrumentos da globalização hegemônica, que visam impor os valores ocidentais, considerados universais, para o resto do mundo. Note o entendimento:

> "Enquanto forem concebidos como direitos humanos universais, os direitos humanos tenderão a operar como localismo globalizado e, portanto, como uma forma de globalização hegemônica. Para poderem operar como forma de cosmopolitismo, como globalização contra-hegemônica, os direitos humanos têm de ser reconceitualizados como multiculturais."[122]

Em suma, pode-se observar que as críticas sobre os fundamentos dos Direitos Humanos giram em torno do modelo liberal capitalista sobre o qual foram reconhecidos e declarados tais direitos, inviabilizando sua eventual aplicação prática.

Noutro panorama crítico, cumpre dar ênfase à chamada "Teoria Crítica dos Direitos Humanos", capitaneada por Joaquin Herrera FLORES[123], que de maneira realista e despida de preconceitos, identifica o grande distanciamento entre a teoria e a prática e propõe uma nova visão, com uma preocupação principal na eficácia da aplicação dos Direitos, partindo de novos conceitos e explorando melhor os antigos a partir de "um universo normativo de resistência", com base nos valores liberdade, igualdade, solidariedade, embasados nos conceitos de "autoconservação e liberdade" do filósofo Baruch SPINOZA[124].

Para FLORES a polêmica sobre os direitos humanos no mundo de hoje está centrada em duas visões, duas racionalidades e duas práticas. A princípio, uma visão abstrata, vazia de conteúdo e referências com relação às circunstâncias reais das

---

[121] Id.

[122] SOUSA SANTOS, Boaventura de. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. *In*: SOUSA SANTOS, Boaventura de (Org). **Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo cultural**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 438.

[123] FLORES, Joaquin Herrera. **Teoria Crítica dos Direitos Humanos**, Os Direitos Humanos como Produtos Culturais. Trad. e rev. De Luciana Caplan, Carlos Roberto Diogo Garcia, Antonio Henrique Graciano Suxberger, Jefferson Aparecido Dias. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009. p. 191.

[124] PEREIRA, Rafael Rodrigues. **O conatus de Spinoza: auto-conservação ou liberdade.** Disponível em: <http://www.fflch.usp.br/df/espinosanos/ARTIGOS/numero%2019/rafael19.pdf>. Acesso em 20-01-2012.

pessoas e centrada em volta da concepção ocidental de direito e do valor da identidade. Em segundo lugar, uma visão localista, na qual prevalece o próprio, a visão do indivíduo com respeito a dos outros e centrada em torno de uma ideia particular de cultura e de valor da diferença. [125]

A visão abstrata traz uma racionalidade jurídico-formal, que representa uma prática universalista. De outro lado, a visão localista possui uma racionalidade material-cultural, que significa uma prática particularista.[126]

De acordo com FLORES ambas as visões possuem razões de peso para serem defendidas, observe-se:

> "O direito, visto desde sua aparente neutralidade, pretende garantir a "todos" e, não apenas a uns frente a outros, um marco de convivência comum. A cultura, vista desde seu aparente encerramento local, pretende garantir a sobrevivência de alguns símbolos, de uma de conhecimento e de valorização que orientam a ação do grupo para os preferidos por seus membros. O problema surge quando cada uma dessas visões se considera superior e tende a considerar inferior ou rechaçar o que a outra visão propõe. O direito acima do cultural e vice-versa. A identidade como algo prévio à diferença ou vice-versa. Nem o direito, garantidor de identidade comum, é neutro; nem a cultura, garantidora da diferença, é algo fechado. O relevante é construir uma cultura dos direitos que acolha em seu seio a universalidade das garantias e o respeito pelo diferente. Mas isso já supõe outra visão que assuma a complexidade do tema que abordamos. Essa visão complexa dos direitos humanos é a que queremos desenvolver nestas páginas. Seu esquema será o seguinte:
> Visão complexa -> Racionalidade de resistência -> Prática intercultural
> Com essa visão queremos superar a polêmica entre o pretendido universalismo dos direitos e a aparente particularidade das culturas. Ambas as afirmações são o produto de visões distorcidas e reducionistas da realidade. Ambas acabam ontogilizando e dogmatizando seus pontos de vista ao não relacionar suas propostas com os contextos reais. (...)[127]

Elaborando uma crítica às doutrinas existentes, FLORES propõe uma teoria realista e crítica dos direitos humanos que seja capaz de potencializar novas reflexões e novas práticas sociais. Por primeiro, entende ser necessário assegurar uma visão realista do mundo em que se vive e atua. Por segundo, desestabilizar o sentimento comum de opressão a partir de experimentações de hipóteses elaboradas por meio de perguntas e possíveis respostas.[128]

---

[125] FLORES, Joaquin Herrera. **(Re)invenção dos Direitos Humanos**. Trad. de Carlos Roberto Diogo Garcia, Antonio Henrique Graciano Suxberger, Jefferson Aparecido Dias. Florianópolis: Editora Fundação Boiteux, 2009. p. 155.
[126] FLORES. **(Re)invenção**, *op. cit*., p. 155.
[127] Ibidem, p. 155-156.
[128] PRONER, Carol. Reinventando lós derechos humanos: el legado de Joaquín Herrera Flores. *In:* PRONER, Carol; CORREAS, Oscar [Coord]. **Teoria critica dos direito humanos: *in memoriam* Joaquín Herrera Flores**. Belo Horizonte: Fórum. 2011p. 32.

Por seguinte, para a construção de uma teoria realista e crítica dos direitos humanos, FLORES apresenta quatro condições e cinco deveres básicos, a saber: **condições** - 1) assegurar uma visão em que vivemos e desejamos atuar; 2) ter um pensamento de combate – eficaz com vistas à mobilização; 3) reconhecer coletividades sociais determinadas, que necessitam do pensamento crítico para elaborarem uma visão alternativa do mundo e sentirem-se seguras ao lutar pela dignidade; 4) buscar permanente de exterioridade em relação ao sistema dominante[129].

Em continuidade, consideram-se **deveres**: 1) reconhecimento de que todos e todas devem ter possibilidade de reagir culturalmente frente ao entorno de relações no qual vivemos; 2) respeito como forma de conceber o reconhecimento como condição necessária mas não suficiente na hora de por em prática as lutas pela dignidade; 3) reciprocidade para saber devolver o que tomamos dos outros para construir nossos privilégios; 4) responsabilidade em caso de termos de ser recíprocos perante o dano cometido aos outros; 5) redistribuição – estabelecimento de regras jurídicas, fórmulas institucionais e ações políticas e econômicas concretas que possibilitem a todos não comente satisfazer as necessidades vitais primárias, indo além, na construção de uma dignidade humana não submetida aos processos depredadores do sistema impostos pelas necessidade de benefício imediato que caracterizam o modo de relações baseado no capital[130].

Para materializar a teoria realista e crítica dos direitos humanos FLORES propõe uma estratégia de ponderação de elementos a partir de uma representação gráfica, o diamante ético. Essa representação é composta por elementos teóricos e conceituais que conduzem a um raciocínio crítico, note-se:

> “Na qualidade de diamante, nossa figura pretende afirmar indiscutível interdependência entre os múltiplos componentes que definem os direitos humanos no mundo contemporâneo. Com o “diamante ético”, nos lançamos a uma aposta: os direitos humanos visto em sua real complexidade constituem o marco para construir uma ética que tenha como horizonte a consecução das condições para que "todas e todos" (indivíduos, culturas, formas de vida) possam levar à prática sua concepção da dignidade humana.[131]

Os elementos do diamante ético são os seguintes: 01) Eixo vertical –

[129] FLORES. **(Re)invenção**, *op. cit.*, p. 61-66.
[130] *Ibidem*, p. 67-69.
[131] *Ibidem*, p. 119.

Conceituais - a) teorias; b) posição; c) espaço; d) valores; e) narração; f) instituições; 02) Eixo horizontal – Materiais - a) forças produtivas; b) disposição; c) desenvolvimento; d) práticas sociais; e) historicidade; f) relações sociais.[132]

Em síntese, de acordo com Carol PRONER o diamante ético representa um instrumento de análise que permite determinar os elementos relevantes que devem ser considerados numa investigação crítica, pois parte de um universalismo de combate: garantir a todos a possibilidade de lutar, plural e diferenciadamente, pela dignidade humana[133].

3.6 DIREITOS FUNDAMENTAIS – GERAÇÕES E DIMENSÕES

Ainda com base na premissa doutrinária de que direitos humanos são diferentes de direitos fundamentais, pois estes contam com fundamentação jurídico-positiva constitucional em dimensão nacional, analisa-se a evolução de tais direitos para melhor poder se chegar a uma conclusão quanto à sua efetivação.[134]

No ordenamento jurídico pátrio, o estudo das gerações ou dimensões de direito constantemente faz referência a três autores: Norberto BOBBIO[135], Paulo BONAVIDES[136] e Ingo SARLET[137].

A referência a gerações de direitos normalmente é atribuída a BOBBIO, mas tal teoria foi primeiramente lançada pelo jurista tcheco-francês Karel VAZAK, numa conferência no Instituto Internacional dos Direitos Humanos em 1979.[138]

Para BOBBIO, o desenvolvimento dos direitos do homem passou por três fases: 1ª) direitos de liberdade, assim entendidos como aqueles que tendem a limitar o poder do Estado e reservam para o indivíduo ou grupos particulares uma esfera de liberdade em relação ao Estado; 2ª) direitos políticos, nos quais a liberdade é concebida positivamente, como autonomia, tendo como consequência a participação ampla,

---

[132] FLORES. **(Re)invenção**,*op. cit*., p. 122.
[133] PRONER, *op. cit*., p. 33.
[134] SARLET, *op. cit.*, p. 35.
[135] BOBBIO. **A Era**. *op. cit.*, p. 30.
[136] BONAVIDES, *op. cit*., p. 46.
[137] SARLET, *op. cit.*, p. 34-35.
[138] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 09-11.

generalizada e frequente dos membros de uma comunidade no poder político; 3ª) direitos sociais, os quais expressam o amadurecimento de novos valores como os do bem estar e da igualdade, não apenas formal. Tal autor classifica a Declaração Universal dos Direitos do Homem como o ponto de partida com relação ao processo de proteção global dos direitos humanos.[139]

Em âmbito nacional, Paulo BONAVIDES aponta quatro gerações de direitos fundamentais e faz alusão inclusive a uma quinta geração. A partir do lema revolucionário do século XVIII que exprimiu em três princípios cardeais todo conteúdo possível dos direitos fundamentais: liberdade, igualdade e fraternidade.[140]

Estabelece o seu elenco da seguinte maneira: **primeira geração** – direitos de liberdade – direitos civis e políticos; **segunda geração** – direitos de igualdade – sociais; **terceira geração** – direitos de fraternidade – direito ao desenvolvimento, direito à paz, direito ao meio ambiente, direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e direito de comunicação; **quarta geração** – globalização política dos direitos fundamentais – direito à democracia, direito à informação e direito ao pluralismo. Por fim conclui que tais direitos envolvem os das gerações anteriores; **quinta geração** – direito à paz, extraído dos direitos de terceira geração, dando novo conceito ao termo paz, em seu caráter universal, em sua feição agregadora de solidariedade, em seu plano harmonizador de todas as etnias, de todas as culturas, de todos os sistemas, de todas as crenças que a fé e a dignidade do homem propugnam, reivindicam, concretizam e legitimam.[141]

De outra maneira, Ingo SARLET prefere o termo “dimensões” por entender que o uso da expressão “gerações” pode ensejar a falsa impressão da substituição gradativa de uma geração por outra. A organização dos direitos fundamentais é traçada nos seguintes termos: **primeira dimensão** – direitos individuais (do indivíduo contra o Estado) – de cunho negativo, pois dirigidos a uma abstenção por parte dos poderes públicos, são os de inspiração jusnaturalista, direitos à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade perante a lei; **segunda dimensão** – direitos a prestações sociais estatais – que abrange mais que os direitos de cunho prestacional, mas tem como marco o

[139] BOBBIO. **A Era**, *op. cit*., p. 32.
[140] BONAVIDES, *op. cit.*, p. 562-593.
[141] *Id*.

cunho positivo, como direitos à assistência social, saúde, educação, trabalho, etc.; **terceira dimensão** – direitos de titularidade coletiva ou difusa – são os direitos à paz, à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento, ao meio ambiente e qualidade de vida, à conservação e utilização do patrimônio histórico e cultural e à comunicação; a **quarta dimensão**, seguindo o escólio de Paulo BONAVIDES, resultado da globalização dos direitos fundamentais, são os direitos à democracia, à informação e ao pluralismo; e, a **quinta dimensão** para o direito à paz.[142]

As gerações ou dimensões, longe de hierarquizar os direitos fundamentais, são mera classificação para estudo histórico de seu desenvolvimento. O trinômio igualdade-liberdade-fraternidade (*conatus*), segundo FLORES, constitui a grande base e fundamentação dos direitos humanos[143].

Estabelecidos os balizadores históricos e situados temporalmente os direitos fundamentais, passa-se à análise de quais são tais direitos, sua eficácia, para, por fim, neles situar os direitos trabalhistas.

3.7 DIREITOS FUNDAMENTAIS E CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA

Para melhor compreensão e delimitação dos Direitos Fundamentais que, segundo a teoria ora adotada, referem-se àqueles que são inscritos no ordenamento jurídico de uma nação, fazem-se necessários breves comentários sobre Constituição, seu conteúdo e aplicação.

O Constitucionalismo moderno é fruto das revoluções liberais e tem muitas definições. Luis Roberto BARROSO faz uma análise ampla e analisa o termo sob os pontos de vista político e jurídico. Do ponto de vista político, conceitua a Constituição: “como o conjunto de decisões do poder Constituinte ao criar ou reconstruir o Estado, instituindo os órgãos de poder e disciplinando as relações que manterão entre si e com a sociedade” [144].

Sob o ponto de vista jurídico, subdivide-a em duas dimensões: “em sentido material, *i.e*., quanto ao conteúdo de suas normas, a Constituição organiza o exercício

[142] SARLET, *op. cit.*, p. 34-35.
[143] FLORES. **Teoria**, *op. cit*., p. 191.
[144] BARROSO, *op. cit.*, p. 97.

do poder político, define os direitos fundamentais, consagra valores e indica fins públicos a serem realizados". Já "em sentido formal, *i.e.,* quanto à sua posição no sistema, a Constituição é a norma fundamental e superior, que regula o modo de produção das demais normas do ordenamento jurídico e limita seu conteúdo"[145].

Quanto à forma, BARROSO também as classifica em escritas e não escritas; quanto à origem, em promulgadas, democráticas ou outorgadas; quanto à estabilidade do texto, em rígidas, flexíveis e semi-rígidas; e quanto ao conteúdo, em sintéticas e analíticas.[146]

BARROSO considera a Constituição do Brasil de 1988 como uma *higher law,* pois organizou o Estado em República Federativa, dividiu os poderes entre o Executivo, o Legislativo, o Judiciário, ainda com atribuições ao Ministério Público, organizou o exercício do poder político e definiu direitos fundamentais. Leciona ser **escrita**, porque consta de um documento; **promulgada**, porque contou com a participação popular na sua elaboração, por meio de eleição de representantes; **semi-rígida**, porque as normas consideradas materialmente constitucionais só podem ser alteradas mediante procedimento mais dificultoso de emenda constitucional; e **analítica**, porque desenvolve em maior extensão o conteúdo dos princípios que adota.[147]

Classificada a Constituição da República Federativa do Brasil em vigor, passa-se a uma análise de suas normas quanto ao seu conteúdo constitucional.

A elaboração da Constituição de 1988, chamada por Ulisses GUIMARÃES de "Constituição cidadã", foi objeto de acirrados debates políticos, pois o Brasil atravessava a transição de uma ditadura militar para um regime democrático popular, e a maioria das críticas colocavam-se pela ideologia econômica, concebida como "um misto de capitalismo amordaçado e um socialismo encabulado"[148].

Tais críticas referem-se ao modo como foi combatido o regime totalitário ditatorial militar pela democracia capitalista liberal, mas com remissões ao socialismo. Com uma pitada de humor e irreverência, Carlos CHAGAS alertou que "as Constituições brasileiras sempre foram elaboradas contra alguma coisa, em repúdio a

---

[145] BARROSO, *op. cit.*, p. 97.
[146] *Ibidem*, 103-105.
[147] *Id*.
[148] PRADO, Ney. **Razões das virtudes e vícios da Constituição de 1988**. Subsídios à revisão Constitucional. São Paulo: Instituto Liberal – Editora Inconfidentes. 1994, p. 55.

algum sistema, ou até a grupo de pessoas"[149] e explica:

> Nossa primeira lei fundamental, de 1824, foi imposta por D. Pedro I contra a Assembléia Nacional Constituinte que ele dissolveu, ou seja, contra os anseios nacionais por ela representados. A Constituição de 1891, da República, veio contra o Império. A de 1934, contra a República Velha. A de 1937, contra a Democracia. A de 1946, contra o Estado Novo. A de 1967 contra a legitimidade e a representatividade nacionais. A de 1969, contra o mundo.[150]

Nesse cenário político de incertezas, os legisladores constituintes foram pródigos ao elencar os direitos sociais, em especial os individuais trabalhistas que mereceram dois artigos, 6º e 7º, e este último com nada menos que trinta e quatro incisos e um parágrafo único, atitude que foi taxada pelos liberais de "assistencialismo" na consagração do Constitucionalismo Social com acusação de que:

> (...) os chamados direitos sociais não são vantagens que o governo dá e sim, prejuízo que lhe causa. São parcelas de salário dos que trabalham retiradas à força sob a promessa de voltarem em serviços. Mas sai uma parcela para a saúde, e o trabalhador não recebe o serviço de saúde adequado.(...)[151].

Insta reconhecer que o constitucionalismo social heroicamente resistiu a tais críticas e acabou inserido no texto constitucional, cabendo aos poderes instituídos e aos intérpretes e aplicadores da lei dar-lhe a importância e dimensão necessárias, bem como os meios para a sua aplicação.

Será examinado, pois, se as normas constitucionais realmente exacerbam ou não na instituição dos direitos sociais.

Quanto ao conteúdo material, as normas constitucionais podem ser classificadas ou agrupadas, para fins de estudos de diversos modos. Agrada a divisão de BARROSO em normas constitucionais de organização: de estruturação e disciplinamento do exercício do poder político; normas constitucionais definidoras de direitos, agrupáveis em quatro grandes categorias - direitos individuais, direitos políticos, direitos sociais e direitos difusos; e normas constitucionais programáticas, que traçam fins sociais a serem alcançados pela atuação futura dos poderes públicos e que,

---

[149] CHAGAS, Carlos. *Apud.* PRADO, Ney. Razões das virtudes e vícios da Constituição de 1988. Subsídios à revisão Constitucional. São Paulo: Instituto Liberal – Editora Inconfidentes. 1994, p. 31.
[150] Id.
[151] PRADO, Ney. Razões das virtudes e vícios da Constituição de 1988. Subsídios à revisão Constitucional. São Paulo: Instituto Liberal – Editora Inconfidentes. 1994, p. 68.

portanto, não geram direitos subjetivos em sua feição positiva, mas os geram em sua feição negativa[152].

Após a análise sistemática da Constituição Federal, Vidal Serrano NUNES JUNIOR indica dois critérios de delimitação dos direitos fundamentais: um formal e outro material[153].

O critério formal vem da organização do texto constitucional, que em seu "Título II" trata "dos Direitos e Garantias Fundamentais", subdividindo-os em cinco capítulos: Capítulo I – Dos Direitos e dos Deveres Individuais e Coletivos; Capítulo II – Dos Direitos Sociais; Capítulo III – Da Nacionalidade; Capítulo IV – Dos Direitos Políticos; Capítulo V – Dos Partidos Políticos; e estende-os, já que o § 2º, do art. 5º prescreve expressamente que tais "direitos e garantias não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte".

Já o critério material consiste no modo de identificação dos direitos e garantias "decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição". O art. 1º, inciso III, indica o princípio da dignidade humana como fundamento do Estado Brasileiro e Vidal SERRANO alerta que "só é possível falar em vida digna a partir de aspectos ingênitos, como a preservação da incolumidade física e psíquica do indivíduo, bem como a partir da noção de que o indivíduo deve estar integrado à sociedade da qual participa"[154].

Resumindo, os direitos e garantias fundamentais não se podem contrapor ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e por aí já se mostra o para indicação dos direitos fundamentais e seu alcance.

3.8 DIREITOS FUNDAMENTAIS E PRINCÍPIOS

O tema é complexo, com diversas teorias e formulações. A seguir, tecem-se algumas considerações sobre a moderna visão dos princípios com um "vôo de pássaro" sobre a extensa doutrina do assunto.

---

[152] BARROSO, *op. cit.*, p. 223-225

[153] NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **A cidadania social na Constituição de 1988 – estratégias de positivação e exigibilidade social dos direitos sociais.** São Paulo: Editora Verbatim, 2009, p. 31.

[154] NUNES JUNIOR, *op. cit.*, p. 34.

Todas as classificações acabam tendo por finalidade a sistematização do estudo e verificação dos efeitos dos direitos fundamentais e que pode ser útil na verificação ou enquadramento de situações práticas já que o conceito de direitos fundamentais em nossa Constituição é "materialmente aberto"[155], em virtude do § 2º, do art. 5º: "Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte".

Diante das expressões "regime" e "princípios", percebe-se que alguns direitos fundamentais não constam do catálogo constitucional, pelo que as mesmas assumem posição muito ampla.

Daí porque, buscando-se alinhar princípios e direitos fundamentais inicia-se a verificação pelos princípios, que ganharam grande vulto na hermenêutica e aplicação do direito a partir de sua distinção das regras.

No final dos anos 80, DWORKIN propôs a interpretação e aplicação das cláusulas abstratas da Constituição – princípios de decência política e justiça dando início à moderna teoria dos princípios[156], a partir da estrutura da *Commom Law*.

ALEXY[157], partindo de teorias dos direitos fundamentais na Constituição alemã, tornou a teoria dos princípios mais próxima do modelo romano-germânico e o Direito brasileiro passou a adaptar e desenvolver tal teoria nos anos 90, com a emblemática colaboração de Ingo SARLET[158], que desenvolveu uma teoria sobre a eficácia dos direitos fundamentais de grande aceitação.

Dentro da concepção de ALEXY, as normas podem ser divididas de forma relevante em regras e princípios. A diferença entre estes últimos é qualitativa e "princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*"[159] e podem ser satisfeitos em graus variados enquanto as regras são ou não satisfeitas.

Há diversas formulações de teorias sobre a eficácia dos direitos fundamentais, ora analisando-as sob a ótica da eficácia das normas constitucionais (plena ou contida),

---

[155] SARLET, *op. cit.,* p. 78.
[156] DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
[157] ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.
[158] SARLET, *op. cit*., p. 34-35.
[159] ALEXY, *op cit.,* p. 90.

aperfeiçoando-se na classificação por dimensões, ora falando em eficácia vertical e horizontal dos direitos fundamentais, sendo esta última muito popular nos meios acadêmicos.

A eficácia vertical diz respeito às relações entre Estado e o Poder Público e os particulares (legislador e juiz) e eficácia horizontal concerne à eficácia nas relações entre particulares.[160]

São produzidas teorias engenhosas sob o ângulo funcional dos direitos fundamentais como direitos de defesa ou direitos a prestações em sentido amplo e em sentido estrito.[161]

São erigidas teses em tema de direitos fundamentais, conforme proposta na "teoria dos direitos e bens fundamentais" de Luigi FERRAJOLI: 1ª) radical diferença de estrutura entre direitos fundamentais e direitos patrimoniais – direito subjetivo, aí se enquadrando os direitos inclusivos e direitos exclusivos, direitos universais e direitos singulares e direitos indisponíveis e direitos disponíveis; 2ª) fundamento e parâmetro da igualdade jurídica – conjunto das garantias asseguradas pelo Estado de Direito – direitos de expectativas vitais como a saúde, instrução e subsistência; 3ª) natureza supranacional em grande parte dos direitos fundamentais – limites externos aos poderes públicos e base normativa de uma democracia internacional; 4ª) relações entre os direitos e suas garantias – expectativas negativas ou positivas às quais correspondem deveres (de prestações) – garantias primárias – ou proibição (de lesões) – garantias secundárias.[162]

Considerando-se que, segundo o conceito material, há normas constitucionais que não estão na Constituição, e há normas infraconstitucionais que constam de seu texto (formal), busca-se uma doutrina que permita aferir quais são realmente os direitos fundamentais, independentemente de onde estejam enunciados.

Tudo isso em busca de um rol de direitos fundamentais.

---

[160] MARINONI, Luiz Guilherme. **O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais**. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15441-15442-1-PB.pdf>. Acesso em: 19 jan. 2012.

[161] SARLET, *op. cit*., p. 167.

[162] FERRAJOLI, Luigi. **Por uma Teoria dos Direitos e dos Bens Fundamentais**. Trad. de Alexandre Salim, Alfredo Copetti Neto, Daniela Cademartori, Hermes Zaneti Junior, Sergio Cademartori. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. p. 15-16.

3.9 ELENCO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Apesar do extenso rol do Título II da Constituição Federal, a eficácia imediata e reconhecimento de garantias fundamentais tem sido restritos a uma parte, mais especificamente ao artigo 5º, que elenca os Direitos e Garantias Individuais.

A frente será demonstrado o comportamento da jurisprudência nesta matéria, principalmente no emblemático caso da Convenção nº 158, da Organização Internacional do Trabalho – OIT. Ratificada pelo Brasil foi aprovada por Decreto legislativo do Congresso Nacional em 1992, foi promulgada pelo Presidente da República em abril de 1996, por meio de Decreto Presidencial. Em novembro/1996, foi comunicada a denúncia através de Nota do Governo brasileiro à OIT, denunciada por novo Decreto Presidencial em novembro de 1996, deixou de vigorar no país em novembro de 1997. No curto período em que vigeu, a Convenção nº 158 teve negados seus efeitos em território brasileiro por decisão liminar do Supremo Tribunal Federal, em ação de inconstitucionalidade (ADI 1480).

Partindo da divisão quanto ao conteúdo material das normas constitucionais, elas são subdivididas em normas de organização, definidoras de direitos e programáticas. Interessam diretamente as normas definidoras de direitos que se subdividem em direitos individuais, direitos políticos, direitos sociais e direitos difusos.[163]

Por tal divisão, os direitos individuais concentram-se no artigo 5º da Constituição com setenta e oito incisos, assegurando de modo geral o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

Os direitos políticos estão nos artigos 12 a 17 da Constituição, os sociais nos artigos 6º a 11 e os difusos, exemplificativamente, a proteção ao patrimônio cultural, no artigo 216, e do meio ambiente, no artigo 225.

3.10 DIREITOS FUNDAMENTAIS E O DIREITO DO TRABALHO

O presente estudo concentra-se nos direitos sociais, em especial os voltados ao Direito do Trabalho.

---

[163] BARROSO, *op. cit.*, p. 223.

Já no art. 1º, a Constituição Federal traz em seu bojo referência aos direitos sociais, quando menciona que **são fundamentos desta República, a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa**, demonstrando, de plano, a preocupação do constituinte originário em privilegiar e focar a preocupação do governo com os valores sociais advindos do trabalho.

Além disso, os objetivos fundamentais da República, enunciados no art. 3º da Constituição são, sem dúvida, alcançáveis mediante o prestígio do trabalho digno: a) construir uma sociedade livre, justa e solidária; b) garantir o desenvolvimento nacional; c) erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; d) promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Notadamente, a Constituição Federal trata dos direitos sociais no art. 7º e seguintes, ao enumerá-los detalhadamente, nos seguintes termos:

> Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.
> Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:
> I - relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos;
> II - seguro-desemprego, em caso de desemprego involuntário;
> III - fundo de garantia do tempo de serviço;
> IV - salário mínimo , fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim;
> V - piso salarial proporcional à extensão e à complexidade do trabalho;
> VI - irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo;
> VII - garantia de salário, nunca inferior ao mínimo, para os que percebem remuneração variável;
> VIII - décimo terceiro salário com base na remuneração integral ou no valor da aposentadoria;
> IX - remuneração do trabalho noturno superior à do diurno;
> X - proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa;
> XI - participação nos lucros, ou resultados, desvinculada da remuneração, e, excepcionalmente, participação na gestão da empresa, conforme definido em lei;
> XII - salário-família pago em razão do dependente do trabalhador de baixa renda nos termos da lei;
> XIII - duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho;
> XIV - jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, salvo negociação coletiva;
> XV - repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos;
> XVI - remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em cinqüenta por cento à do normal;

XVII - gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal;
XVIII - licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias;
XIX - licença-paternidade, nos termos fixados em lei;
XX - proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei;
XXI - aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei;
XXII - redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança;
XXIII - adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei;
XXIV - aposentadoria;
XXV - assistência gratuita aos filhos e dependentes desde o nascimento até 5 (cinco) anos de idade em creches e pré-escolas;
XXVI - reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho;
XXVII - proteção em face da automação, na forma da lei;
XXVIII - seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa;
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;
XXX - proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil;
XXXI - proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência;
XXXII - proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos;
XXXIII - proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos;
XXXIV - igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso.
Parágrafo único. São assegurados à categoria dos trabalhadores domésticos os direitos previstos nos incisos IV, VI, VIII, XV, XVII, XVIII, XIX, XXI e XXIV, bem como a sua integração à previdência social.
Art. 8º É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte:
I - a lei não poderá exigir autorização do Estado para a fundação de sindicato, ressalvado o registro no órgão competente, vedadas ao Poder Público a interferência e a intervenção na organização sindical;
II - é vedada a criação de mais de uma organização sindical, em qualquer grau, representativa de categoria profissional ou econômica, na mesma base territorial, que será definida pelos trabalhadores ou empregadores interessados, não podendo ser inferior à área de um Município;
III - ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas;
IV - a assembléia geral fixará a contribuição que, em se tratando de categoria profissional, será descontada em folha, para custeio do sistema confederativo da representação sindical respectiva, independentemente da contribuição prevista em lei;
V - ninguém será obrigado a filiar-se ou a manter-se filiado a sindicato;
VI - é obrigatória a participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho;
VII - o aposentado filiado tem direito a votar e ser votado nas organizações sindicais;
VIII - é vedada a dispensa do empregado sindicalizado a partir do registro da candidatura a cargo de direção ou representação sindical e, se eleito, ainda que suplente, até um ano após o final do mandato, salvo se cometer falta grave nos termos da lei.

> Parágrafo único. As disposições deste artigo aplicam-se à organização de sindicatos rurais e de colônias de pescadores, atendidas as condições que a lei estabelecer.
> Art. 9º É assegurado o direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender.
> § 1º - A lei definirá os serviços ou atividades essenciais e disporá sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade.
> § 2º - Os abusos cometidos sujeitam os responsáveis às penas da lei.
> Art. 10. É assegurada a participação dos trabalhadores e empregadores nos colegiados dos órgãos públicos em que seus interesses profissionais ou previdenciários sejam objeto de discussão e deliberação.
> Art. 11. Nas empresas de mais de duzentos empregados, é assegurada a eleição de um representante destes com a finalidade exclusiva de promover-lhes o entendimento direto com os empregadores.

A extensão do colacionado rol por si só já causa a indagação se todas as normas ali contidas são formalmente constitucionais ou têm conteúdo material que justifique seu posicionamento na Constituição.

Não é demais lembrar, outrossim, que deslocados em outros pontos da Constituição existem outros dispositivos que tratam de direitos sociais, trazendo diretrizes de extrema importância para interpretação da legislação trabalhista como um todo, a exemplo do art. 170, que introduz a regulação acerca da ordem econômica do país e prevê que “a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”, observados princípios como o da “busca do pleno emprego”.

O art. 193, da Constituição estabelece os nortes relativos à ordem social, que “tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais”, dando início a todas as disposições relativas à seguridade social, que tem essencial importância à classe trabalhadora, notadamente à parcela menos privilegiada e àqueles atingidos pelas mais variadas hipóteses de adversidades.

Ainda, recentemente alterado pela EC nº 59, de 11 de novembro de 2009, o artigo 214, da Constituição, dispõe como objetivo das diretivas do Plano Nacional de Educação, a “formação para o trabalho”.

Atendendo ao princípio da proteção integral da criança e do adolescente, há mais uma vez referência ao trabalho dos menores de dezoito anos. O art. 227, § 3º, prevê expressamente que:

> Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.
> (...)
> § 3º - O direito a proteção especial abrangerá os seguintes aspectos:
> I - idade mínima de quatorze anos para admissão ao trabalho, observado o disposto no art. 7º, XXXIII;
> II - garantia de direitos previdenciários e trabalhistas;
> (...)
> III - garantia de acesso do trabalhador adolescente e jovem à escola; (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)
> (...)

Por fim, no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, art. 10, há expressa referência à regulamentação da proibição de despedida arbitrária ou sem justa causa dos membros de direção das Comissões Internas de Prevenção de Acidentes, assim como da empregada gestante e, também, trata do prazo para a licença-paternidade enquanto não houver lei específica para o assunto.

A Constituição, portanto, como já se antevia da leitura dos seus primeiros dispositivos, tem farta referência aos direitos sociais, cujo respeito e atenção constituem fundamento e objetivo para construção de um Estado Democrático de Direito.

Em consonância com Paulo BONAVIDES não é possível compreender o constitucionalismo do Estado social brasileiro contido na Constituição Federal sem se vincular à teoria dos direitos sociais fundamentais, ao princípio da igualdade, aos institutos processuais que garantem direitos sociais e a liberdade e ao papel que doravante assume o STF na guarda da Constituição. O novo Direito que a sociedade industrial produziu não poderia ser senão o Direito Constitucional do Estado Social[164].

Contudo, na doutrina constitucionalista são escassos os autores que consideram os direitos sociais fundamentais como de eficácia plena e aplicabilidade imediata, ante as restrições de tratarem as relações entre particulares. Entre os mesmos destaca-se Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO.[165] Já Virgílio AFONSO DA SILVA, propõe a restringibilidade dos direitos fundamentais, porém, como forma de

[164] BONAVIDES, *op. cit.*, p. 450.
[165] BANDEIRA DE MELLO, *op. cit*., 2011.

evitar diminuição no grau de proteção dos mesmos.[166]

Casuisticamente, há até indignação quanto ao fato de direitos trabalhistas, talvez de menor importância que os assegurados na Declaração Universal dos Direitos do Homem, situem-se entre os direitos fundamentais como no “aviso prévio”, ou no “adicional de insalubridade”, aos quais se costuma atribuir conteúdo infraconstitucional, sendo considerada injustificada sua menção no texto da Constituição.

Se os direitos trabalhistas não são constitucionais, obviamente não merecerão tutela da jurisdição constitucional, e daí a importância neste trabalho, que não tem por objetivo estender-se em tal problema neste momento, e apenas abordará a questão quando da análise da repercussão jurisprudencial.

3.11 A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES DE TRABALHO

A incidência dos direitos fundamentais nas relações de direito do trabalho provém da constitucionalização dos direitos sociais, onde o trabalhador deixou de ser objeto de direito para ser sujeito de direito, reconhecendo-se assim direitos aos cidadãos trabalhadores. Ao contrário do que ocorreu nessa fase, a doutrina moderna visa estabelecer os “direitos fundamentais ou laborais inespecíficos”, consubstanciados naqueles direitos de cunho geral, aplicáveis no espaço físico da empresa.[167]

As relações sociais se afiguram um dos campos das relações jurídico-privadas onde os direitos fundamentais encontram-se mais suscetíveis para alcançar maior relevância, e, por seguinte, maior vunerabilidade. Essa relação jurídica, por conta da situação de sujeição de uma das partes, pressupõe maiores riscos que em outros vínculos entre sujeitos privados, em especial os direitos dos trabalhadores.[168]

Por segundo, a maioria da doutrina e jurisprudência nacional entende pela aplicação direta ou imediata dos direitos fundamentais no âmbito das relações trabalhistas, haja vista que somente dessa forma é possível a efetiva proteção dos

---

[166] AFONSO DA SILVA, Virgílio. **DIREITOS FUNDAMENTAIS conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 253.
[167] AMARAL, Júlio Ricardo de Paula. **Eficácia dos direitos fundamentais nas relações trabalhistas.** São Paulo: LTr. 2007, p.83-85.
[168] Ibidem, p.85.

direitos e liberdades públicas dos trabalhadores, no âmbito da variável e dinâmica relação trabalhista.[169]

A propósito da aplicação direta e imediata dos direitos fundamentais, o Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do Recurso Extraordinário n. 161.243/DF, determinou a incidência do princípio da igualdade nas relações trabalhistas.[170] No entanto, as minúcias a respeito das decisões proferidas nesse sentido serão abordadas em capítulo posterior desse estudo.

Em adição, a aplicação direta ou imediata dos direitos fundamentais na seara das relações laborais possui as seguintes razões justificadoras:

> (...) a intangibilidade do conteúdo essencial dos direitos fundamentais dos trabalhadores, bem como a flagrante desigualdade existente ente os sujeitos envolvidos nas relações trabalhistas – empregados e empregadores -, em face da grande concentração de poder nas mãos do empresário no seio destas relações. [171]

Depois de reconhecida a necessária aplicação direta ou imediata dos direitos fundamentais na seara das relações laborais, cumpre destacar a forma pela qual ocorrerá essa incidência. Em princípio, os direitos fundamentais não possuem caráter absoluto, não são exercitáveis aleatoriamente pelo seu titular. Por essa razão existirão situações em que ocorrerá a colisão de direitos fundamentais, pelo que será preciso um critério necessário e apto para solução dessa tensão, sendo esse o princípio da proporcionalidade.[172]

Apresenta-se o princípio da proporcionalidade sob a luz dos ensinamentos de Gilmar MENDES, a saber:

> consubstancia uma pauta de natureza axiológica que emana diretamente das idéia de justiça, equidade, bom senso, prudência, moderação, justa medida, proibição de excesso, direito justo e valores afins; precede e condiciona a positivação jurídica, inclusive a de nível constitucional; e, ainda, enquanto princípio geral do direito, serve de regra de interpretação para todo o ordenarnento jurídico. No âmbito do direito constitucional, que o acolheu e reforçou, a ponto de impô-lo à obediência não apenas das autoridadês administrativas, mas também de juízes e legisladores, esse princípio acabou se tornando consubstancial à própria ideia de Estado de Direito pela sua íntima ligação com os direitos fundamentais, que lhe dão suporte e, ao mesmo tempo, dele dependem para se realizar. (...) A utilização do princípio da proporcionalidade ou da proibição de excesso no direito constitucional envolve, (...), a apreciação da necessidade e

[169] AMARAL, *op. cit.*, p.86.
[170] *Id*.
[171] *Ibidem,* p.87.
[172] *Ibidem*, p.92.

> adequação da providência legislativa. (...) O subpríncípio da adequação (Geeignetheit) exige que as medidas interventivas adotadas se mostrem aptas a atingir de objetivos pretendidos. (...) O subprincípio da necessidade (Notwendigkeit oder Erforderlichkeit) significa que nenhum meio menos gravoso para o indivíduo revelar-se-ia igualmente eficaz na consecução dos objetivos pretendidos[173].

Esse princípio é composto por três “subprincípios”: a) princípio da adequação; b) princípio da necessidade; e, c) princípio da proporcionalidade em sentido estrito.

O princípio da proporcionalidade possui o fim de verificar a relação existente entre os meios e os fins sob vários aspectos, isto é, analisa a maneira pela qual se realiza uma eventual limitação de um determinado direito fundamental atingido em relação com o bem, valor ou direito que se busca resguardar. Além disso, visa, em específico, a resolução dos conflitos entre os direitos fundamentais dos empregadores e dos trabalhadores.[174]

O uso de desse instrumento de solução de conflitos torna-se imprescindível no contexto atual, pois a gradual e crescente expansão da importância dada aos direitos dos empregadores pela Constituição, tal como ocorre com os direitos fundamentais dos trabalhadores, é a maior responsável por gerar colisões entre os direitos e liberdades protegidos pelas normas constitucionais.[175]

Por derradeiro, não sendo absolutos os direitos e as liberdades públicas dos trabalhadores, tampouco os dos empregadores, mas aptos a sofrer restrições, o aplicador das normas jurídicas deverá, em regra, socorrer-se do presente princípio da proporcionalidade.

---

[173] MENDES, *op. cit*., p. 114-115/320-322.
[174] AMARAL, *op. cit.*, p.93.
[175] *Ibidem*, p.99.

CAPÍTULO III – O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL

4.1 NOTAS PRELIMINARES

De acordo com Paulo BONAVIDES o sistema das Constituições rígidas é oriundo dos poderes constituinte e constituído. Disso resulta a superioridade da lei constitucional. As Constituições rígidas, sendo Constituições em sentido formal, demandam um processo especial de revisão, o qual demonstra a supremacia incontestável da norma constitucional.[176]

O órgão legislativo, em regra elaborador das leis, não pode introduzir no sistema jurídico, leis contrárias às disposições constitucionais, sob pena de serem consideradas nulas, inaplicáveis, sem validade ou incompatíveis com a ordem jurídica estabelecida. Para se expungir do sistema normativo as leis inconstitucionais, utiliza-se o controle de constitucionalidade, que pode ser formal ou material.[177]

Nesse viés, o controle formal é, por excelência, um controle estritamente "jurídico". Essa forma de controle confere ao órgão que o exerce a competência para examinar se as leis foram elaboradas de acordo com a Constituição, se houve observância das formas estatuídas, se a regra normativa não fere normas constitucionais de competência.[178]

O controle material incide sobre o conteúdo da norma, revestindo-se de alto teor de "politicidade". Analisa a lei a fundo, outorga a quem o exerce a competência para decidir sobre o teor e a matéria da regra jurídica, buscando amoldá-la ao espírito da Constituição e aos seus princípios políticos fundamentais. É o controle substancialmente político.[179]

De outra maneira, Gilmar MENDES leciona que o reconhecimento da supremacia da Constituição e de sua força vinculante aos poderes públicos obriga que sejam estabelecidas formas e maneiras de defesa da Constituição, pelo que entende

---

[176] BONAVIDES, *op. cit*., p. 296.
[177] *Ibidem*, p. 297.
[178] *Ibidem*, p. 297-298.
[179] *Ibidem*, p. 298-299.

ser necessária a realização de um controle de constitucionalidade dos atos do Poder Público, especialmente das leis e atos normativos.[180]

Nessa senda, em relação às formas de controle de constitucionalidade, verifica-se ser possível classificá-las de diversas maneiras. Note-se:

> Quanto ao órgão – quem controla -, pode-se ter:
> a) Controle político;
> b) Controle jurisdicional;
> c) Controle misto;
> Cogita-se de controle de constitucionalidade político, também chamado modelo francês, quando a atividade de controle de constitucionalidade é exercido por órgão político e não por órgão jurisdicional.
> Assim, o controle de constitucionalidade realizado pelas Casas Legislativas, pelas Comissões de Constituição e Justiça ou pelas demais comissões, enquadram-se nessa categoria.
> Também o veto oposto pelo Executivo a projeto de lei, com fundamento em inconstitucionalidade da proposição legislativa, configura típico exemplo de controle de constitucionalidade político (Constituição Federal, art. 66, §1º).
> O controle jurisdicional é aquele exercido por órgão integrante do Poder Judiciário ou por Corte Constitucional. Pode ser:
> a) difuso;
> b) concentrado (também chamado austríaco);
> c) misto;
> (...)
> Quanto ao modo ou à forma de controle, ele pode ser:
> a) incidental;
> b) principal;
> (...)
> Quanto ao momento, ele pode ser:
> a) preventivo; e
> b) Repressivo (...).

Para Clèmerson CLÈVE a fiscalização da constitucionalidade das normas deve ser definida pelo parâmetro a ser utilizado. Em regra, os diversos sistemas de fiscalização estão vinculados estritamente à Constituição formal. A fiscalização pode ser definida pelo seu “objeto”, podendo ser em decorrência da ação ou omissão do Poder Público. Em razão do “momento de realização”, onde será preventiva ou repressiva.[181]

Em relação à natureza do órgão que realiza o controle, devendo ser política ou jurídica. Em conta do número de órgãos dotados de competência para realizar o

---

[180] MENDES, *op. cit*., p. 1004.
[181] CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 77.

controle, onde será difusa ou concentrada. E, quanto ao modo de manifestação, podendo ser subjetiva ou objetiva.[182]

O presente estudo propõe-se a tratar da fiscalização sob o aspecto finalidade, pelo que, essa pode ser objetiva (abstrata) ou subjetiva (concreta). A primeira busca a conformidade de comportamentos, atos e normas, em relação à Constituição. A segunda forma a defesa de um direito subjetivo de uma pessoa, juridicamente resguardado.[183]

4.2 CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE

A princípio, esse instrumento de controle desenvolveu-se nos Estados Unidos da America, a partir da discussão travada no âmbito da Suprema Corte americana, em especial quando da questão *Marbury v. Madison*, em 1803[184].

Essa modalidade de controle da constitucionalidade das leis, difuso ou americano, "assegura a qualquer órgão judicial incumbido de aplicar a lei a um caso concreto o poder-dever de afastar a sua aplicação se a considerar incompatível com a ordem constitucional"[185].

Esse instrumento de controle possibilita ao Poder Judiciário, no decorrer de qualquer demanda, apreciar a inconstitucionalidade de uma norma, suscitada incidentalmente, sob a forma de prejudicial de mérito[186].

Desse modo, cabe ao Poder Judiciário, ao decidir a prejudicial apontada, declarar a inconstitucionalidade ou constitucionalidade de uma norma, e, por consequência, afastá-la do caso concreto ou utilizá-la da para resolução do litígio em que foi suscitada[187].

No sistema americano a fiscalização sempre foi provocada por via de exceção, ou por via de defesa, pelo que, a manifestação sempre ocorreu sob a égide de um

---

[182] CLÈVE, *op. cit.*, p. 77.
[183] *Ibidem*, p. 78-79.
[184] MENDES, *op. cit.*, p. 1005.
[185] *Id*.
[186] CLÈVE, *op. cit*., p. 91.
[187] *Id.*

case[188]*.* Todavia, a fiscalização concreta desenvolveu-se e atualmente esse sistema perdeu em parte a característica de um modelo voltado para defesa de posições exclusivamente subjetivas e passou a adotar uma forma processual que valora o interesse público em sentido amplo[189].

4.2.1 Repercussão geral

Com o crescente aumento de recursos e, principalmente, diante da repetição de questões semelhantes, a recente reforma do Judiciário, introduzida pela Emenda nº 45, de 30 de dezembro de 2004, dispôs acerca da repercussão geral.

Nos termos do art. 102, § 3º, da Constituição Federal, "no recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros".

MARINONI explica a evolução histórica deste e de institutos semelhantes que já existiram em nosso ordenamento:

> No Brasil, antes da instituição da "repercussão geral" como requisito de admissibilidade do recurso extraordinário (EC 45/2004; art. 102, § 3º, da CF), experimentou-se o requisito da arguição de relevância da questão afirmada para o ser conhecimento em sede extraordinária (art. 119, III, a e d c/c § 1º, da CF/1967, alterada pela EC 1/1969 c/c arts. 325, I e XI, e 327, § 1º, do RISTF, com a redação dada pela Emenda Regimental 2/1985).
> Não obstante tenham a função de "filtragem recursal", a "arguição de relevância" e a "repercussão geral" não se confundem. Enquanto a arguição de relevância funcionava como um instituto que visava a possibilitar o conhecimento deste ou daquele recurso extraordinário *a priori* incabível, funcionando como um instituto com característica central *inclusiva*, a repercussão geral visa a *excluir* do conhecimento do STF controvérsias que assim não se confundem.[190]

O mesmo autor explica que para caracterizar a existência de repercussão geral é preciso combinar relevância e transcendência – "a questão debatida tem de ser

---

[188] CLÈVE, *op. cit.*, p. 92.
[189] MENDES, *op cit*., p. 1008.
[190] SARLET. **Curso**. *op. cit.*, p. 838.

relevante do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, além de transcender para além do interesse subjetivo das partes na causa"[191].

Dessa forma, este instituto plasma de forma muito prática o princípio da eficiência, uma vez que permite que uma matéria relevante, que cause repercussão em mais diversos processos semelhantes seja decidida de uma só vez, evitando que os processos subam com recurso extraordinário para discutir um entendimento já assentado na Corte.

Com isso, valoriza-se a evita-se o dispêndio de material e de tempo, tanto das partes, quanto do próprio Judiciário, que abre espaço para outras discussões e, da mesma forma, pode discutir cada uma com o vagar e atenção que merecem sem causar com isso o atraso das demais.

4.3 CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE

O controle concentrado de constitucionalidade, denominado austríaco ou europeu, atribui a um órgão jurisdicional superior ou a uma Corte constitucional a competência para realizar o julgamento de demandas constitucionais.[192]

Esse modelo foi criado com a Constituição da Áustria em 1920 e ampliado com Emenda Constitucional de 1929. Esse sistema tornou o juiz ou tribunal um participante ativo do controle de constitucionalidade, pelo menos na condição de um órgão responsável pela provocação.[193]

A fiscalização abstrata da constitucionalidade das normas desenvolve-se por via de ação, o que possibilita o controle da norma *in abstracto* por meio de uma ação de inconstitucionalidade prevista formalmente no texto constitucional.[194]

Essa modalidade dá-se por meio de impugnação de uma lei perante um dado tribunal, o qual poderá declarar a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade daquela

[191] SARLET. **Curso**, *op. cit.,* p. 839.
[192] MENDES, *op. cit*., p. 1005.
[193] Id.
[194] BONAVIDES, *op. cit*., p.307.

lei. E, sendo declarada inconstitucional a norma, essa é removida do ordenamento jurídico, por ser incompatível com esse.[195]

Para Gilmar MENDES esse modelo "adota as ações individuais para a defesa de posições subjetivas e cria mecanismos específicos para a defesa dessas posições, com a atribuição de eficácia *ex tunc* da decisão para o caso concreto que ensejou a declaração de inconstitucionalidade do sistema austríaco."[196]

4.4 CONTROLE MISTO DE CONSTITUCIONALIDADE

O controle misto de constitucionalidade cumula os dois modelos de controle de constitucionalidade, o difuso e concentrado. No modelo misto, em tese, atribui-se a prerrogativa de afastar a aplicação da lei nas ações e processos judiciais aos órgãos ordinários do Poder Judiciário, mas se reconhece a determinado órgão de cúpula, como um Tribunal Supremo ou uma Corte Constitucional, a prerrogativa para proferir decisões em determinadas ações de cunho abstrato ou difuso.[197]

Em princípio, no Brasil a fiscalização incidental (via de defesa) será sempre subjetiva e a por via principal (via de ação direta) será, em regra, objetiva. Assim, o ordenamento pátrio fiscaliza a constitucionalidade das normas por via de exceção e de ação.

No direito brasileiro a fiscalização da constitucionalidade de uma norma, pela via de exceção, pode ser suscitada por: a) um autor, quando da propositura de qualquer ação, perante um órgão jurisdicional competente; b) um réu, quando da sua resposta; c) por um terceiro, juridicamente interessado. Sendo suscitada em qualquer modalidade processual, seja de conhecimento, executório ou cautelar. E ainda, pode ser instada por meio das ações constitucionais, mandado de segurança, *habeas corpus*, *habeas data,* podendo ser suscitada na Ação Civil Pública e na Ação Popular. [198]

A outra forma de fiscalização da constitucionalidade de uma norma, a via de ação, é realizada por meio dos seguintes instrumentos: a) Ação direta de

[195] BONAVIDES, *op. cit.*, p.307.
[196] MENDES, *op. cit*., p. 1007.
[197] *Ibidem*, p. 1005-1006.
[198] CLÈVE, *op. cit*., p. 97.

inconstitucionalidade genérica (art. 102, I, “a” da Constituição Federal); b) Argüição de descumprimento de preceito fundamental (art. 102, §1º, Constituição Federal); c) Ação direta de inconstitucionalidade supridora de omissão (art. 103, §2º, Constituição Federal); d) Ação direta de inconstitucionalidade interventiva (art. 36, III, Constituição Federal); e, e) Ação direta declaratória de constitucionalidade (art. 102, I, “a” da Constituição de 1988 – Constituição Federal). [199]

4.5 FORMAS DE CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE

4.5.1 Ação Direta de Inconstitucionalidade

A Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI genérica) destina-se ao controle de constitucionalidade do ato normativo abstrato, genérico, impessoal. Busca afastar do ordenamento jurídico o ato normativo viciado, incompatível com a Constituição da República, mediante sua invalidação.[200]

De acordo com o artigo 102, da Constituição Federal[201], o Supremo Tribunal Federal detém a competência originária para o julgamento da ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, quando houver contrariedade à Constituição Federal de 1988.[202] Assim, podem ser impugnados via ação direta de inconstitucionalidade as leis ou atos normativos primários, de origem federal ou estadual. [203]

Em relação à legitimidade tem-se a passiva e a ativa. Na passiva, verifica-se que o processo objetivo, do qual pertence a ação declaratória de inconstitucionalidade, apresenta-se como uma exceção à regra relação jurídica tríplice, haja vista que nessa modalidade de ação não existirá propriamente um réu, pois, mesmo que os órgãos e as

---

[199] DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Aspectos processuais da ADIN (Ação Direta de Inconstitucionalidade) e da ADC (Ação Declaratória de Constitucionalidade). *In:* DIDIER JUNIOR, Fredie. **Ações Constitucionais**. 5 ed. Salvador: Jus Podivm, 2011, p. 450-451.
[200] DIDIER JUNIOR. Aspectos, *op. cit.*, p. 455.
[201] Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal; *In:* BRASIL. Constituição, *op. cit.*
[202] NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Ações Constitucionais**. São Paulo: Método, 2011, p. 03.
[203] MENDES, *op. cit*., p.1110.

autoridades responsáveis pelo ato normativo sejam convocadas a prestar esclarecimentos e o Advogado Geral da União a defender o ato impugnado, aqueles não são os sujeitos passivos da pretensão do autor, sendo chamados apenas em razão de sua responsabilidade pela criação do ato normativo, e esse, apesar de participar do polo passivo, não têm contra si o pedido formulado na inicial.[204]

O rol de legitimados para a propositura da ADI genérica encontra-se no art. 103, da Constituição Federal[205]. A amplitude desse rol de legitimados representa o fortalecimento do controle concentrado de constitucionalidade e a democratização desse controle, visto que o legitimado está, em nome próprio, defendendo interesses alheios.[206]

Dentre os legitimados há os universais, que possuem a função instituição de defender a Constituição em qualquer hipótese, que são os dos incisos I, II, III, VI, VII e VIII, do art. 103, e os legitimados especiais, com atuação restrita às questões que repercutem diretamente sobre a esfera jurídica do grupo de pessoas que devam representar, encontram-se encartados nos incisos IV, V e IX, do art. 103.[207]

Para propositura de ação declaratória de inconstitucionalidade pelas confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional essas, além de se amoldarem ao conceito do Supremo Tribunal Federal de confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional, precisam demonstrar a pertinência temática, ou seja, o interesse na propositura da ação relacionado à sua finalidade institucional[208].

A Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999 disciplinou, ainda, o procedimento a ser adotado nas ações diretas de inconstitucionalidade promovidas perante o Supremo Tribunal Federal. Estabeleceu em seu art. 3º que a petição inicial deverá indicar o dispositivo da lei ou do ato normativo impugnado e os fundamentos jurídicos do pedido

---

[204] NEVES, *op. cit*., p. 04.
[205] Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV - a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; VI - o Procurador-Geral da República; VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII - partido político com representação no Congresso Nacional; IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional. ; *In:* BRASIL. Constituição, *op. cit.*
[206] NEVES, *op. cit*., p. 05.
[207] *Ibidem*, p. 06.
[208] NEVES, *op. cit*., p. 08.

em relação a cada uma das impugnações, bem como o pedido, com suas especificações. Devendo essa obedecer ainda os requisitos do art. 282, do CPC.[209]

Consoante o art. 4º da lei a petição inicial inepta, não fundamentada e a manifestamente improcedente serão liminarmente indeferidas pelo relator. O art. 5º dispôs que proposta a ação direta, não se admitirá desistência. O art. 6º preceitua que o relator deverá pedir informações aos órgãos ou às autoridades das quais emanou a lei ou o ato normativo impugnado, devendo essas informações ser prestadas no prazo de trinta dias contado do recebimento do pedido[210].

A respeito das intervenções no processo, em seu art. 7º, *caput*, determinou não ser admissível a intervenção de terceiros no processo de ação direta de inconstitucionalidade. No entanto, no § 2º permitiu ao relator que, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, por despacho irrecorrível, admitisse, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades[211].

Com essa previsão legal positivou-se a figura do *amicus curiae* no processo de controle de constitucionalidade, possibilitando assim que o Supremo Tribunal Federal decida as demandas com amplo conhecimento de todas as suas implicações e repercussões[212].

Nesse viés, observa-se ainda o § 1º, do art. 9º, o qual ventila que em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria.[213]

A propósito dos efeitos da decisão, parcela da doutrina entende que a ação tem caráter dúplice, em razão do que estabelece o art. 24, da Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, pois, declarada a constitucionalidade da norma, deverá ser julgada

---

[209] NEVES, *op. cit*., p. 05.
[210] AKAOUI, Fernando Reverendo Vidal. **Jurisdição Constitucional e a Tutela dos Direitos Metaindividuais**. São Paulo: Verbatium, 2009, p. 67-68.
[211] *Ibidem*, p. 64-66.
[212] MENDES, *op. cit*., p.1124.
[213] AKAOUI, *op. cit*., p. 66-67.

improcedente a ação direta ou procedente eventual ação declaratória, e, proclamada a inconstitucionalidade, deverá ser julgada procedente a ação direta ou improcedente eventual ação declaratória[214].

De acordo com art. 27, da Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999[215], o Supremo Tribunal Federal, ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá limitar os efeitos da decisão ou postergar a sua eficácia. Desse modo, julgada procedente a ação declaratória de inconstitucionalidade tem-se uma declaração de nulidade da lei inconstitucional. Eventual decisão restritiva há de ser expressa, nos termos da lei[216].

A inconstitucionalidade de uma lei pode levar, também a distintas variantes de declaração de nulidade, a saber: a) declaração de nulidade total; b) declaração de nulidade parcial, e; c) declaração de nulidade parcial sem redução de texto[217].

Por derradeiro, o art. 28, parágrafo único[218], da mesma lei prevê que as decisões declaratórias de inconstitucionalidade têm eficácia *erga omnes* e efeito vinculante. Por esse preceito a decisão de mérito proferida na ação declaratória de inconstitucionalidade tem eficácia contra todos (*erga omnes*) e efeito vinculante para os órgãos do Poder Executivo e do Poder Judiciário.[219]

---

[214] NEVES, *op. cit*., p. 22-23.

[215] "Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o STF, 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." *In:* BRASIL. Lei 8.039/90. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1989_1994/L8039.htm>. Acesso em: 14 fev. 2012.

[216] MENDES, *op. cit.*, p.1245.

[217] "A declaração de nulidade total, como o próprio nome indica, ocorre nos casos em que a totalidade da lei ou do ato normativo é invalidada pelo Tribunal. (...) A doutrina e a jurisprudência brasileira admitem plenamente a *teoria da divisibilidade da lei*, de modo que, tal como assente, o Tribunal somente deve proferir inconstitucionalidade daquelas normas viciadas, não devendo estender o juízo de censura às outras partes da lei, salvo se elas não puderem subsistir de forma autônoma. (...) Já em 1949 identificara Lúcio Bittencourt os casos de inconstitucionalidade da aplicação da lei a determinado grupo de pessoas ou de situações como hipótese de inconstitucionalidade parcial (...). Em decisão mais moderna, adotou o Supremo Tribunal Federal, expressa e inequivocamente, a técnica da *declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto,* tal como se pode depreender da seguinte passagem da ementa, concernente à ADI 319, formulada contra Lei 8.039/90." *In:* MENDES, *op. cit.*, p.1245.

[218] "Art. 28. *Omissis.* Parágrafo único. A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal." *In:* BRASIL. Lei 8.039/90, *op. cit*.

[219] MENDES, *op. cit*., p.1275.

4.5.2 Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão

A Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão tem previsão no art. 103, §2º da Constituição Federal[220], o qual estabelece que o Supremo Tribunal Federal, ao declarar a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, dê ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias ou, tratando-se de órgão administrativo, que o faça no prazo de trinta dias.[221]

A ação direta de inconstitucionalidade por omissão constitui-se um "instrumento processual de fiscalização abstrata das omissões do Poder Público quanto à tarefa de editar e de atualizar as medidas necessárias para tornar efetivas as normas constitucionais"[222] sem aplicabilidade imediata.

Consoante abalizada doutrina, a omissão constitucional apta a provocar a propositura da ação direta de inconstitucionalidade por omissão é aquela que ocorre no âmbito dos três poderes, em regra, de natureza normativa, pois, omissões de cunho político-adminstrativo ou judicial possuem recursos próprios para sanar as omissões.[223]

Nesse sentido é a lição de Fredie DIDIER:

> (...) Ademais, não é todo tipo de lacuna da constituição que pode propiciar o surgimento de omissões inconstitucionais. A omissão inconstitucional juridicamente controlável decorre tão-só das lacunas constitucionais intencionais, a representarem opção consciente do constituinte em transferir a órgãos constituídos a tarefa de implementar a plena aplicabilidade da regulação referente a determinados bens jurídicos constitucionalizados. Daí, embora igualmente intencionais, tampouco dão ensejo a omissões inconstitucionais as lacunas que sinalizam "silêncio eloquente" da constituição ou que digam respeito a campos temáticos que o constituinte não quis ocupar. É dizer: se aquilo que a princípio se parece com uma omissão inconstitucional puder ser remediado pelos meios ordinários de integração do direito, não haverá autêntica inconstitucionalidade omissiva, mas apenas lacuna jurídica a ser preenchida, sobretudo, mediante a analogia e a interpretação sistemática.[224]

---

[220] "Art. 103. *Omissis.* § 2º - declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias." *In:* BRASIL. Constituição, *op cit*.
[221] NEVES, *op. cit.*, p. 55.
[222] BERNARDES, Juliano Taveira. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão. *In:* DIDIER, *op. cit*., p. 526.
[223] NEVES, *op. cit.*, p. 57.
[224] BERNARDES, *op. cit.*, p. 530.

A respeito da legitimidade ativa, tem-se por legitimados os constantes do art. 103, I, da Constituição Federal. Ao trato da passiva, entende-se da forma distinta daquela aplicada à ação direta de inconstitucionalidade genérica, pois, na eventual procedência dos pedidos do autor, a pessoa ou órgão responsabilizado pela omissão será chamado a praticar a ação de fazer a ele imputada. [225]

Em relação ao procedimento, nos termos do art. 12-E, da Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, aplica-se à ação direta de inconstitucionalidade por omissão, no que couber, as disposições atinentes à ação direta de inconstitucionalidade genérica. Assim, com as devidas adaptações aplica-se à ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão o procedimento da ação declaratória de inconstitucionalidade genérica.

Sobre a tutela de urgência na ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão, cumpre destacar que, embora parcela da doutrina entenda não ser cabível medida cautelar nessa ação, sob o argumento de que o Supremo Tribunal Federal não pode determinar medidas concretas, o STF e a própria Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999 firmaram ser possível, sem que isso configure atividade legislativa da Suprema Corte[226].

Nos termos do art. 103, §2º, da Constituição Federal, a decisão de procedência do pedido na AÇÃO DECLARATÓRIA DE INCONSTITUCIONALIDADE por omissão possuirá conteúdo diverso, se o responsável pela omissão for o Poder competente para edição da norma ou órgão administrativo[227].

Isto é, quando for omisso o Poder Legislativo o Supremo Tribunal Federal apenas dará ciência da omissão, sem qualquer comando ordenatório para que a conduta ativa seja adotada, tampouco estabelece prazo para que isso ocorra. Tratando-se de órgão administrativo o Supremo Tribunal Federal dará ciência da inconstitucionalidade por omissão, bem como determinará que essa seja sanada no prazo de trinta dias.

---

[225] NEVES, *op. cit*., p. 57.
[226] *Ibidem*, p. 58.
[227] *Ibidem*, p. 59.

4.5.3 Ação Declaratória de Constitucionalidade

A Ação Declaratória de Constitucionalidade foi introduzida no ordenamento pela EC nº 3, de 17 de março de 1993, com alteração da redação do art. 102, I, "a" e acréscimo do § 2º, ao art. 102, bem como do § 4º, ao art. 103. Seu processo e julgamento foram regulamentados pela Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999.[228]

A constitucionalidade do ato normativo é presumida, pelo que há sempre uma presunção relativa de que toda norma infraconstitucional é compatível com a Constituição. É por esse motivo que a ação declaratória de constitucionalidade tem por finalidade transformar essa presunção relativa de constitucionalidade que milita em favor do ato normativo, em coisa julgada.

O objetivo da ação declaratória de constitucionalidade é "certificar, de forma plena e indiscutível, uma situação jurídica já existente, a saber, essa presunção de legitimidade da norma"[229]. E ainda, "a ação declaratória de constitucionalidade é ação meramente declaratória, visto que tem por objetivo a simples certificação da existência de situação jurídica de legitimidade (presumida) do ato normativo"[230].

A respeito da legitimidade ativa, tem-se por legitimados os constantes do art. 103, I, da Constituição Federal. Ao trato da passiva, entende-se que da forma aplicada à ação direta de inconstitucionalidade genérica[231].

A Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999 disciplinou, ainda, o procedimento a ser adotado nas ações diretas de constitucionalidade promovidas perante o Supremo Tribunal Federal. Estabeleceu em seu art. 14 que a petição inicial deverá indicar o dispositivo da lei ou do ato normativo impugnado e os fundamentos jurídicos do pedido em relação a cada uma das impugnações, bem como o pedido, com suas especificações e a existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação da disposição objeto da ação declaratória[232].

Diferentemente da ação declaratória de inconstitucionalidade, na ação declaratória de constitucionalidade exige-se a comprovação de existência de

---

[228] MENDES, *op. cit*., p.1129.
[229] DIDIER JUNIOR, Aspectos, *op. cit.*, p. 455.
[230] *Ibidem*, p. 455-456.
[231] NEVES, *op. cit*., p. 58.
[232] *Ibidem*, p. 62.

controvérsia judicial relevante sobre a aplicação da disposição objeto da ação. Significa que “a norma ou ato que formará o objeto da ação declaratória de constitucionalidade já deve ter sido afastado com inconstitucional por órgãos jurisdicionais em controle incidental de constitucionalidade”[233].

Consoante o art. 15 da lei a petição inicial inepta, não fundamentada e a manifestamente improcedente serão liminarmente indeferidas pelo relator. O art. 16 dispôs que proposta a ação direta, não se admitirá desistência. O art. 6º preceitua que o relator deverá pedir informações aos órgãos ou às autoridades das quais emanou a lei ou o ato normativo impugnado, devendo essas informações ser prestadas no prazo de trinta dias contado do recebimento do pedido.

A respeito das intervenções no processo, em seu art. 18, *caput*, determinou não ser admissível a intervenção de terceiros no processo de ação direta de inconstitucionalidade. No entanto, no § 1º, do art. 20[234], permitiu-se que o relator requisitasse informações adicionais, designasse perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria[235].

A declaração de constitucionalidade de um ato normativo é dotada, em regra, de eficácia retroativa (*ex tunc*), “o que significa dizer que ela ratifica a sua validade e os efeitos jurídicos que produziu”.[236]

Aplica-se à ação declaratória de constitucionalidade o disposto no art. 27, da Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, por meio do qual o Supremo Tribunal Federal, ao declarar a constitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá limitar os efeitos da decisão ou postergar a sua eficácia.[237]

---

[233] NEVES, *op. cit*., p. 62.
[234] “Art. 20. *Omissis.* § 2º - Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria. *In:* BRASIL. Lei 8.039/90, *op. cit*.
[235] AKAOUI, Fernando Reverendo Vidal. Op. cit., p. 64-66.
[236] Ibidem, p. 508-509.
[237] DIDIER JUNIOR, Aspectos, *op. cit.*, p. 508.

Por derradeiro, o art. 28, parágrafo único[238], da mesma lei prevê que as decisões declaratórias de inconstitucionalidade têm eficácia *erga omnes* e efeito vinculante. Por esse preceito a decisão de mérito proferida na ação declaratória de constitucionalidade tem eficácia contra todos (*erga omnes*) e efeito vinculante para os órgãos do Poder Executivo e do Poder Judiciário.[239]

4.5.4 Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

A ideia de se estabelecer um parâmetro estrito de controle de constitucionalidade, que marcou o direito comparado, influenciou decisivamente o constituinte nacional na medida em que se criou uma ação específica para se tutelar os preceitos fundamentais, os quais necessitavam de um mecanismo próprio de tutela[240].

Nesse viés, pode-se verificar que:

> A arguição de descumprimento de preceito fundamental consiste em uma *ação constitucional* especialmente destinada a provocar a jurisdição concentrada do Supremo Tribunal Federal para a tutela da supremacia dos preceitos mais importantes. Vale dizer, é uma ação específica vocacionada a proteger exclusivamente os preceitos constitucionais fundamentais, ante a ameaça ou lesão resultante de qualquer ato ou omissão do poder público.[241]

A arguição de descumprimento de preceito fundamental pode dar ensejo à impugnação ou questionamento direto de lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, como pode acarretar uma provocação a partir de situações concretas, que levem a impugnação de lei ou ato normativo.[242]

No primeiro caso tem-se um controle em caráter principal, que se opera de forma direta em relação à lei ou ato normativo. No segundo, questiona-se a legitimidade da lei tendo em vista a sua aplicação em uma dada situação concreta (caráter incidental).

---

[238] "Art. 28. *Omissis.* Parágrafo único. A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal."
[239] MENDES, *op. cit*., p.1273.
[240] DIDIER JUNIOR, Aspectos, *op. cit.*, p. 568-569.
[241] DIDIER JUNIOR, Aspectos, *op. cit.*, p. 570.
[242] MENDES, *op. cit.*, p.1147.

Nos termos da Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999, podem propor arguição de descumprimento de preceito fundamental os legitimados para a ação direta de inconstitucionalidade, consoante consta do art. 103, I, da Constituição Federal.[243]

Assim como na ação declaratória de inconstitucionalidade, também na arguição de descumprimento de preceito fundamental, a exigência de demonstração de controvérsia jurídica há de ser entendida como atinente à existência de controvérsia jurídica relevante, capaz de afetar a presunção de legitimidade da lei ou da interpretação judicial adotada e, por seguinte, a eficácia da decisão legislativa[244].

De acordo com o §1º, do art. 4º, da Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999, a arguição de descumprimento de preceito fundamental rege-se pelo princípio da subsidiariedade, segundo o qual não é admitida a propositura dessa ação quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade. Além disso, a inexistência de outro meio eficaz de sanar lesão, contido na disposição legal mencionada, há de ser compreendida no contexto da ordem constitucional global[245].

Dessa maneira, cabível a ação declaratória de inconstitucionalidade ou ação declaratória de constitucionalidade, não será admissível arguição de descumprimento de preceito fundamental. Em sentido contrário, não sendo admitida a utilização de ação declaratória de inconstitucionalidade ou ação declaratória de constitucionalidade, não havendo meio apto para solver a controvérsia constitucional de forma ampla, geral e imediata, há de se entender possível a utilização da arguição de descumprimento de preceito fundamental [246].

A própria aplicação do princípio da subsidiariedade significa que a arguição de descumprimento de preceito fundamental há de ser aceita nos casos que envolvam a aplicação direta da Constituição Federal, seja decorrente da alegação de contrariedade

---

[243] MENDES, *op. cit.*, p.1149.
[244] *Ibidem*, p.1150-1151.
[245] MENDES, *op. cit.*, p.1151-1152.
[246] *Ibidem*, p. 1154. “É o que ocorre nas hipóteses relativas ao controle de legitimidade do direito pré-constitucional, do direito municipal em face da Constituição Federal e nas controvérsias sobre normas sobre direito pós-constitucional já revogado ou cujos efeitos já se exauriram. Nesses casos, em face do não-cabimento da ação direta de inconstitucionalidade, não há como deixar de reconhecer a admissibilidade da arguição de descumprimento. Também é possível que se apresente arguição de descumprimento com pretensão de ver declarada a constitucionalidade de lei estadual ou municipal que tenha sua legitimidade questionada nas instâncias inferiores. Tendo em vista o objeto restrito da ação declaratória de constitucionalidade, não se vislumbra aqui meio eficaz para solver, de forma ampla, geral e imediata, eventual controvérsia instaurada.”*In:* Id.

à Constituição proveniente de decisão judicial ou controvérsia sobre interpretação adotada pelo Judiciário que não envolva a aplicação de lei ou ato normativo inconstitucional.[247]

Em consonância com art. 1º, *caput*, da Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999, a arguição de descumprimento de preceito fundamental possui como objeto evitar ou reparar lesão resultante de ato do Poder Público, extensível aos atos praticados por particulares que desempenham função pública delegada. [248]

De acordo com o disposto no parágrafo único, do art. 1º, da Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999, também se admite a arguição de descumprimento de preceito fundamental quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição.[249]

Por oportuno, após apresentado o objeto da arguição de descumprimento de preceito fundamental, cumpre esclarecer o que seja "preceito" e "preceito fundamental" para doutrina nacional, a saber:

> "Segundo ensina a melhor doutrina, preceito constitucional é toda norma constitucional abrangente de regras e princípios, daí falar-se em norma-regra e norma-princípio ou preceito-regra e preceito-princípio. Há doutrina que defende a possibilidade de proteção de preceito que não esteja expressamente consagrado na Constituição Federal, numa espécie decorrência indireta do texto constitucional."[250]

> "Vale dizer, sem embargo da irrepreensível constatação dogmática de que todas as normas de uma Constituição encerram um mesmo imperativo r, em consequência disto, situam-se num mesmo plano hierárquico-normativo, as normas constitucionais distinguem-se quanto aos valores que carregam, sendo admissível falar, na hipótese, em *hierarquia axiológica* entre as normas de uma mesma Constituição. Assim, impõe-se reconhecer a existência de preceitos normativos da Constituição que, em razão dos valores superiores que consagram, são mais fundamentais que outros. Por seguinte, dada a fundamentalidade destes preceitos, o constituinte optou por conferir proteção especial com criação de um mecanismo próprio. A arguição de descumprimento de preceito fundamental consiste em uma *ação constitucional* especialmente destinada a provocar a jurisdição concentrada do Supremo Tribunal Federal para a tutela da supremacia dos preceitos mais importantes. Vale dizer, é uma ação específica vocacionada a proteger exclusivamente os preceitos constitucionais fundamentais, ante a ameaça ou lesão resultante de qualquer ato ou omissão do poder público."[251]

---

[247] MENDES, *op. cit*., p.1154.
[248] NEVES, *op. cit.*, p. 71.
[249] *Ibidem*, p. 72.
[250] NEVES, *op. cit*., p. 70.
[251] DIDIER JUNIOR. Aspectos, *op. cit.*, p. 573.

Por seguinte, admite-se ainda o manuseio de arguição de descumprimento de preceito fundamental para o controle de legitimidade do direito pré-constitucional, para o fim de se resolver a questão referente às competências legislativas e de órgãos integrantes da estrutura federal no âmbito do controle concentrado. Trata-se da sensível questão da chamada incompetência legislativa superveniente.[252]

Ademais, com o advento da Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999 tornou-se possível, em sede de arguição de descumprimento de preceito fundamental, o controle direito de constitucionalidade do direito municipal em face da Constituição Federal. Essa norma estabeleceu ainda, a possibilidade controle de constitucionalidade do direito estadual ou municipal no processo de arguição de descumprimento de preceito fundamental. Poderá ocorrer, assim, a formulação de pleitos com o objetivo de obter a declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade toda vez que da controvérsia judicial instaurada possa resultar sério prejuízo à aplicação da norma, com possível lesão a preceito fundamental[253].

Poderá ocorrer lesão a preceito constitucional fundamental fundada em simples interpretação judicial do texto constitucional. Assim, o ato judicial de interpretação direta de um preceito fundamental poderá conter violação de norma da Constituição, e assim ensejar arguição de descumprimento de preceito fundamental[254].

Com relação à omissão legislativa em sede de arguição de descumprimento de preceito fundamental, configura-se não apenas quando o órgão legislativo não cumpre o seu dever, mas quando também o faz de forma incompleta. Assim, há que se admitir tanto um controle principal, ou direito, como um controle incidental, uma vez que existe, aqui, norma que pode ser objeto de exame judicial[255].

No que tange ao procedimento, conforme o art. 3º da lei em análise a petição inicial deverá conter a indicação do preceito fundamental que se considera violado, a indicação do ato questionado, a prova da violação do preceito fundamental, o pedido, com suas especificações e, se for o caso, a comprovação da existência de controvérsia

[252] MENDES, *op. cit*., p.1157.
[253] *Ibidem*, p.1159-1160.
[254] MENDES, *op. cit.*, p.1160-1161.
[255] *Ibidem*, p.1163.

judicial relevante sobre a aplicação do preceito fundamental que se considera violado.[256]

Em seguida, há ainda no art. 5º previsão para o Supremo Tribunal Federal, por decisão da maioria absoluta de seus membros, deferir pedido de medida liminar na arguição de descumprimento de preceito fundamental. Em caso de extrema urgência ou perigo de lesão grave, ou ainda, em período de recesso, poderá o relator conceder a liminar, *ad referendum* do Tribunal Pleno.[257]

A respeito dos efeitos da decisão, o art. 10 firma que, sendo julgada a ação será determinada a comunicação às autoridades ou órgãos responsáveis pela prática dos atos questionados, fixando-se ainda, as condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental. Por seguinte, o §3º estabelece que a decisão de mérito proferida em sede de arguição de descumprimento de preceito fundamental terá eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público.[258]

Sobre os efeitos temporais, o art. 11 da aludida lei dispõe ser possível modular os efeitos da decisão proferida, em casos de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, a saber:

> Art.11. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, no processo de argüição 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.

Trata-se, portanto, de medida de controle concentrado de constitucionalidade, aplicável nos casos especificados em lei, que correspondem, em regra, àqueles não alcançados pelas ações declaratórias de constitucionalidade e inconstitucionalidade.

---

[256] NEVES, *op. cit*., p. 71.
[257] AKAOUI, *op. cit*., p. 96.
[258] NEVES, *op. cit*., p. 90.

4.6 OUTRAS AÇÕES CONSTITUCIONAIS

4.6.1 Mandado de Injunção

O mandado de injunção consiste numa ação destinada à tutela dos direitos, liberdades e garantias constitucionais, bem como para controlar a omissão legislativa. Possui por objeto o não cumprimento do dever constitucional de legislar que, de certo modo, afeta a direitos constitucionalmente assegurados.[259]

Trata-se de remédio constitucional assegurado no art. 5º, LXXI, da Constituição Federal[260], que tem por finalidade sanear uma omissão legislativa que "não permita o exercício de direitos e liberdades asseguradas constitucionalmente; ou impeça a efetivação das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania (mesmo que infraconstitucional)."[261]

Assim, para que se justifique o manuseio do Mandado de Injunção se faz necessário que ocorra, cumulativamente:

> 1. Ocorra omissão legislativa (a) que regulamente o exercício de direitos e liberdades asseguradas constitucionalmente; ou (b) para efetividade de prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, já afirmadas em legislação (ainda que infraconstitucional)
> 2. o dispositivo careça de norma reguladora (omissão legislativa), impedindo o exercício pelo titular da garantia constitucional acerca de liberdades e direitos, ou das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.[262]

Por seguinte, existem diversas teorias que tentam explicar a essência do mandado de injunção, quais sejam: a) teoria da subsidiariedade; b) teoria da independência jurisdicional; c) teoria da resolutividade; d) posição mista, com adoção das teorias da subsidiariedade e resolutividade (tendência do STF). A saber:

> *Teoria da* Subsidiariedade:
> Segundo a concepção em tela, na decisão do mandado de injunção, deve o órgão julgador se limitar a declarar a mora legislativa, cientificando o (omisso) responsável pela edição normativa

[259] MENDES, *op. cit*., p.1207.
[260] "LXXI - conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania;" *In:* BRASIL. Constituição, *op. cit*.
[261] MAZZEI, Rodrigo. Mandado de Injunção. *In:* DIDIER, Fredie. Op. Cit., p. 216.
[262] *Ibidem*, p. 217.

> necessária, tal como ocorre com a ação de inconstitucionalidade por omissão.
> (...)
> *Teoria da* independência jurisdicional:
> Pela *teoria da independência jurisdicional*, a natureza da sentença proferida em mandado de injunção deve possuir um caráter *constitutivo erga omnes*, pelo qual caberia ao órgão judiciário editar uma norma geral, escapando à regulamentação do caso concreto.
> (...)
> *Teoria da* resolutividade:
> A posição que apraz a maioria dos juristas, e que parece *mais adequada ao espírito do instituto,* é a parte que considera a decisão final do mandado de injunção como *constitutiva inter partes*, em relação à criação da norma faltante. Trata-se da *teoria da resolutividade.* Assim, conforme essa teoria, o órgão jurisdicional deve decidir o caso balizando-se nos princípios constitucionais positivados e no seu sentimento equidade, possibilitando uma imediata efetivação da promessa de direito subjetivo.
> (...)
> *Da* Posição mista, *com adoção das teorias da subsidiariedade e resolutividade (tendência do Supremo Tribunal Federal) (...)*
> Com *postura intermediária* (ou *mista*), em casos específicos o Supremo Tribunal Federal – ao julgar procedente o pedido no mandado de injunção – conferia prazo para o responsável pela iniciativa legislativa sanar a omissão que obsta a efetivação do direito previsto e, ao final desse prazo, sem que a mora legislativa tivesse sido afastada, ficava autorizado ao prejudicado o exercício do direito invocado, com a *liquidação* por meio da via jurisdicional ordinária, nos casos de pretensão condenatória. (...)[263]

Recentemente o Supremo Tribunal Federal, a partir do voto do Ministro Marco Aurélio, proferido no MI 721-7/DF, tem firmado uma posição orientada pela “teoria da resolutividade”, note-se:

> (...) Observe-se que nos mandados de injunção 785-6/DF, 788-8/DF, 795-1/DF e 1.083/DF prevalece de forma unânime o posicionamento segundo o qual, uma vez constatada a mora, deve ela ser comunicada à autoridade competente, ao mesmo tempo em que o Judiciário atua de forma integradora, permitindo a imediata efetivação do direito cujo exercício fora até então impedido por ausência de norma regulamentadora.(...)[264]

A competência para julgamento do Mandado de Injunção se determinará pelo caso concreto, levando-se em consideração a autoridade, órgão ou entidade a quem cabia o exercício legislativo que se indica como não ocorrido. A competência do STF para julgamento do mandado de injunção encontra-se no art. 102, I, “q”, da Constituição Federal[265].

Noutro viés, cumpre colacionar a distinção entre mandado de injunção da ação direta de inconstitucionalidade por omissão proposta por Dirley da CUNHA JUNIOR,

---

[263] MAZZEI, *op. cit*., p. 226-244.
[264] *Ibidem*, p. 243-244.
[265] NEVES, *op. cit*., p. 102.

qual seja:

> (...) o mandado de injunção foi concebido como instrumento de controle concreto ou incidental de constitucionalidade da omissão, voltado à tutela de direitos subjetivos. Já a ação direta de inconstitucionalidade por omissão foi ideada como instrumento de controle abstrato ou principal de constitucionalidade da omissão, empenhado na defesa objetiva da Constituição. Isso significa que o mandado de injunção é uma ação constitucional de garantia individual, enquanto a ação direta de inconstitucionalidade por omissão é uma ação constitucional de garantia da constituição.[266]

Em suma, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão é um processo objetivo, por meio do qual se discute a lei em tese, não existindo um conflito de interesses a ser resolvido em juízo. O mandado de injunção é um processo subjetivo, que visa resolver uma demanda concreta, uma lide[267].

4.6.2 Reclamação Constitucional

A Reclamação Constitucional é um verdadeiro instrumento de decisão no ordenamento jurídico brasileiro, "cuja finalidade é a absorção da insegurança, não no sentido de eliminar o conflito, porque o transforma, visto que as autoridades criarão sempre novas situações de incompatibilidades."[268] Afigura-se um verdadeiro instrumento de proteção da jurisdição constitucional.

De acordo com Leonardo Lins MORATO, a reclamação constitui-se:

> "(...) um meio pelo qual se pode provocar o Estado para que, em se garantindo a sua autoridade, mais precisamente a autoridade do Poder Judiciário, sejam preservados o estado de Direito, as liberdades públicas e a soberania popular."[269]

---

[266] CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Controle das omissões do Poder Público em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 553.
[267] NEVES, *op. cit*., p. 106.
[268] GOÉS, Gisele Santos Fernandes. Reclamação Constitucional – Crise da sua função? *In*: DIDIER JUNIOR., Fredie, *op. cit*., p. 631.
[269] MORATO, Leonardo Lins. A reclamação prevista na Constituição Federal. In: Nelson Nery Junior (Coord.). **Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. pág. 30.

A reclamação é um instituto processual previsto na Constituição Federal, de competência originária dos Tribunais Superiores, que tem por objetivo preservar a competência e garantir a autoridade das decisões desses Tribunais.

A Constituição Federal, em seu artigo 102, inciso I, alínea "l", dispõe sobre a reclamação para o Supremo Tribunal Federal - STF:

> Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:
> I - processar e julgar, originariamente:
> l) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões;

O artigo 105, inciso I, alínea "f", da Constituição Federal[270] prevê a reclamação de competência do Superior Tribunal de Justiça – STJ. Nos artigos 196 a 200, o Tribunal Superior do Trabalho previa a utilização da Reclamação, contudo, essas disposições foram revogadas pelo Ato Regimental nº 02 de 2011.

A Reclamação possui previsão legal no Regimento Interno do STF, em seus artigos 6º, “l”, “g”; art. 9º, I, e do artigo 156 ao 161. Nos artigos 13 a 18, da Lei nº 8.038, de 28 de maio de 1990. E no art. 7º, da Lei nº 11.417, de 19 de dezembro de 2006.

A natureza jurídica do instituto não é pacífica, pois, Nelson NERY JUNIOR concebe-a como um incidente processual, José Frederico MARQUES e Alcides de Mendonça LIMA a classificam como recurso ou como sucedâneo recursal. De outro modo, Candido Rangel DINAMARCO entende que reclamação seja um remédio processual, sem natureza recursal. Pontes de MIRANDA a vislumbra como uma ação com caráter correicional.[271]

José da Silva PACHECO e DIDIER JUNIOR[272] sustentam que a Reclamação não é recurso, mas sim verdadeira ação autônoma de impugnação de ato judicial, que

---

[270] “Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça: I - processar e julgar, originariamente: f) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões;” *In:* BRASIL. Constituição, *op. cit.*

[271] GOÉS, *op. cit*., p. 634.

[272] DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Curso de direito processual civil.** vol 3. 3ª ed. Salvador: JusPodium, 2007, p. 384-385.

provoca o exercício de jurisdição contenciosa, tendo em vista seus elementos: partes, pedido e causa de pedir. [273]

Nesse contexto, o Supremo Tribunal Federal, por conta do julgamento da Reclamação nº 336-1/1990 – DF, tendo como relator o Ministro Celso de MELLO, entendeu que a Reclamação, independente da qualificação recebida, é instrumento de extração constitucional com duas funções de ordem político-jurídica: preservação da competência e a garantia da autoridade das decisões do STF e do STJ.[274]

Em adição a esse entendimento o Ministro Gilmar MENDES, no julgamento da Reclamação - Rcl 5470/PA[275], entendeu ser a Reclamação uma ação de rito essencialmente célere.

Nesse molde, entendeu-se ser a Reclamação uma ação constitucional voltada à proteção da ordem constitucional como um todo, do mesmo feitio que o *habeas corpus*, o mandado de segurança, a ação popular, o *habeas data*, o mandado de injunção, a ação civil pública, a ação direta de inconstitucionalidade, a ação declaratória de constitucionalidade e a arguição de descumprimento de preceito fundamental.

E ainda, similarmente ao mandado de segurança, a reclamação é uma ação com sede na Constituição, de caráter mandamental, com procedimento expedito, o qual depende prova pré-constituída da usurpação ou do desacato, tanto quanto possível de ser apresentada, com o fim de tutelar direito fundamental.

A reclamação constitui-se numa "ação constitucional, cuja cognição é exauriente e de natureza mandamental, porque seu objetivo final é determinar o cumprimento de decisão pela autoridade coatora"[276]. E, por pertencer à jurisdição contenciosa essa ação faz coisa julgada formal e material.

Afigura-se a reclamação um instrumento capaz de garantir a observância do princípio do juiz natural, haja vista objetivar que a atividade judicante seja exercida pelo

---

[273] PACHECO, José da Silva. **O mandado de segurança e outras ações constitucionais típicas**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002, p.618-623.

[274] BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Reclamação n.º 336 / DF. Rel. Min. Celso de Mello, decisão: 19/12/1990. Publicação DJ 15/03/1991. PP – 02644. Ement. Vol. 01612-01, PP-00007. RTJ Vol-00134-03, PP-01033. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 20 abr. 2012.

[275] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação e Proteção da Ordem Constitucional. Reclamação n. 5470PA. Relator: Gilmar Ferreira Mendes, Brasília, 29 fev. 2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo496.htm#transcricao1>. Acesso em: 20 abr. 2012.

[276] GOÉS, *op. cit*., p. 637-638.

juízo competente, previamente designado pela Constituição Federal e pelas normas infraconstitucionais. Bem como, apto a garantir o princípio da tutela jurisdicional adequada, vez que visa resguardar as decisões do STF e do STJ, objetivando assim preservar o exercício da função judicante dos órgãos judiciais[277].

Nesse prisma, destaca-se a ofensa a outros princípios fundamentais, como os do Estado Democrático de Direito e da proporcionalidade, haja vista que a desobediência às decisões e a usurpação de competência configuram uma ruptura na estrutura da organização brasileira, instalando-se a insegurança jurídica em sede de tutela jurisdicional.

A respeito das hipóteses de cabimento, releva-se que, em regra, a Reclamação pode ser utilizada em três situações, veja-se:

> (...) invasão de competência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça e se busca preservá-la, bem como se desobedeceu decisão do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça e necessita restaurar o respeito à autoridade das suas decisões ou, especialmente, a decisão judicial ou o ato administrativo contraria Súmula vinculante ou a aplica indevidamente, esclarecendo-se que essa última possibilidade foi implementada na Constituição de 1988, pela Emenda Constitucional 45/04, voltando-se exclusivamente ao Supre Tribunal Federal (art. 103-A,§ 3º).[278]

Anotem-se ainda outras hipóteses de cabimento da reclamação constitucional veiculadas na doutrina: a) negativa de seguimento ao agravo de instrumento em sede de recurso extraordinário e/ou especial; b) juízo de execução que descumpre decisão final fixada pelo Supremo Tribunal Federal; c) quando da prática, retardamento ou omissão da pratica de determinado ato por parte do Tribunal *a quo*; d) para efetividade das decisões de recursos extraordinário e especial de competência originária do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça; e) contra atos administrativos; f) em razão do descumprimento de medida liminar em ação direta de inconstitucionalidade[279].

---

[277] GOÉS, *op. cit*., p. 638.
[278] *Ibidem*, p. 640.

4.6.3 *Habeas Data*

O direito ao *habeas data* encontra-se assegurado no art. 5º, inciso LXXII, da Constituição Federal[280], tratando-se apenas das hipóteses de cabimento dessa tutela mandamental constitucional. A Lei nº 9.507, de 12 de novembro de 1997 traz ainda em art. 7º, III[281], uma nova hipótese não prevista na norma constitucional. Essa regra busca estabelecer o procedimento a ser utilizado no processamento da ação de *habeas data*.[282]

De acordo com a disposição constitucional o *habeas data* é uma ação constitucional voltada a garantir os direitos de intimidade e, de maneira mais abrangente, de informação.[283]

O *habeas data* assegura o acesso às informações existentes em registros ou bancos de dados das entidades governamentais ou de caráter público, bem como a eventual retificação dessas informações[284].

O § 1º, do art. 1º, da Lei nº 9.507, de 12 de novembro de 1997[285] estabelece a abrangência das informações que podem ser obtidas, retificadas ou anotadas pelo *habeas data.*[286]

Em sede de *habeas data*, a informação requerida sempre dirá respeito à pessoa de quem a requer, precisamente a dados pessoais seus que constem de

---

[280] Art. 5°. *Omissis.* LXXII - conceder-se-á "habeas-data": a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público; b) para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo; *In*: BRASIL. Constituição, *op. cit*.

[281] Art. 7° Conceder-se-á *habeas data*: I - para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registro ou banco de dados de entidades governamentais ou de caráter público; II - para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo; III - para a anotação nos assentamentos do interessado, de contestação ou explicação sobre dado verdadeiro mas justificável e que esteja sob pendência judicial ou amigável. *In:* BRASIL. Lei n° 9507/1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9507.htm>

[282] NEVES, *op. cit*., p. 331.

[283] BUENO, Cassio Scarpinella. Habeas Data. *In*: DIDIER JUNIOR., *op. cit*., p. 69.

[284] NEVES, *op. cit*., p. 331.

[285] "Art. 1 º. *Omissis.* Parágrafo único. Considera-se de caráter público todo registro ou banco de dados contendo informações que sejam ou que possam ser transmitidas a terceiros ou que não sejam de uso privativo do órgão ou entidade produtora ou depositária das informações."

[286] BUENO, *op. cit.*, p. 71.

arquivos ou bancos de dados, que poderá ser público ou que apenas torne públicas as informações que detenha. [287]

A Lei nº 9.507, de 12 de novembro de 1997, em seus artigos 2º, 3º e 4º, fixa a fase pré-processual, qual não necessita a intervenção do Poder Judiciário. Esses artigos asseguram a apresentação de requerimento administrativo e firmam os prazos para resposta ao pedido de informações, retificações ou averbações.[288] A saber:

> Art. 2º O requerimento será apresentado ao órgão ou entidade depositária do registro ou banco de dados e será deferido ou indeferido no prazo de quarenta e oito horas.
> Parágrafo único. A decisão será comunicada ao requerente em vinte e quatro horas.
> Art. 3º Ao deferir o pedido, o depositário do registro ou do banco de dados marcará dia e hora para que o requerente tome conhecimento das informações.
> Parágrafo único.
> Art. 4º Constatada a inexatidão de qualquer dado a seu respeito, o interessado, em petição acompanhada de documentos comprobatórios, poderá requerer sua retificação.
> § 1º Feita a retificação em, no máximo, dez dias após a entrada do requerimento, a entidade ou órgão depositário do registro ou da informação dará ciência ao interessado.
> § 2º Ainda que não se constate a inexatidão do dado, se o interessado apresentar explicação ou contestação sobre o mesmo, justificando possível pendência sobre o fato objeto do dado, tal explicação será anotada no cadastro do interessado.[289]

Nesse procedimento administrativo que precede o judicial – a parte requerente pede informações para o órgão, que deverá providenciá-la em 48 horas e comunicá-lo em 24 horas. Passados dez dias sem resposta, é admissível a propositura de *habeas data*[290]*.*

Na fase processual há considerável semelhança entre o procedimento do habeas data e do mandado de segurança, inclusive com algumas regras legais que simplesmente copiam a lei de mandado de segurança, como o uso de autoridade coatora, notificação, impetração, dentre outras.[291]

O art. 8º, da Lei nº 9.507, de 12 de novembro de 1997[292] estabelece os requisitos da petição inicial e como deverá ser instruída. O art. 9º dispõe que, uma vez

---

[287] NEVES, *op. cit*., p. 332.
[288] *Ibidem*, p. 337.
[289] BRASIL. Lei n° 9507/1997, *op. cit*.
[290] NEVES, *op. cit*., p. 338.
[291] *Ibidem*, p. 340.
[292] "Art. 8° A petição inicial, que deverá preencher os requisitos dos arts. 282 a 285 do Código de Processo Civil, será apresentada em duas vias, e os documentos que instruírem a primeira serão reproduzidos por cópia na segunda. Parágrafo único. A petição inicial deverá ser instruída com prova: I - da recusa ao acesso às informações ou do decurso de mais de dez dias sem decisão; II - da recusa em

notificada, a autoridade coatora tem dez dias para prestar informações em juízo, não fazendo preclusa estará a sua oportunidade de manifestar-se[293].

Estabelece o art. 12 que o Ministério Público deverá ser ouvido depois de decorrido o prazo para autoridade prestar informação. Nesse caso o Ministério Público funcionará como fiscal da lei[294].

A propósito da decisão, segundo o art. 13, da Lei nº 9.507, de 12 de novembro de 1997, o acolhimento do pedido o autor levará o juiz a determinar ao coator a tomada de duas providências, tudo a depender do pedido formulado. Se a pretensão for o acesso ás informações, o juiz marcará data e horário para que o coator as exiba em juízo. Se a pretensão for a modificação de informações, o juiz marcará data e horário para que o coator apresente em juízo a prova da retificação ou da anotação feita nos assentamentos do autor[295].

Não há na Lei nº 9.507, de 12 de novembro de 1997 previsão expressa acerca da possibilidade de concessão de liminar, no entanto a doutrina entende ser possível a concessão da tutela de urgência satisfativa liminarmente.[296][297]

Por derradeiro, a competência para julgamento do *habeas data* está prevista no art. 20, da Lei nº 9.507, de 12 de novembro de 1997.[298]

---

fazer-se a retificação ou do decurso de mais de quinze dias, sem decisão; ou III - da recusa em fazer-se a anotação a que se refere o § 2° do art. 4° ou do decurso de mais de quinze dias sem decisão."

[293] BUENO, *op. cit*., p. 85-88.

[294] *Ibidem*, p. 88.

[295] NEVES, *op. cit*., p. 347.

[296] *Ibidem*, p. 348-349.

[297] BUENO, *op. cit.*, p. 90-94.

[298] "Art. 20. O julgamento do *habeas data* compete: I - originariamente: a) ao Supremo Tribunal Federal, contra atos do Presidente da República, das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República e do próprio Supremo Tribunal Federal; b) ao Superior Tribunal de Justiça, contra atos de Ministro de Estado ou do próprio Tribunal; c) aos Tribunais Regionais Federais contra atos do próprio Tribunal ou de juiz federal; d) a juiz federal, contra ato de autoridade federal, excetuados os casos de competência dos tribunais federais; e) a tribunais estaduais, segundo o disposto na Constituição do Estado; f) a juiz estadual, nos demais casos; II - em grau de recurso: a) ao Supremo Tribunal Federal, quando a decisão denegatória for proferida em única instância pelos Tribunais Superiores; b) ao Superior Tribunal de Justiça, quando a decisão for proferida em única instância pelos Tribunais Regionais Federais; c) aos Tribunais Regionais Federais, quando a decisão for proferida por juiz federal; d) aos Tribunais Estaduais e ao do Distrito Federal e Territórios, conforme dispuserem a respectiva Constituição e a lei que organizar a Justiça do Distrito Federal; III - mediante recurso extraordinário ao Supremo Tribunal Federal, nos casos previstos na Constituição."

4.6.4 Ação Popular

Em território nacional, a ação popular vigora desde o período colonial. Em 1934, fora incluída expressamente naquela Constituição Federal, por meio do art. 118, §3º, sendo suprimida em 1937, e retornando em 1946 e assim nas Constituições sucessivas.[299]

A Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965 foi a primeira lei que tratou de tutela coletiva no ordenamento brasileiro. No início, a lei e o regramento constitucional previam apenas a tutela do patrimônio público material. No entanto, com o advento da Lei nº 6.513, de 20 de dezembro de 1977, o objeto da ação foi ampliado para incluir os bens imateriais que fazem parte do patrimônio público, tais como a moralidade administrativa, o meio ambiente e o patrimônio histórico e cultural.[300]

Por seguinte, Maria Sylvia Zanella di PIETRO conceitua a ação popular, veja-se:

> Ação Popular é a ação civil pela qual qualquer cidadão pode pleitear a invalidação de atos praticados pelo poder público ou entidades de que participe, lesivos ao patrimônio público, ao meio ambiente, à moralidade administrativa ou ao patrimônio histórico e cultural, bem como a condenação por perdas e danos dos responsáveis pela lesão.[301]

Hodiernamente, nos termos do preceito constitucional do art. 5º, LXXIII, da Constituição Federal, a ação popular destina-se a tutelar os seguintes bens: a) patrimônio público estatal; b) os recursos públicos investidos em qualquer entidade; c) a moralidade administrativa; d) o meio ambiente, e; e) o patrimônio histórico e cultural[302].

O art. 5º, LXXIII, da Constituição Federal assim dispõe, colaciona-se:

> Art. 5º. *Omissis*
> LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência;

---

[299] NEVES, *op. cit*., p. 204.
[300] *Ibidem*, p. 204-205.
[301] PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. **Direito Administrativo**. 14ª Ed. Atlas. São Paulo. 2002. p. 655.
[302] RODRIGUES, Geisa de Assis. Ação Popular. *In*: DIDIER JUNIOR, *op. cit*., p. 283.

As hipóteses de cabimento fixadas no art. 5º, LXXIII, da Constituição Federal podem ser fracionadas em três: "(a) anulação de ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o estado participe; (b) anulação de ato lesivo a moralidade administrativa; (c) anulação de ato lesivo ao meio ambiente e ao patrimônio histórico"[303].

O art. 1º, da Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965 consagra a lesividade ao patrimônio público como fundamento para ação popular, qual seja:

> Art. 1º Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados, dos Municípios, de entidades autárquicas, de sociedades de economia mista (Constituição, art. 141, § 38), de sociedades mútuas de seguro nas quais a União represente os segurados ausentes, de empresas públicas, de serviços sociais autônomos, de instituições ou fundações para cuja criação ou custeio o tesouro público haja concorrido ou concorra com mais de cinqüenta por cento do patrimônio ou da receita ânua, de empresas incorporadas ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios, e de quaisquer pessoas jurídicas ou entidades subvencionadas pelos cofres públicos.[304]

Os §§ 1º e 2º, do art. 1º, da mesma regra conceitua o patrimônio público a ser protegido, a saber:

> § 1º - Consideram-se patrimônio público para os fins referidos neste artigo, os bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico.
> § 2º Em se tratando de instituições ou fundações, para cuja criação ou custeio o tesouro público concorra com menos de cinqüenta por cento do patrimônio ou da receita ânua, bem como de pessoas jurídicas ou entidades subvencionadas, as conseqüências patrimoniais da invalidez dos atos lesivos terão por limite a repercussão deles sobre a contribuição dos cofres públicos.

Dessa feita, nota-se que o patrimônio público a ser protegido por meio da ação popular é o mais amplo possível, incluindo bens materiais e imateriais, como bens móveis, imóveis, ações, créditos públicos, bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico e turístico[305].

Em adendo, consoante a jurisprudência do STJ tanto o ato comissivo como omissivo podem ser objeto de ação popular[306].

---

[303] NEVES, *op. cit*., p. 205.
[304] BRASIL. Lei nº 4717/65. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4717.htm>. Acesso em: 12 mai. 2012.
[305] RODRIGUES, *op. cit*., p. 284.
[306] NEVES, *op. cit*., p. 206.

Em relação à legitimidade, a Constituição Federal prescreve que todo cidadão possui o direito de propor ação popular. Assim, o legitimado a propor ação popular é o cidadão eleitor, o qual deve se encontrar em pleno gozo dos seus direitos políticos, estando quite com as suas obrigações eleitorais[307].

Nos termos do art. 6º, da Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965[308], é considerada legitimada passiva qualquer pessoa jurídica que de alguma forma utilize patrimônio e recursos públicos, o que consagra a tradicional característica da ação popular de forma jurisdicional de controle da administração pública[309].

A ação popular objetiva invalidar os atos administrativos em geral, em princípio, ilegais e lesivos aos bens jurídicos por ela tutelados. Para fins de ação popular os atos administrativos são apenas aqueles de feito concreto, inclusive as leis de efeitos concretos[310].

Os atos impugnáveis objeto da ação popular podem ser tanto os atos vinculados como os discricionários. Desse modo, admite-se o controle do desvio do padrão de legalidade, bem como a fiscalização da razoabilidade no exercício do poder discricionário estatal[311] e a da legitimidade do ato discricionário, por estar sujeito a controle jurisdicional[312].

A ação popular não pode ser tratada como uma ação autônoma de impugnação de ato judicial. No entanto, o STJ tem admitindo a ação popular como instrumento para se impugnar decisões, com o fim de relativizar a coisa julgada injusta constitucional[313].

Para propositura da ação popular é indispensável que haja o binômio legalidade e lesividade do ato impugnado. Nos termos do preceito constitucional correspondente o "ato lesivo" refere-se ao patrimônio público, moralidade administrativa e ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural. Enquanto à lesividade, essa pode ser

---

[307] RODRIGUES, *op. cit*., p. 285.
[308] "Art. 6º A ação será proposta contra as pessoas públicas ou privadas e as entidades referidas no art. 1º, contra as autoridades, funcionários ou administradores que houverem autorizado, aprovado, ratificado ou praticado o ato impugnado, ou que, por omissas, tiverem dado oportunidade à lesão, e contra os beneficiários diretos do mesmo." *In:* BRASIL. Lei nº 4717/65, *op. cit*.
[309] NEVES, *op. cit.*, p. 222.
[310] RODRIGUES, *op. cit.*, p. 292-293.
[311] NEVES, *op. cit.*, p. 209.
[312] RODRIGUES, *op. cit*., p. 294-295.
[313] NEVES, *op. cit*., p. 210.

presumida (artigos 2º e 3º, da Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965) ou efetiva (art. 4º, da mesma lei).[314]

Em regra o cidadão é o titular da ação popular, contudo, é possível que o Ministério Público assuma a condução da ação, em razão da sua legitimidade superveniente, proveniente das circunstâncias constantes do art. 9º, da Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965[315]. Poderá ainda o Ministério Público funcionar como fiscal da lei, nos termos do § 4º, do art. 6º, da mesma lei.

De acordo com o disposto no art. 5º, da Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965[316]. A ação popular é de competência do primeiro grau de jurisdição, independente da autoridade que figure como réu. De acordo com o Supremo Tribunal Federal, esse terá competência excepcional nos casos das alíneas "f" e "n", do inciso I, do art. 102, da Constituição Federal[317].

Em consonância com o art. 7º, da Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965 a ação popular seguirá, em regra, o procedimento, com as devidas adequações à legislação regente[318].

A sentença em sede de ação popular, nos termos dos artigos 11[319] e 12[320], da lei, possuirá os seguintes efeitos, a saber:

---

[314] NEVES, *op. cit*., p. 210-211.

[315] "Art. 9º Se o autor desistir da ação ou der motiva à absolvição da instância, serão publicados editais nos prazos e condições previstos no art. 7º, inciso II, ficando assegurado a qualquer cidadão, bem como ao representante do Ministério Público, dentro do prazo de 90 (noventa) dias da última publicação feita, promover o prosseguimento da ação." *In:* BRASIL. Lei nº 4717/65, *op. cit*.

[316] "Art. 5º Conforme a origem do ato impugnado, é competente para conhecer da ação, processá-la e julgá-la o juiz que, de acordo com a organização judiciária de cada Estado, o for para as causas que interessem à União, ao Distrito Federal, ao Estado ou ao Município. § 1º Para fins de competência, equiparam-se atos da União, do Distrito Federal, do Estado ou dos Municípios os atos das pessoas criadas ou mantidas por essas pessoas jurídicas de direito público, bem como os atos das sociedades de que elas sejam acionistas e os das pessoas ou entidades por elas subvencionadas ou em relação às quais tenham interesse patrimonial. § 2º Quando o pleito interessar simultaneamente à União e a qualquer outra pessoa ou entidade, será competente o juiz das causas da União, se houver; quando interessar simultaneamente ao Estado e ao Município, será competente o juiz das causas do Estado, se houver." *In:* BRASIL. Lei nº 4717/65, *op. cit*.

[317] NEVES, *op. cit.*, p. 239.

[318] *Id*.

[319] "Art. 11. A sentença que, julgando procedente a ação popular, decretar a invalidade do ato impugnado, condenará ao pagamento de perdas e danos os responsáveis pela sua prática e os beneficiários dele, ressalvada a ação regressiva contra os funcionários causadores de dano, quando incorrerem em culpa." *In:* BRASIL. Lei nº 4717/65, *op. cit*.

[320] "Art. 12. A sentença incluirá sempre, na condenação dos réus, o pagamento, ao autor, das custas e demais despesas, judiciais e extrajudiciais, diretamente relacionadas com a ação e comprovadas, bem como o dos honorários de advogado."

> a) constitutivo-negativo, uma vez que importa na desconstituição do ato administrativo inválido, tendo de há muito sido superado o entendimento que reputava que a sentença da ação popular tinha carga preponderantemente declaratória; b) condenatório, sempre que se identifique a ocorrência de lesão aos jurídicos tutelados.[321]

Desse modo, sendo julgado procedente o pedido, tem-se como efeitos da decisão a desconstituição do ato administrativo impugnado e a condenação dos administradores, agentes administrativos, demais responsáveis e beneficiários do ato lesivo, os quais serão condenados pelas perdas e danos causados à quaisquer das pessoas jurídicas elencadas no art. 1º, da mencionada regra.

À vista do art. 12, julgado procedente o pedido, os réus também serão condenados a pagar as custas judiciais, os honorários advocatícios e as outras despesas, verbas que são destinadas ao cidadão autor da ação. A gratuidade de pagamento de custas (e de preparo recursal) favorece tão somente o autor da ação popular, salvo em caso de comprovada má-fé[322].

Transitada em julgado a sentença de procedência, a respectiva coisa julgada tem eficácia *erga omnes*, a fim de alcançar todos, até mesmo terceiros alheios ao processo, tanto que os mesmos também têm legitimidade ativa para a execução da sentença, conforme os artigos 16 e 17, da Lei nº Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965.

4.6.5 Mandado de Segurança

A princípio, válida é a doutrina de Hely Lopes MEIRELLES sobre a definição do mandado de segurança, qual seja:

> "Mandado de Segurança é o meio constitucional posto à disposição de toda pessoa física ou jurídica, órgão com capacidade processual, ou universalidade reconhecida por lei, para a proteção de direito individual ou coletivo, líquido e certo, não amparado por hábeas corpus ou hábeas data, lesado ou ameaçado de lesão, por ato de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça".[323]

O mandado de segurança possui previsão constitucional, tratando-se de verdadeira garantia consagrada no art. 5º, inciso LXIX, da Constituição Federal:

---

[321] RODRIGUES, *op. cit.*, p. 323-324.
[322] *Ibidem*, p. 307.
[323] MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de Segurança**. 30 ed. Malheiros. São Paulo, 2007, p. 25-26.

> LXIX - conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por "habeas-corpus" ou "habeas-data", quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.

Na legislação infraconstitucional, as principais disposições materiais e processuais a seu respeito encontram-se consolidadas na Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009. O art. 1º, *caput*, da Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009 prevê as hipóteses de cabimento do mandado de segurança, note-se:

> Art. 1º Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por **habeas corpus** ou **habeas data**, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, qualquer pessoa física ou jurídica sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça.

O mandado de segurança tem por objeto prevenir ou corrigir uma ação ou omissão, ilegal e abusiva, realizada ou iminente, por uma autoridade pública no exercício de suas funções[324].

A respeito da legitimidade ativa, nos termos do *caput*, do art. 1º, dessa regra, podem ser legitimados ativos as pessoas físicas e jurídicas, como ainda, órgãos públicos despersonalizados e as universalidades reconhecidas por lei[325].

Sobre a legitimidade passiva, o art. 6º, da Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009 fixou como requisito da petição inicial a indicação da autoridade apontada como coatora, bem como a pessoa jurídica que esta integra. Registre-se que para o STJ a autoridade coatora não faz parte do polo passivo da ação, posição ocupada apenas pessoa de direito público[326].

O art. 1º, da Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009, estabeleceu, na forma da legislação anterior, que o ato coator impugnável por mandado de segurança é aquele praticado por autoridade, de qualquer categoria ou função que exerça.

A novidade se faz no § 1º, o qual estabelece pela forma equiparada que podem ser autoridades, os representantes ou órgãos de partidos políticos e os administradores

---

[324] SODRÉ, Eduardo. Mandado de Segurança Individual. *In*: DIDIER JUNIOR, *op. cit*., p. 122.
[325] SODRÉ, *op. cit*., p. 112-113.
[326] NEVES, *op. cit*., p. 135-136.

de entidades autárquicas, bem como os dirigentes de pessoas jurídicas ou as pessoas naturais no exercício de atribuições do poder público, somente no que disser respeito a essas atribuições[327].

Ademais, não é qualquer direito que pode ser amparado por mandado de segurança, exige-se que se trate de direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou por *habeas data*[328]*.*

O direito líquido e certo "é aquele direito titularizado pelo impetrante, embasado em situação fática perfeitamente delineada e comprovada de plano por meio de prova pré-constituída"[329]. Em suma, significa o direito resultante de um fato certo, que pode ser comprovado de plano, por meio da prova constituída.

Nessa esteira é a lição de Hely Lopes MEIRELLES, a saber:

> "(...) é o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração. Por outras palavras, o direito invocado, para sem amparável por mandado de segurança, há de vir expresso em norma legal e trazer em si todos os requisitos e condições de sua aplicação ao impetrante: se sua existência for duvidosa; se sua extensão ainda não estiver delimitada; se seu exercício depender de situações e fatos ainda indeterminados, não rende ensejo à segurança, embora possa ser defendido por outros meios judiciais. Quando a lei alude a direito líquido e certo, está exigindo que esse direito se apresente com todos os requisitos para seu reconhecimento e exercício no momento da impetração. Em última análise, direito líquido e certo é direito comprovado de plano. Se depender de comprovação posterior, não é líquido nem certo, para fins de segurança. Evidentemente, o conceito de liquidez e certeza adotado pelo legislador do mandado de segurança não é o mesmo do legislador civil (CC, art. 1533). É um conceito impróprio - e mal-expresso - alusivo a precisão e comprovação dos fatos e situações que ensejam o exercício desse direito. Por se exigir situações e fatos comprovados de plano é que não há instrução probatória no mandado de segurança. Há, apenas, uma dilação para informações do impetrado sobre as alegações e provas oferecidas pelo impetrante, com subseqüente manifestação do Ministério Público sobre a pretensão do postulante. Fixada a lide nestes termos, advirá a sentença considerando unicamente o direito e os fatos comprovados com a inicial e as informações."[330]

A propósito do objeto de impetração, trata-se de uma ação por meio da qual o autor insurge-se contra um ato administrativo ilegal e abusivo. No entanto, há atos administrativos que, em razão da sua peculiaridade, não constituem objeto do mandado de segurança[331].

---

[327] NEVES, *op. cit*., p. 138.
[328] SODRÉ, *op. cit*., p. 121.
[329] *Id*.
[330] MEIRELLES, *op. cit*., p. 38-39.
[331] SODRÉ, *op. cit.*, p. 123.

Assim, em relação aos atos normativos, sendo esses de efeito concreto o mandado de segurança pode ser contra ele manejado. Tratando-se de norma de feitos abstratos (lei em tese), a impetração, quando houver fundado receio de dano, "deve ser dirigida, preventivamente, em face da autoridade com competência para dar-lhe cumprimento ou, repressivamente, na hipótese deste cumprimento já ter consumado"[332].

O ato *interna corporis*, por força dos princípios da autonomia e independência dos Poderes (art. 2º, da Constituição Federal), não pode ser apreciado pelo Poder Judiciário, pelo que o mandado de segurança não pode ser manuseado para esse fim[333].

Em continuidade, para a impetração de mandado de segurança contra os atos judiciais exigem-se três pressupostos, quais sejam: "i) inexistência de instrumento recursal idôneo; ii) não formação da coisa julgada; iii) ocorrência de teratologia na decisão atacada"[334].

No que tange ao ato sujeito a recurso administrativo e ao ato disciplinar, é admissível na doutrina e a jurisprudência impetração de mandado de segurança para impugná-los[335].

Ademais, a própria Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009, no § 2º, do art. 1º, previu que não cabe mandado de segurança contra os atos de gestão comercial praticados pelos administradores de empresas públicas, de sociedade de economia mista e de concessionárias de serviço público.

A competência, de acordo com a jurisprudência do STJ, será definida em razão da função ou da categoria funcional da autoridade informada como coatora na petição inicial. Por conta disso, tem-se que a competência para impetração do mandado de segurança é absoluta, eis que fixada em razão da pessoa indicada na ação mandamental, ou ainda, para ser exato em razão da função exercida por essa pessoa[336].

---

[332] *Ibidem*, p. 124.
[333] *Id*.
[334] SODRÉ, *op. cit.*, p. 125.
[335] *Ibidem*, p. 126.
[336] NEVES, *op. cit*., p. 128.

Nos termos do art. 12, *caput*, da regra em tela, o Ministério Público funcionará como fiscal da lei, o qual se manifestará improrrogavelmente em dez dias[337].

Noutro viés, o prazo para impetração do mandado de segurança é cento e vinte dias, sendo esse decadencial, eis que não se suspende ou se interrompe após o seu início, sendo esse o entendimento do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça[338].

Por seguinte, observa-se que do art. 4º ao 20, a Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009 estabeleceu o seu procedimento, fixando prazos, estabelecendo requisitos para apresentação da petição inicial, indeferimento da petição inicial, o processamento da demanda, a possibilidade de concessão de liminar, manifestação do Ministério Público, manifestação da autoridade, cabimento de recursos, dentre outras normas procedimentais.

Em relação à liminar em mandado de segurança, o art. 7º, III, da Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009 estabeleceu a possibilidade de sua concessão. Contudo, em seu § 2º, fixou que não será concedida medida liminar que tenha por objeto a compensação de créditos tributários, a entrega de mercadorias e bens provenientes do exterior, a reclassificação ou equiparação de servidores públicos e a concessão de aumento ou a extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza.

Em regra o mandado de segurança não deve ter como objeto principal uma obrigação de pagar quantia, consoante dispõe a Súmula 269, do STF ao prescrever que essa ação mandamental não é substitutiva da ação de cobrança. No entanto, a obrigação de pagar quantia não é totalmente vedada, pois, nos termos do art. 14, § 4º, da Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009, haja vista ser possível o pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias a servidor público da administração direta ou autárquica federal, estadual e municipal.[339]

A partir do art. 21, da Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009 foi regulamentado o Mandado de Segurança Coletivo, estabelecendo em seu art. 21, *caput*, quem possui

[337] *Ibidem*, p. 143.
[338] *Ibidem*, p. 145-146.
[339] *Ibidem*, p. 160.

legitimidade ativa, e em seu parágrafo único os direitos protegidos por essa modalidade de mandado de segurança[340].

4.6.6 Ação Civil Pública

A criação da ação civil pública, de acordo com Hugo Nigro MAZZILLI, deu-se nos seguintes termos históricos, note-se:

> "O anteprojeto pioneiro para a defesa de interesses difusos em juízo foi elaborado por Ada Pellegrinni Grinover, Cândido Rangel Dinamarco, Kazuo Watanabe e Waldemar Mariz de Oliveira Junior. Tendo sido apresentado ao I Congresso Nacional de Direito Processual, em Porto Alegre (1983). Enriquecido e modificado especialmente com as contribuições de Barbosa Moreira. Foi apresentado, então, a Câmara dos Deputados pelo parlamentar Flávio Bierrenbach. Enquanto isso os Promotores de Justiça Antônio Augusto Mello de Camargo Ferraz, Édis Milaré e Nelson Nery Júnior retomaram a discussão do anteprojeto original, alterando-o e incluindo novas sugestões. Com base nesses estudos, o Ministério Público paulista apresentou outro anteprojeto ao governo federal, que, encampando a proposta, a encaminhou ao Congresso, agora como projeto do Executivo (nº 4.984/85, na Câmara nº 20/85 no Senado). Tramitando mais celeremente este último projeto – o do Poder Executivo – acabou por receber a sanção presidencial, transformando-se na Lei 7.347, de 24-7-1985 (Lei da Ação Civil Pública – LACP)."[341]

A ação civil pública foi instituída pela Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, para defesa de interesses difusos e coletivos, em seguida veio a ser consagrada pelo art. 129, III, da Constituição Federal:

> **Art. 129** - São funções institucionais do Ministério Público:
> (...)

---

[340] "Art. 21. O mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por partido político com representação no Congresso Nacional, na defesa de seus interesses legítimos relativos a seus integrantes ou à finalidade partidária, ou por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há, pelo menos, 1 (um) ano, em defesa de direitos líquidos e certos da totalidade, ou de parte, dos seus membros ou associados, na forma dos seus estatutos e desde que pertinentes às suas finalidades, dispensada, para tanto, autorização especial. Parágrafo único. Os direitos protegidos pelo mandado de segurança coletivo podem ser: I - coletivos, assim entendidos, para efeito desta Lei, os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular grupo ou categoria de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica básica; II - individuais homogêneos, assim entendidos, para efeito desta Lei, os decorrentes de origem comum e da atividade ou situação específica da totalidade ou de parte dos associados ou membros do impetrante. *In:* BRASIL, Lei 7.347/1985. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7347orig.htm>. Acesso em: 13 mai. 2012.

[341] MAZZILLI, Hugo Nigro. **A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo**. 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.99-100.

> III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos; (...)

O direito a ser tutelado pela ação civil pública pode ser "qualquer interesse supraindividual"[342], excluídas as ressalvas do parágrafo o único do art. 1º, da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985. Assim, eis os bens resguardados pelo art. 1º, quais sejam:

> Art. 1º Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados:
> I - ao meio-ambiente;
> II - ao consumidor;
> III – a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;
> IV - a qualquer outro interesse difuso ou coletivo.
> V - por infração da ordem econômica;
> VI - à ordem urbanística.
> Parágrafo único. Não será cabível ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados.

A ação civil pública pode ser proposta para se tutelar qualquer direito difuso, coletivo ou individual homogêneo. O art. 81, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor - CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR traz a definição dos direitos coletivos *lato sensu* referenciados, saber:

> Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.
> Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:
> I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;
> II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;
> III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

Os interesses transindividuais podem ser classificados da seguinte forma: a) "interesses difusos", envolvem um grupo indeterminável de lesados, reunidos por uma situação de fato comum, tendo objeto indivisível, como o meio ambiente de uma região;

---

[342] RODRIGUES, Marcelo Abelha. Ação Civil Pública. *In*: DIDIER JUNIOR, *op. cit*., p. 342.

b) “interesses coletivos”, em sentido estrito, abrangem um grupo determinável, reunido por uma relação jurídica básica comum, tendo também um objeto indivisível, como a nulidade de uma cláusula abusiva contida num contrato de adesão; c) “interesses individuais homogêneos”, envolvem um grupo determinável, reunido por uma lesão de origem comum, tendo um objeto divisível, como, por exemplo, a aquisição de um produto de série com o mesmo defeito[343].

Embora esse dispositivo seja de origem consumerista nada impede a sua aplicabilidade a todo e qualquer direito coletivo *lato sensu* do ordenamento juridico brasileiro, seja ele de natureza comercial, civil ou trabalhista. Tal imperatividade é oriunda do art. 117 da mesma regra[344].

A Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985 em seu art. 3º estabelece o seu objeto, prevendo que poderá ter por objeto a condenação em dinheiro ou em cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer. No entanto, o art. 83, do Código de Defesa do Consumidor ampliou os pedidos possíveis, estabelecendo que “para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela”[345].

Essa regra, em seu art. 5º, elenca os legitimados à propositura da ação civil pública, notadamente: a) Ministério Público; b) Defensoria Pública; c) União, Estados-membros, Municípios, Distrito Federal; d) autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista, fundações; e) órgãos públicos ainda que sem personalidade jurídica, mas destinados à defesa do respectivo interesse transindividual; f) associações civis (LACP, art. 5º; CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR, art. 82).[346]

---

[343] Mazzilli. Hugo Nigro. **Aspectos polêmicos da Ação civil pública**, 2005, p. 03. Disponível em: <http://www.mazzilli.com.br/pages/artigos/aspectosacp.pdf>. Acesso: 15-05-2012.
[344] RODRIGUES, *op. cit*., p. 370.
[345] AKAOUI, *op. cit*., p. 29.
[346] Art. 5°. Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar: I - o Ministério Público; II - a Defensoria Pública; III - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; IV - a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista; V - a associação que, concomitantemente: a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil; b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. §1º O Ministério Público, se não intervier no processo como parte, atuará obrigatoriamente como fiscal da lei. §2º Fica facultado ao Poder Público e a outras associações legitimadas nos termos deste artigo habilitar-se como litisconsortes de qualquer das partes. §3° Em caso de desistência infundada ou abandono da ação por associação legitimada, o Ministério Público ou outro legitimado assumirá a titularidade ativa. §4.° O requisito da pré-constituição poderá ser dispensado pelo juiz, quando haja manifesto interesse social evidenciado pela

A propósito das regras de competência para as ações civis públicas Hugo MAZZILLI assim as coordena:

> "a) a ação deverá ser proposta no local onde o dano ocorreu ou deva ocorrer (LACP, art. 2º); b) tratando-se de defesa coletiva de crianças ou adolescentes, a competência será determinada pelo lugar da ação ou da omissão (ECA, art. 209); c) tratando-se de danos regionais ou nacionais, a ação civil pública ou coletiva deverá ser proposta na Capital do Estado ou do Distrito Federal, à escolha do autor (CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR, art. 93); d) havendo interesse da União, de entidade autárquica ou de empresa pública federal, a ação será da competência da Justiça Federal (Constituição Federal, art. 109, I; RE 228.955-9-RS, do STF).[347]

Em seus artigos 7º, 8º e 9º, a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985 previu sobre as provas e os procedimentos. No art. 7º, estabeleceu que os juízes e tribunais quando tiverem conhecimento de fatos que possam ensejar a propositura da ação civil, remeterão peças ao Ministério Público para as providências cabíveis.

A respeito do ônus da prova, o art. 333 do Código de Processo Civil estabelece que o ônus da prova incumbe ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito, e ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. No entanto, o Código de Defesa do Consumidor previu a inversão do ônus da prova, estabelecendo-a em dois momentos: a) art. 6º, VIII, para facilitar a defesa do consumidor, e; b) a regra da responsabilidade objetiva (art. 14, parágrafo 4º). Assim, sendo o Código de Defesa do Consumidor, juntamente com a lei de ação civil pública, o microssistema de processo coletivo, os seus dispositivos são a essa aplicáveis, naquilo em que ao forem incompatíveis[348].

A lei de ação civil pública, por meio de seus artigos 8º e 9º[349], instituiu o inquérito civil[350], que tem por finalidade a investigação e apuração pelo Ministério

---

dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido. § 5.° Admitir-se-á o litisconsórcio facultativo entre os Ministérios Públicos da União, do Distrito Federal e dos Estados na defesa dos interesses e direitos de que cuida esta lei. §6° Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial. *In:* BRASIL, Lei 7.347/1985, *op. cit.*

[347] MAZZILLI. **Aspectos**, *op. cit*., p. 03.

[348] RODRIGUES, *op. cit*., p. 413.

[349] Art. 8º Para instruir a inicial, o interessado poderá requerer às autoridades competentes as certidões e informações que julgar necessárias, a serem fornecidas no prazo de 15 (quinze) dias. § 1º O Ministério Público poderá instaurar, sob sua presidência, inquérito civil, ou requisitar, de qualquer organismo público ou particular, certidões, informações, exames ou perícias, no prazo que assinalar, o qual não poderá ser inferior a 10 (dez) dias úteis. § 2º Somente nos casos em que a lei impuser sigilo, poderá ser negada

Público de elementos de convicção que lhe forneçam suporte para propositura da demanda coletiva. Esse instrumento investigatório, por seguinte, foi consagrado pela própria Constituição Federal, que lhe ampliou o objeto para permitir a investigação de danos a quaisquer interesses difusos e coletivos, bem como ao patrimônio público e social, nos termos do art. 129, III, da Constituição Federal[351].

A respeito da tutela de urgência na ação civil pública, a lei de ação civil pública previu as seguintes técnicas processuais voltadas para inibir as situações de urgência especifica: a) a tutela antecipada do art. 12 da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; b) a tutela cautelar do art. 273, § 7º, do Código de Processo Civil; c) tutela cautelar satisfativa do art. 4º, da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; d) fungibilidade livre entre a medida cautelar e a tutela antecipada[352].

A decisão em sede de ação civil pública, nos termos do art. 16, da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985:

> "fará coisa julgada *erga omnes*, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova."[353]

Para Hugo MAZZILLI, a sentença de procedência da ação civil pública será imutável para todos os integrantes do grupo, classe ou categoria de pessoas. Em tese, isso poderia gerar o risco de que a sentença proferida por juiz singular pudesse suprimir

---

certidão ou informação, hipótese em que a ação poderá ser proposta desacompanhada daqueles documentos, cabendo ao juiz requisitá-los. Art. 9º Se o órgão do Ministério Público, esgotadas todas as diligências, se convencer da inexistência de fundamento para a propositura da ação civil, promoverá o arquivamento dos autos do inquérito civil ou das peças informativas, fazendo-o fundamentadamente. § 1º Os autos do inquérito civil ou das peças de informação arquivadas serão remetidos, sob pena de se incorrer em falta grave, no prazo de 3 (três) dias, ao Conselho Superior do Ministério Público. § 2º Até que, em sessão do Conselho Superior do Ministério Público, seja homologada ou rejeitada a promoção de arquivamento, poderão as associações legitimadas apresentar razões escritas ou documentos, que serão juntados aos autos do inquérito ou anexados às peças de informação. § 3º A promoção de arquivamento será submetida a exame e deliberação do Conselho Superior do Ministério Público, conforme dispuser o seu Regimento. § 4º Deixando o Conselho Superior de homologar a promoção de arquivamento, designará, desde logo, outro órgão do Ministério Público para o ajuizamento da ação. *In:* BRASIL, Lei 7.347/1985, *op. cit.*

[350] "O inquérito civil é uma ferramenta, um instrumento (sem um fim em si mesmo) não jurisdicional (administrativo), que pode ser conceituado como sendo um *procedimento* exclusivamente à disposição do *parquet,* voltado à coleta de elementos para formação de convicção deste órgão com vistas a eventual propositura da ação civil para defesa de direitos supra-individuais." *In:* RODRIGUES, *op. cit.*, p. 415.

[351] RODRIGUES, *op. cit.*, p. 414.

[352] *Ibidem*, p. 419.

[353] BRASIL, Lei 7.347/1985, *op cit*.

toda e qualquer eficácia *erga omnes* de uma lei, no entanto, isso seria inadmissível, pois tal efeito só pode ser obtido em nosso sistema por meio de uma ação direta de inconstitucionalidade. Para evitar esse risco, os tribunais não admitem que aquelas ações sejam usadas como sucedâneo da ação direta de inconstitucionalidade[354].

Assim, se numa ação civil pública ou coletiva o pedido visa, por vias transversas, a obter em proveito da coletividade, a supressão de todos os efeitos pretéritos, atuais e futuros de uma lei (lei no sentido material, e não apenas formal), essas ações estariam servindo de indevido sucedâneo à ação direta de inconstitucionalidade[355].

Por derradeiro, observa-se que o legislador acolheu a regra de relativização da coisa julgada, *secundum eventum probationes*, isto é, mesmo havendo julgamento do mérito da demanda, se esse se deu por insuficiência de provas, sobre essa decisão não incidirá o instituto da coisa julgada, assim permitida será a repropositura da mesma demanda com fundamento em novas provas[356].

[354] MAZZILLI. **A defesa**. Op. cit., p. 140.
[355] *Id*.
[356] RODRIGUES, *op. cit*., p. 425.

CAPÍTULO IV – ALGUMAS EXPERIÊNCIAS DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NA ESFERA TRABALHISTA – "Brincando nos Campos do Senhor"

5.1 O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO TRABALHO

Estabelecida a problemática da atualidade da questão social; ressaltada a necessidade de diálogo entre o direito do Trabalho e o direito Social; apontadas as peculiaridades do direito do Trabalho; situados os direitos trabalhistas entre os direitos Humanos e os direitos Fundamentais; e, relatados os meios de controle de Constitucionalidade pelo Poder Judiciária, passa-se a uma breve análise das experiências com as decisões de controle de constitucionalidade do Supremo Tribunal Federal na seara trabalhista, tanto no direito material quanto no direito processual do Trabalho, com comentários sobre as repercussões de tais comandos na sociedade.

Se no filme "Brincando nos Campos do Senhor" realça-se o choque de culturas e as experiências sociais decorrentes do contato e aculturamento dos homens brancos ocidentais e os primitivos indígenas americanos, neste trabalho procura-se salientar os efeitos práticos das decisões da suprema corte brasileira, com suas extensões e limitações.

Desde logo pode ser percebido que "as brincadeiras nos campos do Senhor" decorrentes da intervenção estatal para pacificação dos problemas da questão social, confirmam a "regra de ouro" lembrada por Amélia COHN no início desse trabalho, de "não onerar os cofres públicos"[357].

Passa-se, pois, à análise de alguns casos concretos.

5.2 O ENTENDIMENTO VINCULANTE DO STF – UMA SOLUÇÃO RESSUSCITADA

A emenda constitucional n.º 45/2004 ressuscitou no cenário nacional uma figura até então sepultada, mas constantemente revisitada, decorrente do efeito vinculante

[357] COHN, *op. cit.*

dos enunciados das súmulas da jurisprudência dominante dos tribunais superiores, em especial do Supremo Tribunal Federal.

Tal emenda reconsagrou as súmulas vinculantes com o acréscimo do art. 103-A à Constituição Federal:

> Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.
> § 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.
> § 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.
> § 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.

Com tal autorização constitucional, o Supremo Tribunal Federal pode aprovar súmulas que, após publicadas, ficam investidas de força vinculante aos demais órgãos do Poder Judiciário, bem como em relação à administração pública, em todas as suas esferas.

Esta solução não é nova e já foi amplamente utilizada no judiciário trabalhista, vez que a redação original do art. 902[358], da Consolidação das Leis do Trabalho, autorizava o Tribunal Superior do Trabalho – TST a aprovar “prejulgados”, cujos efeitos

[358] Art. 902 - É facultado ao Tribunal Superior do Trabalho estabelecer prejulgados, na forma que prescrever o seu regimento interno. §1º - Sempre que o estabelecimento do prejulgado pedido em processo sobre o qual já haja pronunciado o Tribunal Regional do Trabalho, deverá o requerimento ser apresentado dentro do prazo de dez dias contados da data em que for publicada a decisão. § 2º - Considera-se revogado ou reformado o prejulgado sempre que o Tribunal Superior do Trabalho, funcionando completo, pronunciar-se, em tese ou em concreto, sobre a hipótese do prejulgado firmando nova interpretação. Em tais casos, o acórdão fará remissão expressa à alteração ou revogação do prejulgado. § 3º - O requerimento de prejulgado terá efeito suspensivo sempre que pedido na forma do § 1º deste artigo.§ 4º - Uma vez estabelecido o prejulgado, os Tribunais Regionais do Trabalho, as Juntas de Conciliação e Julgamento e os Juízes de Direito investidos da jurisdição da Justiça do Trabalho ficarão obrigados a respeitá-lo. § 5º - Considera-se revogado ou reformado o prejulgado sempre que a Câmara de Justiça do Trabalho, funcionando completa, pronunciar-se, em tese ou em concreto, sobre a hipótese do prejulgado, firmando nova interpretação. Em tais casos, o acordão fará remissão expressa à alteração ou revogação do prejulgado. *In:* BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho, *op. cit*.

eram vinculativos para as instâncias ordinárias (tribunais regionais e juntas de conciliação e julgamento – hoje varas do trabalho) até o advento da Lei nº 7.033, de 5 de outubro de 1982, que revogou e aboliu tal qualidade das decisões da instância extraordinária laboral.

A partir de então, os prejulgados limitaram-se a espelhar a jurisprudência uniforme do TST, posteriormente denominados "enunciados", e após "súmulas", como denominação da uniformização de jurisprudência da corte máxima trabalhista. Hoje novamente são denominados súmulas na forma preconizada pelo art. 479, do Código de Processo Civil[359], de aplicação subsidiária ao processo do trabalho.

O curioso é que a lei que revogou o art. 902, da CLT, decorreu de uma histórica decisão do Supremo Tribunal Federal do ano de 1977, na qual foi reconhecida a revogação art. 902, da CLT desde a edição das Constituição da República de 1946![360]

Para melhor entendimento de como foi arquitetada tal decisão faz-se necessária uma breve retrospectiva.

Mozart Victor RUSSOMANO, ex-ministro do Tribunal Superior do Trabalho e um dos autores do anteprojeto da Consolidação das Leis do Trabalho, relatou que o art. 902 foi nela inserido em sua redação original, em 1943, e que por cautela, a corte máxima trabalhista não usou a faculdade de instituir prejulgados por cerca de duas décadas. Apenas em 1963, na apreciação do processo nº TST 1544/62, é que foi editado o primeiro prejulgado trabalhista, e que até 1964, eram 19[361].

Em 1977, quando foi editado o prejulgado nº 52: "Computam-se no cálculo do repouso remunerado as horas extras habitualmente prestadas", argumentou-se que ele contrariava o texto expresso da Lei nº 605, de 5 de janeiro de 1949, cujo art. 7º assim dispunha:

---

[359] Art. 479 - O julgamento, tomado pelo voto da maioria absoluta dos membros que integram o tribunal, será objeto de súmula e constituirá precedente na uniformização da jurisprudência. *In:* BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho, *op. cit*.

[360] "PREJULGADO DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO – INCONSTITUCIONALIDADE – Não constituindo ato normativo, - dado que o art. 902, § 1º, da Consolidação das Leis do Trabalho, que lhe atribuía tal caráter, foi revogado pela Constituição de 1946, - não pode ser objeto de representação por inconstitucionalidade." (STF – Representação n.º 946/DF – Ac. TP 12-5-77. Rel. Min. Xavier de Albuquerque). *In:* REVISTA LTR. Edição 41/1033. São Paulo: LTr 1977 p. 1033.

[361] RUSSOMANO, Mozart Victor. **A ressurreição da tese de inconstitucionalidade do prejulgado trabalhista na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Revista LTr 41/1015. São Paulo: LTr. 1977, p. 1015/1021.

> Art. 7º A remuneração do repouso semanal corresponderá:
> a) para os que trabalham por dia, semana, quinzena ou mês, à de um dia de serviço, não computadas as horas suplementares;
> b) para os que trabalham por hora, à de sua jornada normal de trabalho, excluídas as horas complementares;[362]

A jurisprudência seguia com os prejulgados e o Tribunal Superior do Trabalho exercia sua atividade legiferante sem contestação, até que num entendimento desfavorável aos interesses econômicos, pois onerava o cálculo das horas extras fazendo nele incluir os repousos semanais remunerados, foi dada a oportunidade de alegar-se a edição de precedente *contra legem*, *i. e.*, contra o texto expresso dos parágrafos 1º e 2º, do art. 7º, da Lei 605/1949.

Na época, pela CLT, as horas extras deveriam ser remuneradas com um adicional de pelo menos 20% sobre o valor da hora normal[363].

A inclusão dos repousos semanais remunerados implicava um acréscimo de cerca de mais 20% sobre o valor das horas extras praticadas pelos trabalhadores (valor da hora mais adicional), teve o efeito prático de desafiar os interesses econômicos e fazer ruir todo o sistema de julgamentos vinculantes do Tribunal Superior do Trabalho.

O histórico julgamento do Supremo Tribunal Federal tem vários aspectos interessantes, e até porque não dizer intrigantes, mas bastante emblemáticos da prevalência dos interesses econômicos, cuja análise é extraída dos termos do voto respectivo.

O primeiro deles diz respeito às partes na Representação 946/DF. A ação foi proposta pelo Procurador-Geral da República, provocado pela Federação do Comércio do Estado de São Paulo que atuou como assistente, e tendo como representados o Tribunal Superior do Trabalho, com a assistência o Sindicato dos Empregados em Estabelecimentos Bancários de Brasília e o Sindicato dos Empregados em Estabelecimentos Bancários de Porto Alegre, ficando claro grande embate dos interesses econômicos dos patrões contra os dos empregados.

---

[362] BRASIL. Lei n. 605/49. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L0605.htm>. Acesso em 11 jan. 2012.

[363] Art. 59 - A duração normal do trabalho poderá ser acrescida de horas suplementares, em número não excedente de 2 (duas), mediante acordo escrito entre empregador e empregado, ou mediante contrato coletivo de trabalho. § 1º - Do acordo ou do contrato coletivo de trabalho deverá constar, obrigatoriamente, a importância da remuneração da hora suplementar, que será, pelo menos, 20% (vinte por cento) superior à da hora normal. *In:* BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho, *op. cit.*

O segundo aspecto que merece realce é que pelas disposições constitucionais da época, a representação de inconstitucionalidade só era cabível contra “atos normativos” ou leis, e mesmo sendo a representação contra o prejulgado 52, analisou-se o alcance do art. 902, § 1º, da CLT, por via oblíqua, para análise prévia e cognição incidental quanto à eficácia do preceito legal consolidado de que se disse derivar a normatividade do ato impugnado. Ou seja, como interposta contra ato do TST, não foi conhecida a representação, mas na explicitação dos motivos de seu não conhecimento superou-se a barreira do combate direto ao prejulgado e fez-se a análise em profundidade do dispositivo de lei que autorizava a edição de julgados vinculantes.

O terceiro aspecto é o do embate entre os juristas envolvidos. Na época eram Ministros do Tribunal Superior do Trabalho e sustentavam a constitucionalidade dos prejulgados ninguém menos que: Arnaldo Lopes SÜSSEKIND, Mozart Victor RUSSOMANO, e Délio Albuquerque MARANHÃO, e a eles contrapôs-se Evaristo de MORAES FILHO, que apresentou parecer naqueles autos. Os três primeiros foram mentores e estavam comprometidos com os ideais corporativistas da carta *del lavoro* italiana de 1937 e que inspiraram o anteprojeto de nossa CLT. E os três baluartes do TST saíram no mínimo chamuscados pelo fragor da derrota no STF.

Um quarto aspecto que pode ser extraído da fundamentação de tal julgamento é que dela não consta um aprofundamento sobre as questões dos limites de atuação do Judiciário para atividades legislativas, com a consequente invasão das atribuições do Poder Legislativo, nem sobre a ofensa ao princípio da persuasão racional, também chamado de princípio da livre convicção motivada do juiz.

De análise dos argumentos no voto do Ministro MOREIRA ALVES menciona-se o seguinte trecho:

> O prejulgado, com força vinculativa dos parágrafos do art. 902, da Consolidação das Leis do Trabalho, consubstancia, desde 18-9-1946, contrariedade à Constituição. Somente o Supremo Tribunal Federal, em virtude da emenda constitucional nº 7 de 13-4-1977 – art. 119, inciso I, letra l -, pode, mediante representação do Procurador Geral da República, dar a interpretação em tese, de lei ou ato normativo federal ou estadual.[364]

Ou seja, o problema centrava-se na possibilidade de interpretação em tese da

[364] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Representação n.º 946/DF – Ac. TP 12-5-77. Rel. Min. Xavier de Albuquerque. Revista LTr 41/1033. São Paulo: LTr 1977 p. 1036.

lei, e não na extrapolação de limites de atribuições entre os poderes Judiciário e Legislativo, nem na intervenção na atividade jurisdicional.

Isto tudo ressalta o caráter autoritário da atuação estatal, na intervenção dos Tribunais, típicos do regime de exceção da ditadura militar que o Brasil experimentou na época.

Ponderações sobre o ativismo judicial da época à parte, para este trabalho, o fato mais digno de nota foi que o TST exercitava o poder de proferir decisões com caráter vinculante, e o fazia sem maiores questionamentos até que ousou desafiar os interesses econômicos e editou um prejulgado que significava aumento de custos no contrato de trabalho – cerca de 20% sobre o valor de cada hora extra.

A interpretação do TST sobre o direito trabalhista em discussão era correta e tão justa que em 1985, por intermédio da Lei 7415 de 9 de dezembro, foi alterado texto da Lei n.º 605, para inclusão expressa do valor das horas extras no cálculo dos repousos semanais:

> Art. 7º A remuneração do repouso semanal corresponderá:
> a) para os que trabalham por dia, semana, quinzena ou mês, à de um dia de serviço, computadas as horas extraordinárias habitualmente prestadas;
> b) para os que trabalham por hora, à sua jornada norma de trabalho, computadas as horas extraordinárias habitualmente prestadas;[365]

Se as decisões judiciais garantem o reestabelecimento das partes ao *status quo*, parece lógico que quando o trabalhador mensalista recebe salário além daquela parcela básica que já embute o cálculo dos repousos semanais, tal remuneração deve também repercutir nos repousos, para que haja retribuição integral.

O entendimento “avançado” do TST na época, e que gerou toda a celeuma, causando a derrubada dos prejulgados, atualmente está consagrado na súmula n.º 172, de sua jurisprudência dominante:

> SUM-172 REPOUSO REMUNERADO. HORAS EXTRAS. CÁLCULO (mantida) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003 Computam-se no cálculo do repouso remunerado as horas extras habitualmente prestadas. (ex-Prejulgado nº 52). Histórico:Redação original - RA 102/1982, DJ 11.10.1982 e DJ 15.10.1982.

[365] BRASIL. Lei n. 605/49, *op. cit.*

O direito deu voltas, transitou nos estudos de renomados doutrinadores, foi debatido nos tribunais, até que se firmou.

Passa-se à análise da questão sob a ótica de um trabalhador.

Se ele trabalhou em regime extraordinário entre 1943 e 1985, apesar de identificada a repercussão de horas extras nos repousos semanais, não houve tal integração. Se a sobrejornada foi posterior a 1985, fez jus às repercussões.

A necessidade de correta e justa retribuição ao trabalhador sempre existiu, mas até chegar-se nessa conclusão, os Tribunais pátrios "brincaram nos campos do Senhor", enfrentando questões de alta indagação, em torno até dos poderes das cortes, e tudo para indicar a correta solução para uma questão aritmética: a integração das horas extras no cálculo dos repousos semanais – cerca de 20% a mais no cálculo do valor de cada hora extraordinária.

5.3 O SALÁRIO MÍNIMO MENOS QUE MÍNIMO

A partir de 1934 as constituições brasileiras sempre elencaram dentre o rol de direitos dos trabalhadores um "salário mínimo", inicialmente para atender às "necessidades normais do trabalhador"[366]; depois, para "as necessidades normais do trabalho"[367]; posteriormente, para "as necessidades normais do trabalhador e de sua família"[368], até chegar à redação atual mais completa, destinada ao atendimento das

[366] Constituição Federal de 1934.
Art 121 - A lei promoverá o amparo da produção e estabelecerá as condições do trabalho, na cidade e nos campos, tendo em vista a proteção social do trabalhador e os interesses econômicos do País. § 1º - A legislação do trabalho observará os seguintes preceitos, além de outros que colimem melhorar as condições do trabalhador: (...) b) salário mínimo, capaz de satisfazer, conforme as condições de cada região, às necessidades normais do trabalhador;

[367] Constituição Federal de 1937.
Art 137 - A legislação do trabalho observará, além de outros, os seguintes preceitos: (...) h) salário mínimo, capaz de satisfazer, de acordo com as condições de cada região, as necessidades normais do trabalho;

[368] Constituição Federal de 1946.
Art 157 - A legislação do trabalho e a da previdência social obedecerão nos seguintes preceitos, além de outros que visem a melhoria da condição dos trabalhadores: I - salário mínimo capaz de satisfazer, conforme as condições de cada região, as necessidades normais do trabalhador e de sua família;
Constituição Federal de 1967.
Art 158 - A Constituição assegura aos trabalhadores os seguintes direitos, além de outros que, nos termos da lei, visem à melhoria, de sua condição social: I - salário mínimo capaz de satisfazer, conforme as condições de cada região, as necessidades normais do trabalhador e de sua família;
Emenda Constitucional n.º 1 de 1969

necessidades vitais básicas dos trabalhadores e de suas famílias, inclusive com previsão de reajustes que conservem o poder aquisitivo:

> Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...)
> IV - salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim;

Com este inequívoco comando o legislador constituinte quis garantir um salário mínimo efetivo e cujo poder de compra pudesse ser preservado, e a ressalva da vedação de sua vinculação para qualquer fim, tinha o evidente escopo de evitar sua desvalorização, ante as restrições orçamentárias de benefícios, tributos e despesas públicas que com base nele pudessem ser fixadas.

A princípio pareceu uma saída inteligente para desbordar a já mencionada regra de ouro de "não onerar os cofres públicos", mas na prática a realidade acabou vedando a total aplicabilidade da norma, e apesar das recentes conquistas do reajuste real do salário mínimo[369], ele ainda continua em valor insuficiente para atender todos os fins a que se propõe.

Levada a questão do valor do salário mínimo ao Supremo Tribunal Federal, após alguma hesitação, já em meados dos anos 90, o Min. Celso de MELLO reconheceu a inconstitucionalidade parcial por omissão:

> A insuficiência do valor correspondente ao salário mínimo – definido em importância que se revele incapaz de atender as necessidades vitais básicas do trabalhador e dos membros de sua família – configura um claro descumprimento, ainda que parcial, da CR, pois o legislador, em tal hipótese, longe de atuar como sujeito concretizante do postulado constitucional que garante à classe trabalhadora um piso geral de remuneração digna (CF, art. 7º, IV), estará realizando, de modo imperfeito, porque incompleto, o programa social assumido pelo Estado na ordem jurídica. A omissão do Estado – que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional – qualifica-se como comportamento revestido da

---

Art. 165. A Constituição assegura aos trabalhadores os seguintes direitos, além de outros que, nos têrmos da lei, visem à melhoria de sua condição social: I - salário-mínimo capaz de satisfazer, conforme as condições de cada região, as suas necessidades normais e as de sua família;

[369] "Brasília – O Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos (Dieese) calcula que desde 2002 o salário mínimo teve crescimento nominal de 211%, saltando de R$ 200 para os R$ 622 a partir de hoje. Descontada a inflação do período, o ganho real foi 65,96%." COSTA, Gilberto. Salário mínimo de R$ 622 acumula ganho real de 66% desde 2002, calcula Dieese. Matéria publicada na Agência Brasil 1º-01-2012. Pesquisado em http://agenciabrasil.ebc.com.br/noticia/2012-01-01/salario-minimo-de-r-622-acumula-ganho-real-de-66-desde-2002-calcula-dieese acesso em 20-04-2012

> maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também compromete a eficácia da declaração constitucional de direitos e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental. As situações configuradoras de omissão inconstitucional, ainda que se cuide de omissão parcial, refletem comportamento estatal que deve ser repelido, pois a inércia do Estado – além de gerar a erosão da própria consciência constitucional – qualifica-se, perigosamente, como um dos processos informais de mudança ilegítima da Constituição, expondo-se, por isso mesmo, à censura do Poder Judiciário. Precedentes: RTJ 162/877-879, Rel. Min. Celso de Mello – RTJ 185/794-796, Rel. Min. Celso de Mello.[370]

Pesquisando a ADI 1442-1/DF, percebe-se o incomensurável valor dos ensinamentos deles constantes, onde consta verdadeira aula sobre o controle de constitucionalidade direto, com análise das medidas cabíveis (Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI; Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão – ADI omissão; e, Ação Declaratória de Constitucionalidade – ADC), com referências doutrinárias muito sólidas explicando a conclusão de que, mesmo reconhecida a inconstitucionalidade parcial omissiva, compete ao Supremo Tribunal Federal apenas comunicar ao órgão estatal inadimplente a constatação de que este se acha em mora constitucional, e nada mais, sem poder expedir provimentos normativos para suprir a omissão de tal órgão.

Na prática, como não há sanção para o órgão estatal, ele acaba ficando impune e mantem-se inerte, sem maiores consequências.

Desde meados de 1996 o Supremo vem expedindo provimentos reconhecendo a omissão do legislativo quanto à correta fixação do salário mínimo, sem gerar uma aplicação prática maior, e recentemente tal entendimento evoluiu para julgar constitucional a lei que autoriza o reajuste do salário mínimo por meio de Decreto do Poder Executivo, com os seguintes argumentos:

> VOTO DO MINISTRO LUIZ FUX AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. DIREITO DO TRABALHO. GARANTIA FUNDAMENTAL DO SALÁRIO MÍNIMO (CF, ART. 7, IV). LEI Nº 12.381/11. FIXAÇÃO DO VALOR DO SALÁRIO MÍNIMO PARA O ANO DE 2011. DIRETRIZES PARA A POLÍTICA DE VALORIZAÇÃO DO SALÁRIO MÍNIMO PARA O PERÍODO DE 2012 A 2015. SISTEMÁTICA DE REAJUSTE E MAJORAÇÃO DO PODER AQUISITIVO. ART. 3º DO DIPLOMA. FENÔMENO DA DESLEGALIZAÇÃO. DECRETO DO PODER EXECUTIVO AO QUAL

[370] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 1.442, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 3-11-2004, Plenário, DJ de 29-4-2005. No mesmo sentido: ADI 1.458-MC, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 23-5-1996, Plenário, DJ de 20-9-1996. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 15 jun. 2012.

> COMPETIRÁ CONSOLIDAR A APLICAÇÃO DOS INDÍCES PREVISTOS NA LEI. CONSTITUCIONALIDADE. PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE (CF, ART. 5º, II, E 37, CAPUT) E DA SEPARAÇÃO DE PODERES (CF, ART. 2º). CONTEXTO DE "CRISE DA LEI FORMAL". DIÁLOGO INSTITUCIONAL ENTRE OS PODERES LEGISLATIVO E EXECUTIVO. FUNÇÃO LEGISLATIVA DESEMPENHADA ATRAVÉS DA FIXAÇÃO DE DIRETRIZES PARA AS POLÍTICAS PÚBLICAS SETORIAIS. ESPAÇO NORMATIVO VIRTUOSO DO PODER EXECUTIVO NO DESENVOLVIMENTO E NA CONCRETIZAÇÃO DO CONTEÚDO DA LEI. CONHECIMENTO TÉCNICO E DINAMISMO NA RESPOSTA AOS NOVOS DESAFIOS REVELADOS PELA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA. HABILITAÇÃO NORMATIVA DO PODER EXECUTIVO. RISCO DE DELEGAÇÃO EM BRANCO. PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO. DEVER DE FIXAÇÃO, EM LEI, DE PARÂMETROS DE CONTEÚDO QUE LIMITEM A ATUAÇÃO DO PODER EXECUTIVO ("INTELLIGIBLE PRINCIPLE DOCTRINE"). PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL RELATIVOS AO DOMÍNIO TRIBUTÁRIO, PENAL E ADMINISTRATIVO. SISTEMÁTICA DA LEI QUE SE VOLTA A PROMOVER A EFETIVIDADE DA GARANTIA FUNDAMENTAL DO TRABALHADOR. PERIODICIDADE SIMILAR À DO PLANO PLURIANUAL (CF, ART. 165, § 1º, C/C ART. 35, § 2º, I, DO ADCT). ELEVAÇÃO DA VALORIZAÇÃO DO SALÁRIO MÍNIMO COMO POLÍTICA DE ESTADO. INOCORRÊNCIA DE SILENCIAMENTO DO PODER LEGISLATIVO. POSSIBILIDADE DE QUE, A QUALQUER TEMPO, SOBREVENHA NOVO DIPLOMA REVOGANDO A DESLEGALIZAÇÃO OPERADA PELA LEI Nº 12.382/11. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO REGIME CONSTITUCIONAL PARA A EDIÇÃO DE LEI DELEGADA (CF, ART. 68, CAPUT E §§). DECRETO DO PODER EXECUTIVO QUE, NA SISTEMÁTICA DA LEI Nº 12.381/11, CARACTERIZA ATO NORMATIVO DE NATUREZA SECUNDÁRIA, DIVERSAMENTE DO QUE SE PASSA COM A LEI DELEGADA. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO.[371]

Em que pesem todas as lições de direito e votos aparentemente críticos e corajosos de Ministros do Supremo Tribunal Federal, está validada a atuação do Congresso na omissão quanto à fixação do salário mínimo em valor compatível com os fins a que se destina, e com isso os trabalhadores ainda esperam pacientemente a remuneração digna prometida por Getúlio VARGAS.

Falam, dizem, brincam nos campos do Senhor, e o problema da fixação do valor para um salário mínimo efetivo continua sem solução e nas mãos do executivo/legislativo, e o salário continua muito mínimo.

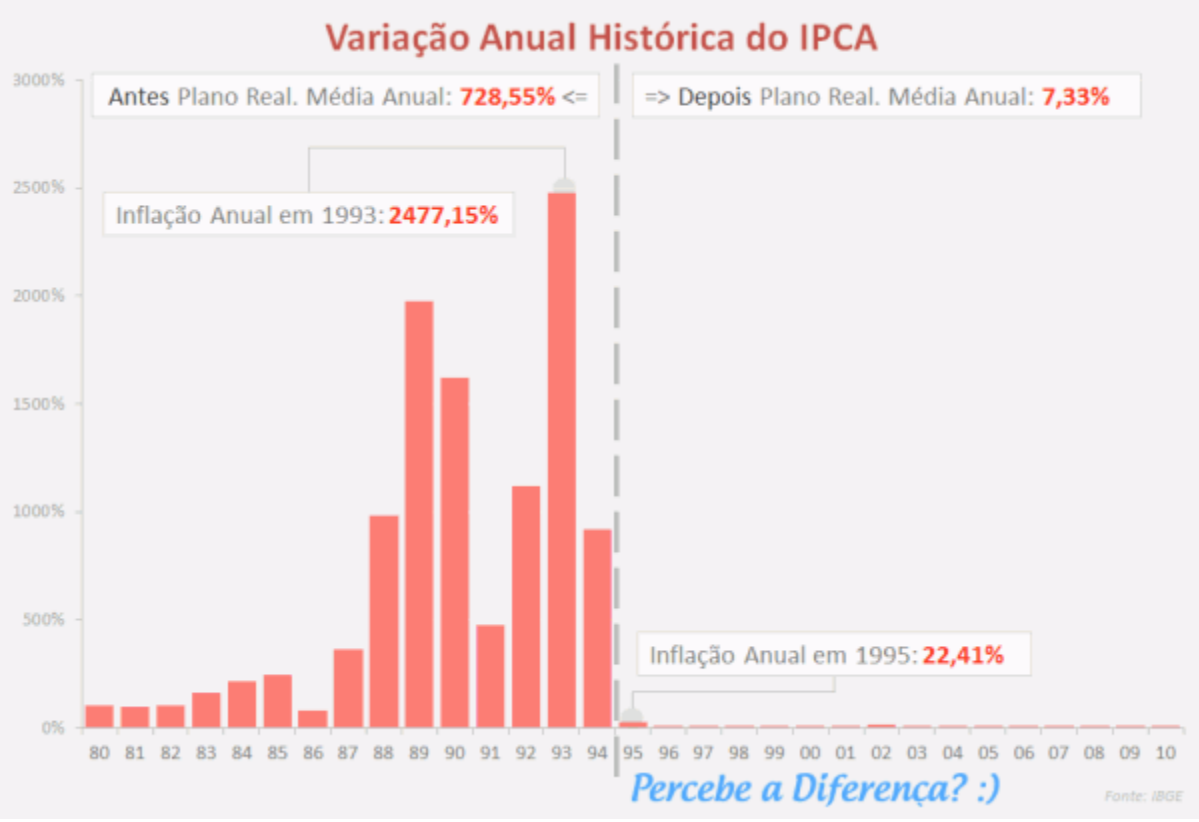
5.4 AS POLÍTICAS SALARIAS GOVERNAMENTAIS E A CONVALIDAÇÃO DA SUBTRAÇÃO DOS ÍNDICES INFLACIONÁRIOS

[371] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4568/DF RELATORA: Ministra Cármen Lúcia. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 15 jun. 2012.
STF

De todos os fatos que motivaram a atuação dos tribunais no Brasil para pacificação das questões sociais, a inflação nacional teve grande repercussão e ainda tem sinais que não deixam o povo esquecer seus deletérios efeitos.

Na década de 80 e começo da década de 90 a recessão econômica elevou a inflação no Brasil a níveis estratosféricos, chegando a índices recordes de 84,39% em março de 1990 e 2.477,15% no ano de 1993, medidos pelo índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo – IPCA, produzido pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Com o advento do chamado Plano real em 1994 a situação começou a ser controlada, a inflação desceu a para uma média de 7,33% ao ano, conforme gráfico infra, mas os problemas jurídicos decorrentes da espiral inflacionária continuaram assolando os tribunais pátrios, indo desaguar no Supremo Tribunal Federal.

- **IPCA: Inflação Anual antes e depois de 1994**[372]



[372] Pesquisado em http://hcinvestimentos.com/2011/02/21/ipca-igpm-inflacao-historica/ acesso em 31-03-2012

Entre os problemas estava a discussão sobre os índices inflacionários aplicáveis e seu modo de cálculo, pois as leis de política econômica os alteravam constantemente, bem como sua forma de cálculo.

Em especial, três desses dos fenômenos que moveram estes índices tiveram especial repercussão na esfera trabalhista: o gatilho de julho de 1987(26,06%); a URP de fevereiro de 1989 (26,05%); e, o IPC de março de 1990 (84,32%).

O problema do gatilho de julho de 1987 deu-se porque até o mês junho a escala móvel de salários instituída pelo Decreto-lei nº 2.302/86 determinava reajustes sempre que a inflação acumulada alcançasse 20%. O Decreto Lei nº 2.335/87 revogou esta sistemática, cirando a política de correção de preços e salários pela URP - Unidade de Referência de Preços, e estabeleceu o congelamento de preços e salários por noventa dias, expurgando o índice de 26,06%, de tal cálculo.

Já a questão com a URP de fevereiro de 1989 deu-se porque em tal época o Plano Bresser extinguiu-a, extirpando dos salários o índice de reajuste de 26,05%,

Com o IPC de março de 1990 a situação foi análoga, só que com outros dispositivos legais. O indexador da economia era o Bônus do Tesouro Nacional BTN, que se media pelo índice de preços ao consumidor do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística IPC/IBGE, entre os dias 16 de um mês a 15 do outro mês para reajuste dos valores.

Em março de 1990 a inflação medida para reajuste do BTN foi de 84,32%, mas o governo reconheceu apenas 41,28%, o que representou um expurgo de 43,02% no cálculo dos salários e preços.

Os trabalhadores ajuizaram ações requerendo a inclusão de todos os índices inflacionários, aproveitando a onda do acréscimo de prazo prescricional que a Constituição de 1988 tinha elevado de dois para cinco anos.

A celeuma na Justiça do Trabalho foi grande, e em 1993 o Tribunal Superior do Trabalho aprovou três enunciados relativos aos chamados “planos econômicos”, sem efeito vinculante, negando o direito ao IPC de março de 1990 e reconhecendo a violação ao direito adquirido no gatilho de julho de 87 e URP de fevereiro de 1989:

SUM- 315 IPC de março/90 – Lei nº 8.030/90 (Plano Collor) – Inexistência de direito adquirido.

A partir da vigência da Medida Provisória nº 154/90, convertida na Lei nº 8.030/90, não se aplica o IPC de março de 1990, de 84,32% (oitenta e quatro vírgula trinta e dois por cento), para a correção dos salários, porque o direito ainda não se havia incorporado ao patrimônio jurídico dos trabalhadores, inexistindo ofensa ao XXXVI do art. 5º da Constituição da República. Redação original - Res. 7/1993, DJ 22, 27 e 29.09.1993

SUM-316 IPC DE JUNHO/1987. DECRETO-LEI Nº 2.335/1987 (PLANO BRESSER). EXISTÊNCIA DE DIREITO ADQUIRIDO É devido o reajuste salarial decorrente da incidência do IPC de junho de 1987, correspondente a 26,06% (vinte e seis vírgula zero seis por cento), porque este direito já se havia incorporado ao patrimônio jurídico dos trabalhadores quando do advento do Decreto-Lei nº 2.335/1987. Redação original - Res. 8/1993, DJ 22, 27 e 29.09.1993

SUM-317 URP DE FEVEREIRO/1989. LEI Nº 7.730/1989 (PLANO VERÃO). EXISTÊNCIA DE DIREITO ADQUIRIDO A correção salarial da URP de fevereiro de 1989, de 26,05% (vinte e seis vírgula zero cinco por cento), já constituía direito adquirido do trabalhador, quando do advento da Medida Provisória nº 32/1989, convertida na Lei nº 7.730/1989, sendo devido o reajuste respectivo. Redação original - Res. 9/1993, DJ 22, 27 e 29.09.1993

Causou estranheza a orientação do Tribunal Superior do Trabalho na época, já que o fundamento dos três expurgos era basicamente o mesmo: a existência de direito adquirido dos trabalhadores a terem incluídos na recomposição de seus salários os expurgos inflacionários, mas na prática só foi reconhecido o direito aos reajustes do gatilho de julho de 1987 e URP de fevereiro de 1989, sendo negado o IPC de março de 1990.

Ainda que com estas feições estranhas, parecia que o direito estava consolidado e a jurisprudência começou a pacificar-se na Justiça do Trabalho, até que no exercício do controle difuso, ao apreciar os recursos extraordinários RE 146749[373] e

[373]Ementa - SUSPENSÃO, EM 07.04.88, PELO ARTIGO 1º, "CAPUT", DO DECRETO 2.425/88, DOS REAJUSTES, PELA UNIDADE DE REFERÊNCIA DE PREÇOS (URP), DOS VENCIMENTOS DE ABRIL E MAIO DE 1988. - A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE SE FIRMOU NO SENTIDO DE QUE NÃO HÁ DIREITO ADQUIRIDO A VENCIMENTOS DE FUNCIONÁRIOS PÚBLICOS, NEM DIREITO ADQUIRIDO A REGIMENTO JURÍDICO INSTITUÍDO POR LEI. PRECEDENTES DO S.T.F. CONSEQUENTEMENTE, DIPLOMA LEGAL NOVO, QUE REDUZA VENCIMENTOS (INCLUSIVE VANTAGENS), SE APLICA DE IMEDIATO, AINDA QUE NO MÊS EM CURSO, POIS ALCANÇA O PERÍODO DE TEMPO POSTERIOR A SUA VIGÊNCIA, DADO QUE NÃO HÁ, NO CASO, DIREITO ADQUIRIDO. - NO CASO, SENDO DE APLICAÇÃO IMEDIATA O ARTIGO 1º, "CAPUT", DO DECRETO-LEI Nº 2.425/88, E ESTABELECENDO ELE, APENAS,QUE O REAJUSTE MENSAL PREVISTO NO ARTIGO 8º DO DECRETO-LEI Nº 2.335/87 NÃO SE APLICARIA NOS MESES DE ABRIL E MAIO DE 1988 (O QUE IMPLICA DIZER QUE ELE NÃO DETERMINOU A REDUÇÃO DOS VENCIMENTOS A QUE OS SERVIDORES JÁ FAZIAM JUS, MAS

RE 163817 / MT [374], em 1994, o Supremo Tribunal Federal entendeu que não havia direito adquirido quanto aos reajustes de julho de 1987 e fevereiro de 1989.

Note-se que as decisões não tiveram efeito vinculante, mas mesmo assim o Tribunal Superior do Trabalho logo a seguir reviu as posições anteriores quanto às Súmulas nº 316 e 317, revogando-as pela Res. 37/1994, DJ 25, 28 e 29.11.1994, e mantendo íntegra a súmula 315, e aí foi reconhecido que todos os reajustamentos tinham base no inexistente direito adquirido.

Mas a celeuma não parou por aí, pois também em sede de recursos extraordinários e confirmando a reiterada jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, o Supremo reconheceu o direito adquirido ao índice de março de 1990 para reajustamento das cadernetas de poupança em 2000.[375]

APENAS ESTABELECEU QUE AQUELE REAJUSTE NÃO SERIA APLICADO NOS REFERIDOS MESES), OS FUNCIONÁRIOS TEM DIREITO APENAS AO REAJUSTE, CALCULADO PELO SISTEMA DO ARTIGO 8º, § 1º, DO DECRETO-LEI Nº 2.335, COM RELAÇÃO AOS DIAS DO MÊS DE ABRIL ANTERIORES AO DA PUBLICAÇÃO DESSE DECRETO-LEI (OU SEJA, OS SETE PRIMEIROS DIAS DO MÊS DE ABRIL DE 1988, UMA VEZ QUE O REFERIDO ARTIGO 1º, "CAPUT", ENTROU EM VIGOR NO DIA OITO DE ABRIL DE 1988, DATA EM QUE FOI PUBLICADA, POIS NÃO SOFREU ALTERAÇÃO NA REPUBLICAÇÃO FEITA NO DIA ONZE DO MESMO MÊS), BEM COMO AO DE IGUAL VALOR, NÃO CUMULATIVAMENTE, NO MÊS DE MAIO SEGUINTE. RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E, EM PARTE, PROVIDO. RE 146749 / DF - DISTRITO FEDERAL Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO Relator(a) p/ Acórdão: Min. MOREIRA ALVES Julgamento: 24/02/1994 Órgão Julgador: Tribunal Pleno Publicação DJ 18-11-1994 PP-31394

[374] Ementa SERVIDORES PÚBLICOS REGIDOS PELA C.L.T. REAJUSTE. ARTIGO 1º, "CAPUT", DO DECRETO-LEI Nº 2.425/88. - O PLENÁRIO DESTA CORTE, AO JULGAR O RE Nº 146.749 DE QUE FUI RELATOR PARA O ACÓRDÃO, FIRMOU O ENTENDIMENTO DE QUE, SENDO DE APLICAÇÃO IMEDIATA O ARTIGO 1º, "CAPUT", DO DECRETO-LEI Nº 2.425/88, E ESTABELECENDO ELE, APENAS, QUE O REAJUSTE MENSAL PREVISTO NO ARTIGO 8º DO DECRETO-LEI Nº 2.335/87 NÃO SE APLICARIA NOS MESES DE ABRIL E MAIO DE 1988 (O QUE IMPLICA DIZER QUE ELE NÃO DETERMINOU A REDUÇÃO DOS VENCIMENTOS A QUE OS SERVIDORES JÁ FAZIAM JUS, MAS APENAS ESTABELECEU QUE AQUELE REAJUSTE NÃO SERIA APLICADO NOS REFERIDOS MESES), OS FUNCIONÁRIOS TEM DIREITO APENAS AO REAJUSTE, CALCULADO PELO SISTEMA DO ARTIGO 8º, §. 1º, DO DECRETO-LEI Nº 2.335, COM RELAÇÃO AOS DIAS DO MES DE ABRIL ANTERIORES AO DA PUBLICAÇÃO DESSE DECRETO-LEI (OU SEJA, OS SETE PRIMEIROS DIAS DO MES DE ABRIL DE 1988, UMA VEZ QUE O REFERIDO ARTIGO 1º, "CAPUT", ENTROU EM VIGOR DIA OITO DE ABRIL DE 1988, DATA EM QUE FOI PUBLICADO, POIS NÃO SOFREU ALTERAÇÃO NA REPUBLICAÇÃO FEITA NO DIA ONZE DO MESMO MÊS), BEM COMO AO DE IGUAL VALOR, NÃO CUMULATIVAMENTE, NO MÊS DE MAIO SEGUINTE. - ESSA CONCLUSÃO SE APLICA TAMBÉM AOS SERVIDORES PÚBLICOS REGIDOS PELA C.L.T., QUE, IGUALMENTE, NÃO TEM DIREITO

[375] EMENTA: Fundo de Garantia por Tempo de Serviço - FGTS. Natureza jurídica e direito adquirido. Correções monetárias decorrentes dos planos econômicos conhecidos pela denominação Bresser, Verão, Collor I (no concernente aos meses de abril e de maio de 1990) e Collor II. - O Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), ao contrário do que sucede com as cadernetas de poupança, não tem natureza contratual, mas, sim, estatutária, por decorrer da Lei e por ela ser disciplinado. - Assim, é de aplicar-se a ele a firme jurisprudência desta Corte no sentido de que não há direito adquirido a regime jurídico. - Quanto à atualização dos saldos do FGTS relativos aos Planos Verão e Collor I (este no que diz respeito ao mês de abril de 1990), não há questão de direito adquirido a ser examinada, situando-se a

Mesmo com tal orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, foi mantida a vigência da súmula 315 do Tribunal Superior do Trabalho, e pela mesma resolução mantiveram-se também os cancelamentos das súmulas 316 e 317:

> SUM-315 IPC DE MARÇO/1990. LEI Nº 8.030, DE 12.04.1990 (PLANO COLLOR). INEXISTÊNCIA DE DIREITO ADQUIRIDO (mantida) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003
> A partir da vigência da Medida Provisória nº 154, de 15.03.1990, convertida na Lei nº 8.030, de 12.04.1990, não se aplica o IPC de março de 1990, de 84,32% (oitenta e quatro vírgula trinta e dois por cento), para a correção dos salários, porque o direito ainda não se havia incorporado ao patrimônio jurídico dos trabalhadores, inexistindo ofensa ao inciso XXXVI do art. 5º da CF/1988.

E assim ficou o nosso direito, com o reajuste negado aos trabalhadores, mas concedido em março de 1990 aos depósitos das cadernetas de poupança e Fundo de Garantia por Tempo de Serviço.

Aqui não houve necessidade de invocar-se o sacrossanto efeito vinculante de decisões do Supremo, pois como já alertado, todas foram proferidas no exercício do controle de constitucionalidade difuso.

Logo, não é demais reconhecer que para atender interesses econômicos e negar direitos aos trabalhadores, desnecessária a orientação vinculante do Supremo, e prosseguem as brincadeiras nos campos do Senhor.

5.5 A POLÊMICA DA SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL TRABALHISTA

Questão tormentosa na Justiça do Trabalho é a da legitimação extraordinária para propositura de ações em nome dos trabalhadores.

Nas lides coletivas em decorrência dos dissídios coletivos sempre se reconheceu a legitimação do sindicato para atuar como representante dos interesses dos integrantes da categoria profissional ou econômica que representa.

---

matéria exclusivamente no terreno legal infraconstitucional. - No tocante, porém, aos Planos Bresser, Collor I (quanto ao mês de maio de 1990) e Collor II, em que a decisão recorrida se fundou na existência de direito adquirido aos índices de correção que mandou observar, é de aplicar-se o princípio de que não há direito adquirido a regime jurídico. Recurso extraordinário conhecido em parte, e nela provido, para afastar da condenação as atualizações dos saldos do FGTS no tocante aos Planos Bresser, Collor I (apenas quanto à atualização no mês de maio de 1990) e Collor II. (RE 226855, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, julgado em 31/08/2000, DJ 13-10-2000 PP-00020)

Porém, apesar da orientação do art. 513, da CLT[376], na asseguração de direitos individuais a jurisprudência inclinou-se de modo restritivo, permitindo a substituição processual nos casos expressamente previstos em lei (leis salariais, insalubridade, e ação de cumprimento), e reconheceu o caráter concorrente da substituição. Vide súmulas 310[377], 271, 255 e 180 – todas canceladas.

Esta questão também estava pacificada no âmbito da Justiça do Trabalho quando em 2006, o Supremo Tribunal Federal reexaminou a questão à luz do art. 8º, inc. III, da Constituição Federal[378], e em memorável voto do Min. Joaquim BARBOSA[379], reconheceu a legitimidade do sindicato para atuar em juízo na defesa de interesses coletivos e individuais da categoria que representam, de modo amplo, inclusive na

[376]CLT, Art. 513. São prerrogativas dos sindicatos : a) representar, perante as autoridades administrativas e judiciárias os interesses gerais da respectiva categoria ou profissão liberal ou interesses individuais dos associados relativos á atividade ou profissão exercida;

[377] SUM-310 SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. SINDICATO (cancelamento mantido) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003 e republicada DJ 25.11.2003I - O art. 8º, inciso III, da Constituição da República não assegura a substituição processual pelo sindicato. II - A substituição processual autorizada ao sindicato pelas Leis nºs 6.708, de 30.10.1979, e 7.238, de 29.10.1984, limitada aos associados, restringe-se às demandas que visem aos reajustes salariais previstos em lei, ajuizadas até 03.07.1989, data em que entrou em vigor a Lei nº 7.788/1989. III - A Lei nº 7.788/1989, em seu art. 8º, assegurou, durante sua vigência, a legitimidade do sindicato como substituto processual da categoria. IV - A substituição processual autorizada pela Lei nº 8.073, de 30.07.1990, ao sindicato alcança todos os integrantes da categoria e é restrita às demandas que visem à satisfação de reajustes salariais específicos resultantes de disposição prevista em lei de política salarial. V - Em qualquer ação proposta pelo sindicato como substituto processual, todos os substituídos serão individualizados na petição inicial e, para o início da execução, devidamente identificados pelo número da Carteira de Trabalho e Previdência Social ou de qualquer documento de identidade. VI - É lícito aos substituídos integrar a lide como assistente litisconsorcial, acordar, transigir e renunciar, independentemente de autorização ou anuência do substituto. VII - Na liquidação da sentença exequenda, promovida pelo substituto, serão individualizados os valores devidos a cada substituído, cujos depósitos para quitação serão levantados através de guias expedidas em seu nome ou de procurador com poderes especiais para esse fim, inclusive nas ações de cumprimento. VIII - Quando o sindicato for o autor da ação na condição de substituto processual, não serão devidos honorários advocatícios

[378] Art. 8º É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte:... III - ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas;

[379] EMENTA: PROCESSO CIVIL. SINDICATO. ART. 8º, III DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. LEGITIMIDADE. SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. DEFESA DE DIREITOS E INTERESSES COLETIVOS OU INDIVIDUAIS. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. O artigo 8º, III da Constituição Federal estabelece a legitimidade extraordinária dos sindicatos para defender em juízo os direitos e interesses coletivos ou individuais dos integrantes da categoria que representam. Essa legitimidade extraordinária é ampla, abrangendo a liquidação e a execução d os créditos reconhecidos aos trabalhadores. Por se tratar de típica hipótese de substituição processual, é desnecessária qualquer autorização dos substituídos. Recurso conhecido e provido. RE 193503 / SP - SÃO PAULO Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO Relator(a) p/ Acórdão: Min. JOAQUIM BARBOSA Julgamento: 12/06/2006 Órgão Julgador: Tribunal Pleno Publicação DJe-087 DIVULG 23-08-2007 PUBLIC 24-08-2007

liquidação e execução dos créditos, independentemente de autorização dos substituídos, colidindo frontalmente com as disposições do enunciado 310, do TST.

O entendimento consagrado em plenário do Supremo, ainda que no exercício de controle difuso, acabou por constranger o TST que revogou o enunciado 310, assim como outros relacionados com a substituição processual.

Neste ponto a atuação do Supremo trouxe uma dimensão completamente nova na Justiça do Trabalho quanto à substituição processual, e ressaltou a importância da atuação dos sindicatos na defesa judicial de interesses de seus filiados, associados ou não, alterando completamente o paradigma para uma substituição ampla e irrestrita, e mesmo sem ser obrigatória, conseguiu alterar o restrito cenário até então existente.

5.6 A ATUAÇÃO INJUNTIVA DO SUPREMO NO DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS

Como antes esclarecido, o mandado de injunção consiste numa ação destinada à tutela dos direitos, liberdades e garantias constitucionais, bem como para controlar a omissão legislativa previsto no art. 5º, LXXI, da Constituição Federal.

Inicialmente o Supremo Tribunal Federal, em posição de extrema cautela orientou-se pela “teoria da subsidiariedade”, como demonstra emblemática decisão do ano de 1994, no MI 20/DF, onde apenas foi reconhecida a mora do Congresso Nacional quanto à regulamentação do direito de greve dos servidores públicos civis, sendo determinada a comunicação da decisão para que tomasse as providências necessárias à edição de Lei Complementar para tal fim:

> EMENTA: MANDADO DE INJUNÇÃO COLETIVO - DIREITO DE GREVE DO SERVIDOR PÚBLICO CIVIL - EVOLUÇÃO DESSE DIREITO NO CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO - MODELOS NORMATIVOS NO DIREITO COMPARADO - PRERROGATIVA JURÍDICA ASSEGURADA PELA CONSTITUIÇÃO (ART. 37, VII) - IMPOSSIBILIDADE DE SEU EXERCÍCIO ANTES DA EDIÇÃO DE LEI COMPLEMENTAR - OMISSÃO LEGISLATIVA - HIPÓTESE DE SUA CONFIGURAÇÃO - RECONHECIMENTO DO ESTADO DE MORA DO CONGRESSO NACIONAL - IMPETRAÇÃO POR ENTIDADE DE CLASSE - ADMISSIBILIDADE - WRIT CONCEDIDO. MI 20 / DF - DISTRITO FEDERAL MANDADO DE INJUNÇÃO Relator(a): Min.

CELSO DE MELLO Julgamento: 19/05/1994 Órgão Julgador: Tribunal Pleno Publicação DJ 22-11-1996.

Cerca 11 anos mais tarde, em 2007 e em novo julgamento de mandado de injunção envolvendo a mesma matéria, o Supremo alterou completamente seu entendimento, e regulamentou o direito de greve dos servidores civis:

EMENTA: MANDADO DE INJUNÇÃO. ART. 5º, LXXI DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. CONCESSÃO DE EFETIVIDADE À NORMA VEICULADA PELO ARTIGO 37, INCISO VII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. LEGITIMIDADE ATIVA DE ENTIDADE SINDICAL. GREVE DOS TRABALHADORES EM GERAL [ART. 9º DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL]. APLICAÇÃO DA LEI FEDERAL N. 7.783/89 À GREVE NO SERVIÇO PÚBLICO ATÉ QUE SOBREVENHA LEI REGULAMENTADORA. PARÂMETROS CONCERNENTES AO EXERCÍCIO DO DIREITO DE GREVE PELOS SERVIDORES PÚBLICOS DEFINIDOS POR ESTA CORTE. CONTINUIDADE DO SERVIÇO PÚBLICO. GREVE NO SERVIÇO PÚBLICO. ALTERAÇÃO DE ENTENDIMENTO ANTERIOR QUANTO À SUBSTÂNCIA DO MANDADO DE INJUNÇÃO. PREVALÊNCIA DO INTERESSE SOCIAL. INSUBSSISTÊNCIA DO ARGUMENTO SEGUNDO O QUAL DAR-SE-IA OFENSA À INDEPENDÊNCIA E HARMONIA ENTRE OS PODERES [ART. 2O DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL] E À SEPARAÇÃO DOS PODERES [art. 60, § 4o, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL]. INCUMBE AO PODER JUDICIÁRIO PRODUZIR A NORMA SUFICIENTE PARA TORNAR VIÁVEL O EXERCÍCIO DO DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS, CONSAGRADO NO ARTIGO 37, VII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. O acesso de entidades de classe à via do mandado de injunção coletivo é processualmente admissível, desde que legalmente constituídas e em funcionamento há pelo menos um ano. 2. A Constituição do Brasil reconhece expressamente possam os servidores públicos civis exercer o direito de greve --- artigo 37, inciso VII. A Lei n. 7.783/89 dispõe sobre o exercício do direito de greve dos trabalhadores em geral, afirmado pelo artigo 9º da Constituição do Brasil. Ato normativo de início inaplicável aos servidores públicos civis. 3. O preceito veiculado pelo artigo 37, inciso VII, da CB/88 exige a edição de ato normativo que integre sua eficácia. Reclama-se, para fins de plena incidência do preceito, atuação legislativa que dê concreção ao comando positivado no texto da Constituição. 4. Reconhecimento, por esta Corte, em diversas oportunidades, de omissão do Congresso Nacional no que respeita ao dever, que lhe incumbe, de dar concreção ao preceito constitucional. Precedentes. 5. Diante de mora legislativa, cumpre ao Supremo Tribunal Federal decidir no sentido de suprir omissão dessa ordem. Esta Corte não se presta, quando se trate da apreciação de mandados de injunção, a emitir decisões desnutridas de eficácia. 6. A greve, poder de fato, é a arma mais eficaz de que dispõem os trabalhadores visando à conquista de melhores condições de vida. Sua auto-aplicabilidade é inquestionável; trata-se de direito fundamental de caráter instrumental. 7. A Constituição, ao dispor sobre os trabalhadores em geral, não prevê limitação do direito de greve: a eles compete decidir sobre a

> oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dela defender. Por isso a lei não pode restringi-lo, senão protegê-lo, sendo constitucionalmente admissíveis todos os tipos de greve. 8. Na relação estatutária do emprego público não se manifesta tensão entre trabalho e capital, tal como se realiza no campo da exploração da atividade econômica pelos particulares. Neste, o exercício do poder de fato, a greve, coloca em risco os interesses egoísticos do sujeito detentor de capital --- indivíduo ou empresa --- que, em face dela, suporta, em tese, potencial ou efetivamente redução de sua capacidade de acumulação de capital. Verifica-se, então, oposição direta entre os interesses dos trabalhadores e os interesses dos capitalistas. Como a greve pode conduzir à diminuição de ganhos do titular de capital, os trabalhadores podem em tese vir a obter, efetiva ou potencialmente, algumas vantagens mercê do seu exercício. O mesmo não se dá na relação estatutária, no âmbito da qual, em tese, aos interesses dos trabalhadores não correspondem, antagonicamente, interesses individuais, senão o interesse social. A greve no serviço público não compromete, diretamente, interesses egoísticos do detentor de capital, mas sim os interesses dos cidadãos que necessitam da prestação do serviço público. 9. A norma veiculada pelo artigo 37, VII, da Constituição do Brasil reclama regulamentação, a fim de que seja adequadamente assegurada a coesão social. 10. A regulamentação do exercício do direito de greve pelos servidores públicos há de ser peculiar, mesmo porque "serviços ou atividades essenciais" e "necessidades inadiáveis da coletividade" não se superpõem a "serviços públicos"; e vice-versa. 11. Daí porque não deve ser aplicado ao exercício do direito de greve no âmbito da Administração tão-somente o disposto na Lei n. 7.783/89. A esta Corte impõe-se traçar os parâmetros atinentes a esse exercício. 12. O que deve ser regulado, na hipótese dos autos, é a coerência entre o exercício do direito de greve pelo servidor público e as condições necessárias à coesão e interdependência social, que a prestação continuada dos serviços públicos assegura. 13. O argumento de que a Corte estaria então a legislar --- o que se afiguraria inconcebível, por ferir a independência e harmonia entre os poderes [art. 2o da Constituição do Brasil] e a separação dos poderes [art. 60, § 4o, III] --- é insubsistente. 14. O Poder Judiciário está vinculado pelo dever-poder de, no mandado de injunção, formular supletivamente a norma regulamentadora de que carece o ordenamento jurídico. 15. No mandado de injunção o Poder Judiciário não define norma de decisão, mas enuncia o texto normativo que faltava para, no caso, tornar viável o exercício do direito de greve dos servidores públicos. 16. Mandado de injunção julgado procedente, para remover o obstáculo decorrente da omissão legislativa e, supletivamente, tornar viável o exercício do direito consagrado no artigo 37, VII, da Constituição do Brasil. MI 712 / PA - PARÁ MANDADO DE INJUNÇÃO Relator(a): Min. EROS GRAU Julgamento: 25/10/2007 Órgão Julgador: Tribunal Pleno Publicação DJe-206 DIVULG 30-10-2008 PUBLIC 31-10-2008

Esta e outras decisões mostram que o Supremo Tribunal Federal pende para a adoção da “teoria da resolutividade”, quanto à atuação em mandado de injunção.

Essa mudança de rumo mostra uma atuação mais ousada do Supremo, que pela primeira vez na história deu efetividade à sua atividade injuntiva e declaradamente ultrapassa os marcos do exercício da jurisdição interpretativa e aplicadora de normas, e

passa a atuar em atividade regulamentadora do direito, comparada à do Poder Legislativo, porém dentro dos limites do juridicamente permitido.

Extremamente atual é a discussão sobre os limites da atuação do Judiciário em confrontação à noção preliminar de ativismo judicial como "disfunção jurisdicional em detrimento, notadamente, da função legislativa".[380]

Na histórica contraposição das opiniões que permitem a atuação jurisdicional no exercício do controle de constitucionalidade entrelaçando-se com a atividade normativa de KELSEN[381] e a negação de Carl SCHMITT como "Guardião da Constituição"[382], que reserva a atividade legislativa e seu controle para o Poder que naturalmente a detém -, o Legislativo, ao editar decisões com efeito vinculante e regulamentar situações em caráter injuntivo Supremo enveredou de modo irreversível para o caminho que vai estar sempre nos limites territoriais da atuação jurisdicional e atividade legislativa, além de sua atuação no controle concentrado de constitucionalidade.

Apesar da Constituição Federal de 1988 aproximar-se de seu quarto de século de vigência, as questões relacionadas ao exercício de atividades legislativas pelo Judiciário é muito recente, pois somente depois de quase 20 anos o Supremo Tribunal Federal aventurou-se na "teoria da resolutividade" para solução de mandado de injunção, e somente o tempo vai mostrar se nessa atividade o Judiciário se sai bem, ou se enveredará para perigosos caminhos de disputas com os outros dois Poderes Constituídos do estado Democrático de Direito.

Digno de nota o fato de que a atuação do Supremo no caso foi para restringir e regulamentar o direito de greve dos servidores públicos civis e o tempo vai mostrar se o mesmo combate ao silêncio legislativo pode ser usado para ampliar direitos sociais.

5.7 A EFÊMERA VIGÊNCIA DA CONVENÇÃO 158, DA OIT NO BRASIL

[380] RAMOS, Elival Silva. **ATIVISMO JUDICIAL parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva. 2010. p. 107.
[381] KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. Introdução e revisão técnica Sérgio Sérvulo da Cunha. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
[382] SCHMITT, Carl. **O guardião da constituição**. Trad. de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

Ponto não resolvido e nebuloso é o da vigência da Convenção 158 da Organização Internacional do Trabalho no ordenamento jurídico brasileiro, fazendo necessário um breve apanhado histórico de tal situação.

A Convenção 158 foi aprovada pelo Decreto Legislativo n. 68, de 16/09/1992, do Congresso Nacional.[383]

A Carta de Ratificação da Convenção n. 158 da OIT foi depositada pelo Governo brasileiro em 05/01/1995, e passou a vigorar no Brasil em 05/01/1996, nos termos do item 3 do art. 16.

Foi promulgada pelo Presidente da República em 10/04/1996, por meio do Decreto n. 1.855 – publicado no DOU em 11/04/1996.[384]

Prevê a Convenção n. 158 da OIT:

> Artigo 16
> 1. Esta Convenção obrigará exclusivamente àqueles Membros da Organização Internacional do Trabalho cujas ratificações tiverem sido registradas pelo Diretor-Geral.

---

[383] DECRETO LEGISLATIVO Nº 68, DE 1992 *Aprova o texto da Convenção nº 158, da Organização Internacional do Trabalho (OIT), sobre o Término da Relação do Trabalho por Iniciativa do Empregador, adotada em Genebra, em 1982, durante a 68ª Sessão da Conferência Internacional do Trabalho.*
O CONGRESSO NACIONAL, decreta: Art. 1º É aprovado o texto da Convenção nº 158, da Organização Internacional do Trabalho (OIT), sobre o término da Relação do Trabalho por Iniciativa do Empregador, adotada em Genebra, em 1982. Parágrafo único. São sujeitos à aprovação do Congresso Nacional quaisquer atos que possam resultar em revisão da referida convenção, bem como aqueles que se destinem a estabelecer ajustes complementares. Art. 2º Este decreto legislativo entra em vigor na data de sua publicação. Senado Federal, 16 de setembro de 1992. SENADOR MAURO BENEVIDES Presidente

[384] DECRETO Nº 1.855, DE 10 DE ABRIL DE 1996
Promulga a Convenção 158 sobre o Término da Relação de Trabalho por Iniciativa do Empregador, de 22 de junho de 1982.
O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, no uso da atribuição que lhe confere o art. 84, inciso VIII, da Constituição, e Considerando que a Convenção Número 158, da Organização Internacional do Trabalho, sobre o Término da Relação de Trabalho por Iniciativa do Empregador, foi assinada em Genebra, em 22 de junho de 1982; Considerando que a Convenção ora promulgada foi oportunamente submetida ao Congresso Nacional, que a aprovou por meio do Decreto Legislativo número 68, de 16 de setembro de 1992; Considerando que a Convenção em tela entrou em vigor internacional em 23 de novembro de 1985; Considerando que o Governo brasileiro depositou a Carta de Ratificação do instrumento multilateral em epígrafe, em 05 de janeiro de 1995, passando o mesmo a vigorar, para o Brasil, em 05 de janeiro de 1996, na forma de seu artigo 16;
DECRETA:
Art. 1º A Convenção número 158, da Organização Internacional do Trabalho, sobre o Término da Relação de Trabalho por Iniciativa do Empregador, assinada em Genebra, em 22 de junho de 1982, apensa por cópia ao presente Decreto, deverá ser executada e cumprida tão inteiramente como nela se contém.
Art. 2º O presente Decreto entra em vigor na data de sua publicação.
Brasília, em 10 de abril de 1996; 175º da Independência e 108º da República.
FERNANDO HENRIQUE CARDOSO
Luiz Felipe Lampreia

> [...]
> 3. A partir desse momento, esta Convenção entrará em vigor, para cada Membro, 12 (doze) meses após a data em que sua ratificação tiver sido registrada.
> Artigo 17
> 1. Todo Membro que tiver ratificado a presente Convenção poderá denunciá-lo no fim de um período de 10 (dez) anos, a partir da data da entrada em vigor inicial, mediante um ato comunicado, para ser registrado, ao Diretor-Geral da Repartição Internacional do Trabalho. A denúncia tornar-se-á efetiva somente 1 (um) ano após a data de seu registro.
> 2. Ao notificar aos Membros da Organização o registro da segunda ratificação que lhe tiver sido comunicada, o Diretor-Geral fará notar aos Membros da Organização a data em que a presente Convenção entrará em vigor.

O Brasil registrou a denúncia da referida Convenção através de Nota do Governo brasileiro à OIT em 20/11/1996, a qual tornou-se efetiva apenas em 20/11/1997, conforme Decreto n. 2.100 de 20/12/1996, publicado no DOU em 23/12/1996:

> DECRETO Nº 2.100, DE 20 DE DEZEMBRO DE 1996.
> Torna pública a denúncia, pelo Brasil, da Convenção da OIT nº 158 relativa ao Término da Relação de Trabalho por Iniciativa do Empregador.
> O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, torna público que deixará de vigorar para o Brasil, a partir de 20 de novembro de 1997, a Convenção da OIT nº 158, relativa ao Término da Relação de Trabalho por Iniciativa do Empregador, adotada em Genebra, em 22 de junho de 1982, visto haver sido denunciada por Nota do Governo brasileiro à Organização Internacional do Trabalho, tendo sido a denúncia registrada, por esta última, a 20 de novembro de 1996.
> Brasília, 20 de dezembro de 1996; 175º da Independência e 108º da República.
> FERNANDO HENRIQUE CARDOSO
> Luiz Felipe Lampreia

Após isto a questão foi colocada é se pode o Presidente da República denunciar uma convenção da OIT sem ouvir o Congresso Nacional?

A doutrina nega tal possibilidade na voz de SÜSSEKIND:

> Se as normas internacionais se incorporam à legislação nacional, por ter sido a respectiva convenção aprovada pelo Congresso Nacional e depois retificada pelo Presidente da República, revogando ou modificando as leis que dispunham em contrário [...], parece-nos injurídico admitir sua revogação por simples ato administrativo do Poder Executivo[385].

Alinha-se com tal entendimento SOUTO MAIOR:

> [...] o ato praticado pelo chefe do Poder Executivo, de denunciar, mediante Decreto, a

[385] SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas; TEIXEIRA, Lima. **Instituições de direito do trabalho**. 22. ed. v. 2. São Paulo: LTr, 2005. p. 1581.

> Convenção, extrapolou os limites de sua competência, constitucionalmente fixados. [...] a previsão do art. 84, da Constituição Federal, que dispõe sobre a competência privativa do Presidente da República, autorizando-lhe a dispor, mediante decreto, apenas sobre "organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos; e extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos" (inciso VI, alíneas "a" e "b") ou expedir decretos para sancionar, promulgar, fazer publicar leis e seus regulamentos (inciso IV, do mesmo artigo) [...] A denúncia, portanto, fora ato inconstitucional que, portanto, não pode surtir o efeito de extrair do ordenamento jurídico a Convenção em exame[386].

A constitucionalidade do Decreto n. 2.100/1996, do Presidente da República denunciando a Convenção n. 158 da OIT, está sendo questionada na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 1625, por entender que o art. 49, I da CF/1988, atribuiu ao Congresso Nacional a competência para aprovar também as denúncias dos tratados/convenções internacionais.

A ADI n. 1625 foi protocolada em 17/07/1997 e encontra-se suspensa diante do pedido de vista da Min. Ellen GRACIE em 03/06/2009. Tal ministra aposentou-se em agosto de 2011, sendo sua cadeira ocupada pela Ministra Rosa WEBER que deve herdar o processo.

E aí se vão mais de 15 anos de tramitação de processo, sem qualquer previsão de solução.

Mas o Supremo já teve mais pressa para analisar a Convenção 158 em outra Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI n. 1480, que esgrimia o Decreto Legislativo n. 68/1992 e o Decreto n. 1.855/1996, na qual foi deferida a seguinte decisão liminar:

> AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - CONVENÇÃO Nº 158/OIT - PROTEÇÃO DO TRABALHADOR CONTRA A DESPEDIDA ARBITRÁRIA OU SEM JUSTA CAUSA - ARGÜIÇÃO DE ILEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DOS ATOS QUE INCORPORARAM ESSA CONVENÇÃO INTERNACIONAL AO DIREITO POSITIVO INTERNO DO BRASIL (DECRETO LEGISLATIVO Nº 68/92 E DECRETO Nº 1.855/96) - POSSIBILIDADE DE CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE DE TRATADOS OU CONVENÇÕES INTERNACIONAIS EM FACE DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA - ALEGADA TRANSGRESSÃO AO ART. 7º, I, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA E AO ART. 10, I DO ADCT/88 - REGULAMENTAÇÃO NORMATIVA DA PROTEÇÃO CONTRA A DESPEDIDA ARBITRÁRIA OU SEM JUSTA CAUSA, POSTA SOB RESERVA CONSTITUCIONAL DE LEI COMPLEMENTAR - CONSEQÜENTE IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DE TRATADO OU

[386] MAIOR, Jorge Luiz Souto. **Convenção 158 da OIT**. Dispositivo que veda a dispensa arbitrária é auto-aplicável. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 8, n. 475, 25 out. 2004. Disponível em: http://jus.com.br/revista/texto/5820/convencao-158-da-oit acesso em 29-06-2012

> CONVENÇÃO INTERNACIONAL ATUAR COMO SUCEDÂNEO DA LEI COMPLEMENTAR EXIGIDA PELA CONSTITUIÇÃO (CF, ART. 7º, I) - CONSAGRAÇÃO CONSTITUCIONAL DA GARANTIA DE INDENIZAÇÃO COMPENSATÓRIA COMO EXPRESSÃO DA REAÇÃO ESTATAL À DEMISSÃO ARBITRÁRIA DO TRABALHADOR (CF, ART. 7º, I, C/C O ART. 10, I DO ADCT/88) - CONTEÚDO PROGRAMÁTICO DA CONVENÇÃO Nº 158/OIT, CUJA APLICABILIDADE DEPENDE DA AÇÃO NORMATIVA DO LEGISLADOR INTERNO DE CADA PAÍS - POSSIBILIDADE DE ADEQUAÇÃO DAS DIRETRIZES CONSTANTES DA CONVENÇÃO Nº 158/OIT ÀS EXIGÊNCIAS FORMAIS E MATERIAIS DO ESTATUTO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO - PEDIDO DE MEDIDA CAUTELAR DEFERIDO, EM PARTE, MEDIANTE INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO. PROCEDIMENTO CONSTITUCIONAL DE INCORPORAÇÃO DOS TRATADOS OU CONVENÇÕES INTERNACIONAIS. (ADI 1480 MC / DF - DISTRITO FEDERAL, MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Julgamento: 04/09/1997, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Publicação DJ 18-05-2001 PP-00429).

Atualmente a ADI n. 1480 foi julgada extinta, por perda superveniente do objeto, nos seguintes termos:

> [...] Acentue-se, por oportuno, que, em 20 de dezembro de 1996, o Estado brasileiro, por intermédio do Presidente da República, que agiu em sua condição de Chefe de Estado, denunciou a mencionada Convenção nº 158/OIT. Essa denúncia - que se tornou efetiva um ano após o seu registro junto à O.I.T., consoante previsto no Artigo 17, n. 1, da própria Convenção nº 158 - consubstanciou-se, formalmente, no Decreto nº 2.100, de 20/12/96, cujo teor é o seguinte: "O PRESIDENTE DA REPÚBLICA torna público que deixará de vigorar para o Brasil, a partir de 20 de novembro de 1997, a Convenção da OIT nº 158, relativa ao Término da Relação de Trabalho por Iniciativa do Empregador, adotada em Genebra, em 22 de junho de 1982, visto haver sido denunciada por Nota do Governo brasileiro à Organização Internacional do Trabalho, tendo sido a denúncia registrada, por esta última, a 20 de novembro de 1996." (grifei) Isso significa que, já decorrido o lapso temporal de 1 (um) ano - e revelando-se plenamente eficaz, desse modo, o ato unilateral da denúncia - cessou, "tractu temporis", quanto ao Estado brasileiro, a vigência da mencionada convenção internacional. Na realidade, consoante enfatiza autorizado magistério doutrinário (LUIZ P. F. DE FARO JUNIOR, "Direito Internacional Público", p. 352, item n. 829, 4ª ed., 1965, Borsoi; HILDEBRANDO ACCIOLY/GERALDO EULÁLIO DO NASCIMENTO E SILVA, "Manual de Direito Internacional Público", p. 34, 12ª ed., 1996, Saraiva; CELSO D. DE ALBUQUERQUE MELLO, "Os Tratados na Constituição" in "As Tendências Atuais do Direito Público - Estudos em homenagem ao Prof. AFONSO ARINOS", p. 138, 1976, Forense; JOSÉ FRANCISCO REZEK, "Direito dos Tratados", p. 485, item n. 405, 1984, Forense), a denúncia - enquanto manifestação soberana do Estado que a formula - qualifica-se, quanto à Alta Parte de que emana, como causa extintiva do tratado ou convenção internacional. Vê-se, portanto, que a Convenção nº 158/OIT não mais se acha incorporada ao sistema de direito positivo interno brasileiro, eis que, com a denúncia dessa convenção internacional, registrada, junto à O.I.T., em 1996, operou-se, quanto ao Brasil, a própria extinção do referido ato de direito internacional público, o que importa - considerada a integral cessação de sua eficácia - em situação configuradora de perda superveniente do objeto da presente ação direta de inconstitucionalidade. Não custa enfatizar, neste ponto, que, em decorrência do referido ato de denúncia, deixou de existir o próprio objeto sobre o qual incidiram os atos estatais - Decreto Legislativo nº 68/92 e Decreto nº 1.855/96 - questionados nesta sede de controle concentrado de constitucionalidade, não mais se justificando, por isso mesmo, a subsistência deste processo de fiscalização abstrata, independentemente da existência, ou não, no caso, de efeitos residuais concretos gerados por aquelas espécies normativas. A situação que vem de ser referida, não obstante a peculiaridade de que se reveste, equipara-se - considerada a cessação da vigência doméstica da Convenção nº 158/OIT - à revogação

> superveniente de diplomas legislativos ou de atos estatais impugnados em sede de ação direta, fazendo instaurar, por isso mesmo, típica hipótese de prejudicialidade do processo de controle normativo abstrato. Cabe rememorar, por oportuno, a propósito da situação que ora se registra na presente causa, que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, em sucessivas decisões, tem enfatizado que a revogação superveniente dos atos estatais impugnados em ação direta de inconstitucionalidade - à semelhança do que ocorre com o exaurimento da eficácia das normas temporárias - provoca a extinção do processo de controle normativo abstrato, independentemente da existência de efeitos residuais concretos que possam derivar da aplicação dos diplomas questionados (RTJ 154/396, Rel. Min. CELSO DE MELLO - RTJ 154/401, Rel. Min. PAULO BROSSARD - ADI 437-DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJU de 17/08/94 - ADI 876-RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJU de 01/07/93 - ADI 1.063-DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJU de 25/06/01): "A revogação superveniente do ato normativo impugnado prejudica a ação direta de inconstitucionalidade, independentemente da existência de efeitos residuais concretos. Esse entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal nada mais reflete senão a própria natureza jurídica do controle normativo abstrato, em cujo âmbito não se discutem situações de caráter concreto ou individual. Precedentes." (RTJ 160/145, Rel. Min. CELSO DE MELLO) Sendo assim, e tendo em consideração as razões expostas, julgo extinto este processo de controle abstrato de constitucionalidade, em virtude da perda superveniente de seu objeto. Arquivem-se os presentes autos. Publique-se. Brasília, 26 de junho de 2001. Ministro CELSO DE MELLO Relator 1 (ADI 1480 MC / DF - DISTRITO FEDERAL, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Julgamento: 26/06/2001, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Publicação DJ 08/08/2001).

O Poder Executivo, no dia 20/02/2008, encaminhou ao Congresso Nacional Mensagem (MSC) n. 59/2008 submetendo à nova apreciação do texto da Convenção n. 158 da OIT. Está aprovada na Comissão de Trabalho, de Administração e Serviço Público (CTASP) e aguarda pauta na Comissão de Constituição e Justiça de Cidadania (CCJC), com parecer favorável do Relator, Dep. Ricardo Berzoini (PT-SP), pela constitucionalidade e juridicidade.

Toda essa polêmica e controvérsia sobre a Convenção 158 da Organização Internacional do Trabalho só pode decorrer de má-interpretação, que afigura-se até preconceituosa, de que tal norma cria estabilidade no emprego, quando na realidade o que ela faz é limitar as possibilidades de despedimento, inviabilizando as dispensas arbitrárias, porém mantendo as dispensas sem justa causa, assim entendidas como aquelas fundadas em motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro, a exemplo do que já ocorre com o cipeiro, conforme regulamentação do art. 165, da CLT.[387]

---

[387] Art. 165 - Os titulares da representação dos empregados nas CIPA (s) não poderão sofrer despedida arbitrária, entendendo-se como tal a que não se fundar em motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro.

Parágrafo único - Ocorrendo a despedida, caberá ao empregador, em caso de reclamação à Justiça do Trabalho, comprovar a existência de qualquer dos motivos mencionados neste artigo, sob pena de ser condenado a reintegrar o empregado.

Com necessidade de proteção dos grupos vulneráveis e minorias sociais, a tendência no direito processual do trabalho é da utilização do princípio da aptidão[388], cabendo ao empregador comprovar os motivos que o levaram a dispensar o trabalhador não constituem mera arbitrariedade.

Realmente só se pode questionar a pressa do Supremo Tribunal Federal para concessão de liminar para sobrestar direito compensatório do trabalhador, e sua inércia para apreciar a validade do ato Presidencial que denunciou a Convenção 158.

Mais uma das brincadeiras nos campos do Senhor...

5.8 AS CONFUSÕES COM A BASE DE CÁLCULO DO ADICIONAL DE INSALUBRIDADE

Aqui reside uma das mais movimentadas questões no direito do trabalho e que foi chacoalhada com a atuação do Supremo Tribunal Federal, estando aparentemente longe de ser pacificada.

A confusão inicia-se porque o art. 192, da Consolidação das Leis do Trabalho vincula a base de cálculo do adicional de insalubridade ao salário mínimo, sem esclarecer se tal percentual aplica-se apenas a quem é minimamente remunerado, ou se se aplica para quem recebe salário superior ao mínimo:

> Art . 192 - O exercício de trabalho em condições insalubres, acima dos limites de tolerância estabelecidos pelo Ministério do Trabalho, assegura a percepção de adicional respectivamente de 40% (quarenta por cento), 20% (vinte por cento) e 10% (dez por cento) do salário-mínimo da região, segundo se classifiquem nos graus máximo, médio e mínimo.

[388] "...as regras relativas ao ônus da prova, para que não constituam obstáculo à tutela processual dos direitos, hão de levar em conta sempre as possibilidades, reais e concretas, que tem cada litigante de demonstrar suas alegações, de tal modo que recaia esse ônus não necessariamente sobre a parte que alega, mas sobre a que se encontra em melhores condições de produzir a prova necessária à solução do litígio, inclusive com inversão do ônus da prova. Com isso, as dificuldades para a produção da prova, existentes no plano do direito material e decorrentes da desigual posição das partes litigantes, não são transpostas para o processo, ficando facilitado inclusive o esclarecimento da verdade e a tutela de situações que de outro modo provavelmente não encontrariam proteção adequada." MALLET, Estêvão. Discriminação e processo do trabalho. Revista do TST. Rio de Janeiro. V. 65, n.1, p. 148-159, out/dez 1999, p. 154.

Esta disposição legal causou debates nos tribunais trabalhistas, e na tentativa de pacificar a questão o Tribunal Superior do Trabalho entre 1969 e 2008 teve três entendimentos distintos sobre o assunto.

O primeiro foi o do enunciado 17:

> En. n.º 17 O adicional-insalubridade devido a empregado que percebe, por força de lei, convenção coletiva ou sentença normativa, salário-profissional, será sobre este calculado. Redação original – RA 28/1969, DO-GB 21.08.1969

Depois veio a interpretação consubstanciada no enunciado 137:

> En. n.º 137 ADICIONAL DE INSALUBRIDADE (cancelado) É devido o adicional de serviço insalubre, calculado à base do salário mínimo da região, ainda que a remuneração contratual seja superior ao salário mínimo acrescido da taxa de insalubridade (ex-Prejulgado nº 8). Redação original - RA 102/1982, DJ 11.10.1982 e DJ 15.10.1982

As discussões continuaram, o assunto continuou evoluindo foi editado o enunciado 228:

> En. n.º 228 Adicional de Insalubridade. Base de cálculo O percentual do adicional de insalubridade incide sobre o salário-mínimo de que cogita o art. 76 da Consolidação das Leis do Trabalho, , salvo as hipóteses previstas na Súmula nº 17. Redação original - Res. 14/1985, DJ 19.09.1985 e 24, 25 e 26.09.1985

Tal entendimento foi mantido estável no Tribunal Superior do Trabalho, e sofreu pequena alteração em 2003.

> Nº 228 Adicional de insalubridade. Base de cálculo. O percentual do adicional de insalubridade incide sobre o salário mínimo de que cogita o art. 76 da CLT. Nova redação - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003

Apesar das críticas e contestações o Tribunal Superior do Trabalho mantinha seu entendimento quanto à base de cálculo do adicional de insalubridade, até a intervenção do Supremo Tribunal Federal com a edição da súmula vinculante n.º 4, em

abril de 2008:

> SÚMULA VINCULANTE Nº 4. SALVO NOS CASOS PREVISTOS NA CONSTITUIÇÃO, O SALÁRIO MÍNIMO NÃO PODE SER USADO COMO INDEXADOR DE BASE DE CÁLCULO DE VANTAGEM DE SERVIDOR PÚBLICO OU DE EMPREGADO, NEM SER SUBSTITUÍDO POR DECISÃO JUDICIAL.

Diante da clareza do texto sumular, o Tribunal Superior do Trabalho adotou a técnica decisória conhecida como "Declaração de Inconstitucionalidade sem Pronúncia de Nulidade", e apressou-se em rever seu entendimento para adequá-lo à orientação do Supremo Tribunal Federal, dando nova redação à agora súmula 228:

> SUM-228 ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. BASE DE CÁLCULO (redação alterada na sessão do Tribunal Pleno em 26.06.2008) - Res. 148/2008, DJ 04 e 07.07.2008 - Republicada DJ 08, 09 e 10.07.2008 A partir de 9 de maio de 2008, data da publicação da Súmula Vinculante nº 4 do Supremo Tribunal Federal, o adicional de insalubridade será calculado sobre o salário básico, salvo critério mais vantajoso fixado em instrumento coletivo.

Com o aumento da base de cálculo do adicional de insalubridade houve verdadeiro clamor do empresariado, com o reflexo da Confederação Nacional da Indústria – CNI, apresentar a Reclamação nº 6266, com pedido de liminar acatado pelo então Presidente do Tribunal Ministro Gilmar Mendes, e suspendeu a aplicação da Súmula 228 do TST, na parte em que permite a utilização do salário básico para calcular o adicional de insalubridade (DJE de 05/08/2008), fazendo constar os seguintes fundamentos.

> Com efeito, no julgamento que deu origem à mencionada Súmula Vinculante n° 4 (RE 565.714/SP, Rel. Min. Cármen Lúcia, Sessão de 30.4.2008 - Informativo nº 510/STF), esta Corte entendeu que o adicional de insalubridade deve continuar sendo calculado com base no salário mínimo, enquanto não superada a inconstitucionalidade por meio de lei ou convenção coletiva.
> Dessa forma, com base no que ficou decidido no RE 565.714/SP e fixado na Súmula Vinculante n° 4, este Tribunal entendeu que não é possível a substituição do salário mínimo, seja como base de cálculo, seja como indexador, antes da edição de lei ou celebração de convenção coletiva que regule o adicional de insalubridade.
> Logo, à primeira vista, a nova redação estabelecida para a Súmula n° 228/TST revela aplicação indevida da Súmula Vinculante n° 4, porquanto permite a substituição do salário mínimo pelo salário básico no cálculo do adicional de insalubridade sem base normativa.

> Ante o exposto, defiro a medida liminar para suspender a aplicação da Súmula n° 228/TST na parte em que permite a utilização do salário básico para calcular o adicional de insalubridade.

Impacto maior que o da súmula vinculante n.º 4, causou a liminar da Reclamação 6266, deixando o Tribunal Superior do Trabalho em situação delicada, pois a providência adota para respeitar o efeito vinculante da súmula 4 foi tida como desrespeito.

Em decorrência disso voltou a vigorar o entendimento original da súmula 228:

> Sum n.º 228 Adicional de Insalubridade. Base de cálculo. O percentual do adicional de insalubridade incide sobre o salário-mínimo de que cogita o art. 76 da Consolidação das Leis do Trabalho.

Toda esta polêmica foi gerada para atender os interesses dos empresários e evitar os ônus do aumento do valor da base de cálculo do adicional de insalubridade, o que só pode ser lamentado e mais uma vez fica comprovada a suprema agilidade na concessão de liminares para atender interesses econômicos.

Enquanto isso, os trabalhadores são obrigados a suportar condições insalubres recebendo como compensação uma fração do valor do já mínimo salário mínimo, até que seja encontrada saída jurídica para este enredo da base de cálculo de seu adicional.

5.9 A CAPACIDADE POSTULATÓRIA NA JUSTIÇA DO TRABALHO – MANUTENÇÃO DO *JUS POSTULANDI*

Digna de nota é a interpretação do Supremo Tribunal Federal na manutenção do JUS POSTULANDI na Justiça do Trabalho, onde podem ser sentidas a aplicação do princípio da proporcionalidade no cotejo entre os art. 791, da C.L.T., o art. 133, da C.F., e o art. 1º, inc. I, da Lei 8.906/94, e a modulação dos efeitos da decisão na Ação Declaratória de Inconstitucionalidade.

A regra geral na Justiça do Trabalho sempre consistiu no reconhecimento da capacidade postulatória da parte, diante da regra dos artigos 791 e 839 da Consolidação das Leis do Trabalho, consagrando o *jus postulandi*

> CLT Art. 791. Os empregados e os empregadores poderão reclamar pessoalmente perante a Justiça do Trabalho e acompanhar as suas reclamações até o final.
> CLT Art. 839. A reclamação poderá ser apresentada:
> a) pelos empregados e empregadores, pessoalmente, ou por seus representantes, e pelos sindicatos de classe;
> b) por intermédio das Procuradorias Regionais da Justiça do Trabalho.

A exceção a tal regra era apenas no manejo do recurso extraordinário ao Supremo Tribunal Federal que sempre exigiu a interposição por advogado, porque o art. 791 CLT restringe a capacidade postulatória para prática de os atos na justiça do trabalho apenas.

Esta regra começou a ser questionada quando do advento da Constituição Federal de 1988, que trouxe em seu bojo a seguinte disposição:

> Art. 133. O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.

Mas tal dispositivo não teve grande impacto, que só veio mesmo com a edição do Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil por intermédio da Lei Lei 8.906/94, que contém a “exigência de advogado para postulação a qualquer órgão do Poder Judiciário e aos juizados especiais” salvo habeas corpus.

Questionando o alcance da lei, a Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB interpôs Ação Direta de Inconstitucionalidade, identificada como ADI 1.127/DF e obteve imediata liminar (DJ 14-10-94) para excluir a aplicação de tal exigência à Justiça do Trabalho, Juizados Especiais, e Justiça de Paz. Tal liminar foi ratificada pela decisão final do feito 12 anos depois, em 2006[389].

A decisão parece ter conteúdo nobre de asseguração de postulação ao judiciário ao maior número de cidadãos, mas ela também tem o lado de sucumbir à

[389] EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI 8.906, DE 4 DE JULHO DE 1994. ESTATUTO DA ADVOCACIA E A ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. DISPOSITIVOS IMPUGNADOS PELA AMB. PREJUDICADO O PEDIDO QUANTO À EXPRESSÃO "JUIZADOS ESPECIAIS", EM RAZÃO DA SUPERVENIÊNCIA DA LEI 9.099/1995. AÇÃO DIRETA CONHECIDA EM PARTE E, NESSA PARTE, JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE. I - O advogado é indispensável à administração da Justiça. Sua presença, contudo, pode ser dispensada em certos atos jurisdicionais... ADI 1127 / DF - DISTRITO FEDERAL Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO Relator(a) p/ Acórdão: Min. RICARDO LEWANDOWSKI Julgamento: 17/05/2006 Órgão Julgador: Tribunal Pleno Publicação DJe-105 DIVULG 10-06-2010 PUBLIC 11-06-2010

regra de ouro de não onerar os cofres públicos.

A exigência de advogados em todas as causas submetidas ao Judiciário, inclusive Juizados Especiais, demandaria um grande aparato estatal, com a formação de Defensorias Públicas para atender as demandas, com óbvia e imediata oneração dos cofres públicos.

Ao assegurar a capacidade postulatória aos litigantes dos processos trabalhistas, não é difícil vislumbrar a dificuldade das partes menos instruídas, tanto trabalhadores como empregadores, na condução dos processos. Basta haver uma relação comum de terceirização, com necessidade de chamamento ao processo de um litisconsorte necessário, para inviabilizar o acesso ao Judiciário aos interessados, sem assistência de advogado. Isto é claro, sem prejuízo de muitas outras providências que as partes precisem tomar no processo, que vão desde a postulação como reclamante ou reclamado, até a produção de provas, que certamente prejudicam quem não tem formação técnica-jurídica.

E a manutenção do jus postulandi na Justiça do Trabalho dá azo a um equívoco maior e que atavicamente se perpetua: a ausência de condenação do sucumbente em honorários advocatícios sob o pálio argumento de que a parte pode demandar pessoalmente em Juízo, vedando a reparação integral, principalmente para os trabalhadores que têm seus direitos negados, necessitam recorrer ao judiciário para verem satisfeitas suas pretensões, sempre com a ameaça da perda ou dificuldade de novo emprego, e ainda tem de desembolsar uma parte do que conseguem receber para atender o pagamento de quem patrocinou seus interesses em Juízo.

5.10 AS DISPUTAS DE GOVERNO – AS QUESTÕES DE COMPETÊNCIA MATERIAL COM AS DISPUTAS ENTRE OS RAMOS DO JUDICIÁRIO

Após a publicação da Emenda Constitucional 45 de 2004, houve significativo acréscimo de competência da Justiça Especial do Trabalho, mas nos embates havidos entre os ramos do Judiciário, fez-se necessária a intervenção do Supremo Tribunal Federal para pacificação de diversas disputas, com decisões que envolveram bastante movimentação política, com franca atuação das associações

representativas de classe dos magistrados, que patrocinaram diretamente os dissídios respectivos.

Ante a extensão da matéria serão feitos breves comentários e um apanhado dos problemas, apenas par que se tenha uma visão geral das questões envolvidas.

5.10.1 Dano Moral e Questões Contratuais - Herdeiros

Com o advento da Constituição Federal de 1988, o Superior Tribunal de Justiça – STJ ficou incumbido de resolver conflitos de competência entre quaisquer tribunais (ressalvado o disposto no art. 102, I, o), bem como entre tribunal e juízes a ele não vinculados e entre juízes vinculados a tribunais diversos.

Como orientação geral o STJ fixou a orientação de que a fixação da competência é estabelecida pela natureza da controvérsia em debate, após exame da causa de pedir.390

Dentro desse raciocínio, se a causa de pedir emerge de uma relação civil, a competência material para exame será de um juiz cível também.

Mesmo com a aparente simplicidade da proposta emergem questões que desafiam um entendimento mais aprofundado.

Tema que já foi objeto de debates foi a questão da análise dos pedidos de reparação por danos morais sofridos durante a constância de um contrato de trabalho, ou após seu término, mas dele decorrente.

Nessa questão foi seguida a orientação do Supremo Tribunal Federal quanto às questões que emanam do contrato de trabalho, no Conflito de Competência 6959 (publ. em 03/05/1991), e o aresto que indicou este caminho segue transcrito a seguir:

> "EMENTA - Justiça do Trabalho: Competência: Const., artigo 114: ação de empregado contra o empregador visando à observação das condições negociais da promessa de contratar formulada pela empresa em decorrência da relação de trabalho.
> 1 - Compete à Justiça do Trabalho julgar demanda de servidores do Banco do Brasil para compelir a empresa ao cumprimento da promessa de vender-lhes, em dadas condições de preço e modo de pagamento, apartamentos que, assentindo em transferir-se para Brasília, aqui viessem a ocupar, por mais de cinco anos, permanecendo a seu serviço exclusivo e direto.
> 2 - À determinação da competência da Justiça do Trabalho não importa que dependa a solução da lide de questões de direito civil, mas sim, no caso, que a promessa de contratar, cujo

390 STJ CC 33722 – PR (2001/0169371-8). Rel. Min. LAURITA VAZ. 1ª Seção. Publ. DJ 20-05-2002

> alegado conteúdo é o fundamento do pedido, tenha sido feita em razão da relação de emprego, inserindo-se no contrato de trabalho." (Ac. STF - Pleno - MV - Conflito de Jurisdição nº. 6.959-6 - Rel. (designado): Min. Sepúlveda Pertence - J. 23.5.90 - Suscte. Juiz de Direito da 1ª Vara Cível de Brasília; Suscdo. Tribunal Superior do Trabalho - DJU 22.2.91, p. 1259).

Tal entendimento acabou absorvido e sumulado pelo Tribunal Superior do Trabalho:

> SUM-392 DANO MORAL. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO (conversão da Orientação Jurisprudencial nº 327 da SBDI-1) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005 Nos termos do art. 114 da CF/1988, a Justiça do Trabalho é competente para dirimir controvérsias referentes à indenização por dano moral, quando decorrente da relação de trabalho.

Posteriormente, tal decisão acabou orientando a questão reconhecida como de repercussão geral, referente à indenização dos herdeiros do falecido trabalhador, em contraposição às decisões do Superior Tribunal de Justiça.

> EMENTA Recurso extraordinário – Competência – Processual Civil e do Trabalho – Repercussão geral reconhecida – Ação de indenização decorrente de danos sofridos em acidente de trabalho – Demanda diretamente decorrente de relação de trabalho, sendo irrelevante, para fins de fixação da competência, o fato de ter sido ajuizada por sucessores do trabalhador falecido – Aplicação da norma do art. 114, inciso VI, da Constituição Federal, com a redação que a ela foi dada pela Emenda Constitucional nº 45/04 – Reconhecimento da competência da Justiça Federal do Trabalho para o processamento do feito – Recurso não provido. RE 600091 / MG - MINAS GERAIS Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI Julgamento: 25/05/2011 Órgão Julgador: Tribunal Pleno DJe-155 DIVULG 12-08-2011 PUBLIC 15-08-2011

5.10.2 Competência quanto aos Servidores Públicos

Apesar da literalidade do texto do art. 114, inc. I, da Constituição Federal, com a redação que lhe foi dada pela Emenda Constitucional 45 de 2004: “Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar: I as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;...”, logo após a edição a questão foi levada ao Supremo Tribunal Federal pela Associação dos Juízes Federais do Brasil – AJUFE, foi mantida com as Justiças Comuns a competência dos servidores estatutários:

> EMENTA: INCONSTITUCIONALIDADE. Ação direta. Competência. Justiça do Trabalho. Incompetência reconhecida. Causas entre o Poder Público e seus servidores estatutários. Ações que não se reputam oriundas de relação de trabalho. Conceito estrito desta relação. Feitos da competência da Justiça Comum. Interpretação do art. 114, inc. I, da CF, introduzido pela EC 45/2004. Precedentes. Liminar deferida para excluir outra interpretação. O disposto no art. 114, I, da Constituição da República, não abrange as causas instauradas entre o Poder Público e servidor que lhe seja vinculado por relação jurídico-estatutária. ADI 3395 MC / DF - DISTRITO FEDERAL MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Relator(a): Min. CEZAR PELUSO Julgamento: 05/04/2006 Tribunal Pleno Publ. DJ 10-11-2006 PP-00049 EMENT VOL-02255-02 PP-00274

Mas a questão não parou por aí e teve desdobramentos quanto aos pseudo-temporários da administração pública.

> EMENTA Agravo regimental. Contrato temporário. Regime jurídico administrativo. Ausência de argumentos capazes de modificar a decisão agravada. Agravo regimental não provido. 1. Competência da Justiça comum para processar e julgar as causas envolvendo o Poder Público e servidores que sejam vinculados a ele por relação jurídico-administrativa. 2. Prorrogação do prazo de vigência do contrato temporário não altera a natureza jurídica de cunho administrativo que se estabelece originalmente. 3. Agravo regimental desprovido. Rcl 7109 AgR / MG - MINAS GERAIS AG.REG.NA RECLAMAÇÃO Relator(a): Min. MENEZES DIREITO Julgamento: 02/04/2009 Órgão Julgador: Tribunal Pleno Publ. DJe-148 DIVULG 06-08-2009 PUBLIC 07-08-2009 EMENT VOL-02368-02 PP-00315.

Isto porque nos casos em que houve a contratação irregular, a orientação do Tribunal Superior do Trabalho era no sentido de manter-se a competência na Justiça do Trabalho, como nos casos em que não há vínculo empregatício espontaneamente reconhecido entre particulares:

> OJ-SDI1-205 COMPETÊNCIA MATERIAL. JUSTIÇA DO TRABALHO. ENTE PÚBLICO. CONTRATAÇÃO IRREGULAR. REGIME ESPECIAL. DESVIRTUAMENTO (cancelada) – Res. 156/2009, DEJT divulgado em 27, 28 e 29.04.2009
> I - Inscreve-se na competência material da Justiça do Trabalho dirimir dissídio individual entre trabalhador e ente público se há controvérsia acerca do vínculo empregatício.
> II - A simples presença de lei que disciplina a contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público (art. 37, inciso IX, da CF/1988) não é o bastante para deslocar a competência da Justiça do Trabalho se se alega desvirtuamento em tal contratação, mediante a prestação de serviços à Administração para atendimento de necessidade permanente e não para acudir a situação transitória e emergencial.

Esta orientação já não mais vigora e o efeito prático disso é que acabam ficando impunes os atos administrativos que não observam a legalidade, contratam de

modo temerário trabalhadores sob a falsa itulação de temporários, e assim excluem-nos da Justiça do Trabalho.

5.10.3 Competência quanto aos Casos de Falência

Outra questão em que foi tolhida a competência da Justiça do Trabalho foi na cobrança dos créditos falimentares, mediante utilização de Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3934/DF:

> EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGOS 60, PARÁGRAFO ÚNICO, 83, I E IV, c, E 141, II, DA LEI 11.101/2005. FALÊNCIA E RECUPERAÇÃO JUDICIAL. INEXISTÊNCIA DE OFENSA AOS ARTIGOS 1º, III E IV, 6º, 7º, I, E 170, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL de 1988. ADI JULGADA IMPROCEDENTE. I - Inexiste reserva constitucional de lei complementar para a execução dos créditos trabalhistas decorrente de falência ou recuperação judicial. II - Não há, também, inconstitucionalidade quanto à ausência de sucessão de créditos trabalhistas. III - Igualmente não existe ofensa à Constituição no tocante ao limite de conversão de créditos trabalhistas em quirografários. IV - Diploma legal que objetiva prestigiar a função social da empresa e assegurar, tanto quanto possível, a preservação dos postos de trabalho. V - Ação direta julgada improcedente. ADI 3934 / DF - DISTRITO FEDERAL AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI Julgamento: 27/05/2009 Órgão Julgador: Tribunal Pleno Publicação DJe-208 DIVULG 05-11-2009 PUBLIC 06-11-2009 EMENT VOL-02381-02 PP-00374

Toda a eficácia da execução trabalhista quanto ao privilegiado crédito do trabalhador, e a atividade jurisdicional do Juiz do Trabalho encerra-se na apuração do valor do crédito, tanto nos casos de falência, como nos de Recuperação Judicial, apesar da literalidade dos dispositivos legais envolvidos.

Outra solução política, assegurando a primazia dos interesses da massa falida e tornando intocáveis as empresas em regime de recuperação judicial, como se vê do julgado que segue:

> EMENTA: CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. EXECUÇÃO DE CRÉDITOS TRABALHISTAS EM PROCESSOS DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL COMUM, COM EXCLUSÃO DA JUSTIÇA DO TRABALHO. INTERPRETAÇÃO DO DISPOSTO NA LEI 11.101/05, EM FACE DO ART. 114 DA CF. RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E IMPROVIDO. I - A questão central debatida no presente recurso consiste em saber qual o juízo competente para processar e julgar a execução dos créditos trabalhistas no caso de empresa em fase de recuperação judicial. II - Na vigência do Decreto-lei 7.661/1945 consolidou-se o entendimento de que a competência para executar os créditos ora discutidos é da Justiça Estadual Comum, sendo essa também a regra adotada

> pela Lei 11.101/05. III - O inc. IX do art. 114 da Constituição Federal apenas outorgou ao legislador ordinário a faculdade de submeter à competência da Justiça Laboral outras controvérsias, além daquelas taxativamente estabelecidas nos incisos anteriores, desde que decorrentes da relação de trabalho. IV - O texto constitucional não o obrigou a fazê-lo, deixando ao seu alvedrio a avaliação das hipóteses em que se afigure conveniente o julgamento pela Justiça do Trabalho, à luz das peculiaridades das situações que pretende regrar. V - A opção do legislador infraconstitucional foi manter o regime anterior de execução dos créditos trabalhistas pelo juízo universal da falência, sem prejuízo da competência da Justiça Laboral quanto ao julgamento do processo de conhecimento. VI - Recurso extraordinário conhecido e improvido. RE 583955 / RJ - RIO DE JANEIRO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI Julgamento: 28/05/2009 Órgão Julgador: Tribunal Pleno Publ. REPERCUSSÃO GERAL – MÉRITO DJe-162 DIVULG 27-08-2009 PUBLIC 28-08-2009 EMENT VOL-02371-09 PP-01716

As soluções de retirar da Justiça do trabalho a cobrança de créditos trabalhistas de empresas submetidas ao Regime de Recuperação Judicial, independentemente do tempo decorrido ou fase do processo, não se justifica, já que não há sequer universalidade de tal Juízo, e apenas privilegia os maus pagadores de empregados.

5.11 A RESPONSABILIDADE DOS ENTES PÚBLICOS NOS SERVIÇOS TERCEIRIZADOS – O FIM DE UMA ERA DE LUTAS

Causam comoção os efeitos do entendimento da ausência de responsabilidade trabalhista de entes da administração pública frente às disposições da Lei de Licitações.

Levou anos até que fosse consolidado no Tribunal Superior do Trabalho o entendimento consagrado no inc. IV da Súmula 331:

> n.º 331 (...)
> IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das em-presas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (art. 71 da Lei nº 8.666, de 21.06.1993).

Ao apreciar a ação declaratória de constitucionalidade ADC 16/DF, o Supremo Tribunal Federal assim pronunciou-se:

> EMENTA: RESPONSABILIDADE CONTRATUAL. Subsidiária. Contrato com a administração pública. Inadimplência negocial do outro contraente. Transferência consequente e automática dos seus encargos trabalhistas, fiscais e comerciais, resultantes da execução do contrato, à

> administração. Impossibilidade jurídica. Consequência proibida pelo art., 71, § 1º, da Lei federal nº 8.666/93. Constitucionalidade reconhecida dessa norma. Ação direta de constitucionalidade julgada, nesse sentido, procedente. Voto vencido. É constitucional a norma inscrita no art. 71, § 1º, da Lei federal nº 8.666, de 26 de junho de 1993, com a redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995. ADC 16 / DF - DISTRITO FEDERAL AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE Relator(a): Min. CEZAR PELUSO Julgamento: 24/11/2010 Órgão Julgador: Tribunal Pleno Publ. DJe-173 DIVULG 08-09-2011 PUBLIC 09-09-2011EMENT VOL-02583-01 PP-00001Parte(s)

Inquestionável a juridicidade de tal julgamento, ficando claro que a administração pública fica isenta de responsabilidade nas hipóteses em que houver respeitado os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, e da economia, e mesmo assim, responderá solidariamente com contratado pelos encargos previdenciários resultantes da execução do contrato, nos termos do parágrafo 2º, do art. 71, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

Entretanto, se a administração contrata irregularmente, sem licitação, ou age sem a observância dos requisitos legais de contratação, a exclusão de responsabilidade além de alijar o trabalhador de seus direitos básicos e fundamentais, premia os maus administradores, atentando contra tudo que é consagrado no direito administrativo e no direito do trabalho, propiciando que quem age irregularmente beneficie-se da própria torpeza.

Parece que tal entendimento exsurge claramente dos fundamentos da decisão constitucional, os quais também operam a eficácia vinculante, que no dizer de MARINONI "...é dilucidada na *ratio decidendi* ou nos motivos determinantes da decisão"[391], e não resultariam dúvida na aplicação.

As decisões que avaliam a atuação da administração, se examinadas no nível superficial das Reclamações perante o Supremo, também têm sido derrotadas sob o argumento de ofensa à reserva de plenário, e afastamento da incidência de ato normativo sem declarar-lhe a inconstitucionalidade, independentemente de seus fundamentos, como se constata em emblemático caso da Reclamação 12.926, que envolve a decisão da Primeira Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, no julgamento do recurso ordinário nº 00508-2009-669-09-00-5, que reconheceu a culpa in vigilando da Administração, pela falta de fiscalização do contrato de prestação

[391] MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes Obrigatórios. São Paulo: RT. 2011, p. 462

de serviços, e foi anulada sob o singelo argumento de que estaria fulcrada unicamente no item V, da Súmula 331, do Tribunal Superior do Trabalho.

Para tentar alguma resistência a tais entendimentos, o Tribunal Superior do Trabalho reviu sua posição e deu nova redação ao item V, da Súmula nº 331, conforme redação a seguir:

> V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

A esperança é que situações como a ora relatada e que têm se repetido em diversas outras reclamações, como as de números Rcl 6969, 6970, 7127, 7223, 7289, 7344, 7345, 7427, 7665, 7687, 7812, 7847, 7882, 8020, 8134, 8597, 8601, 8847, 8965, 9017, 9169, 9459, 9679, 9792, entre tantas outras, sejam melhor avaliadas para que se resguarde a possibilidade dos prestadores de serviços terceirizados, vinculados à Administração, possam efetivamente verem satisfeitos seus direitos básicos trabalhistas.

Caso contrário, aqui haverá a inegável aplicação da tão falada regra de ouro da não oneração dos cofres públicos para aplicação dos direitos fundamentais.

Como se vê o maior prejudicado com o choque da decisão dos Tribunais é o trabalhador, que enquanto assiste a acalorados debates jurídicos, fica sem a satisfação de parcelas salariais, e “a brincadeira nos campos do Senhor” acaba tendo os resultados catastróficos que tais confrontos geram.

5.12 OUTRAS ATUAÇÕES JURISPRUDENCIAIS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO DIREITO DO TRABALHO

Os casos até aqui tratados estão mais ligados a impressões pessoais do que à demonstração por amostragem quantitativa da atuação do Supremo Tribunal Federal.

Há outras hipóteses em que o Supremo também tem ingressado na esfera trabalhista e até com felicidade nas conclusões, como é o caso da decisão de que a

aposentadoria espontânea não extingue o contrato de trabalho, conforme reconhecido na ADI 1721-3, em 1997 e invalidou o § 2º, do art. 453, da CLT, além de outras incursões tanto no campo dos direitos individuais como dos direitos coletivos conforme elenca Fábio Rodrigues GOMES[392].

A atuação do Supremo Tribunal Federal tem grande relevância no Direito do Trabalho e ajuda a consolidar as diretrizes básicas de tal disciplina jurídica.

[392] GOMES, Fábio Rodrigues. **O Direito do Trabalho na Jurisprudência do STF**. In: SARMENTO, Daniel e SARLET, Ingo Wolfgang coords. Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: Balanço e Crítica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 649-686.

CONCLUSÃO

A análise da atuação da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal nos rumos do Direito do Trabalho leva à inarredável solução de apresentação de opiniões e críticas, as quais longe de serem desmerecedoras da atuação jurisdicional apenas visam alertar para eventuais incongruências na aplicação do direito em tese.

Seria muito simplista apresentarem-se críticas negativas sem a proposição de soluções e para não incorrer em tal erro, parece que a melhor forma de o Supremo Tribunal Federal definir os rumos do Direito do Trabalho é com a proposta da "sociedade aberta dos intérpretes da Constituição" de Peter HÄBERLE[393], com a interpretação pluralista mediante consulta às categorias envolvidas.

Na seara trabalhista tal sistemática pode ser muito bem recebida, pois normalmente os interesses envolvidos dizem respeito a coletividades consistentes em categorias profissionais ou econômicas ou até em grupos de trabalhadores de determinada empresa, que se consultados sobre o efeito prático do direito em discussão, podem contribuir em muito para o aperfeiçoamento da decisão judicial constitucional.

Na tutela dos direitos fundamentais trabalhistas é necessário que se estabeleçam algumas propostas metodológicas para que os mesmos sejam providos da necessária eficácia, tão exigida na esfera juslaboral.

A medida da incidência de efetividade numa norma fundamental tem de ser perseguida, e atual fase do constitucionalismo social não comporta mais entendimentos que afastem a imediata aplicabilidade de direitos fundamentais, em especial para aqueles que um dos maiores bens é exatamente a força de seu trabalho.

Max WEBER criticava a materialização do direito formal burguês que HABERMAS reconhece como o impulso para "uma criação de condições legais características de um Estado Social"[394].

---

[393] HÄBERLE, Peter. **HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL a Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Intepretação Pluralista e Procedimental da Constituição**. Rad. de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002.

[394] HABERMAS, Jurgen. **Direito e Moral**. Trad. de Sandra Lippert. Lisboa: Instituto Piaget, 1992?. p. 16.

A atuação do exercício da jurisdição constitucional não pode ser dissociada, sob hipótese alguma, da manutenção desse Estado Social com garantias mínimas aos seus cidadãos, sem a incidência do indesejável assistencialismo.

A aproximação entre o Direito do Trabalho e o Direito Constitucional, propicia uma melhor interação das aplicações práticas de ambos, intimamente ligados pelas questões políticas e sociais que os originaram e definem seus rumos de atuação.

Na medida em que a Corte Constitucional brasileira socorrer-se de experts para análise e solução dos problemas trabalhistas, poderá exercitar seu poder com muito mais legitimidade além de munir-se de maior embasamento científico nas tomadas de decisões.

A humildade e o cuidado para interpretação do Direito em qualquer esfera requer olhos e ouvidos atentos e a mente aberta, limpa e despida de preconceitos ou vaidades, que impeçam a interação entre os ramos das ciências jurídicas e sociais.

Não há solução milagrosa nem fórmula pronta para a efetividade dos direitos sociais e sabedoria em sua aplicação. Somente um estudo sistematizado, com trocas de ideias e experiências nas áreas do Direito Constitucional e do Trabalho é que propiciará resultados ainda mais promissores do que os já atingidos no estágio de nosso Direito.

A alusão às “brincadeiras nos campos do Senhor” repita-se, é apenas para alertar para a grandeza do que se quer tutelar com o exercício da jurisdição, e demonstrar o pluralismo jurídico e cultural que acerca os beneficiários dos direitos em questão.

BIBLIOGRAFIA

AFONSO DA SILVA, Virgílio. **DIREITOS FUNDAMENTAIS conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros, 2011.

AKAOUI, Fernando Reverendo Vidal. **Jurisdição Constitucional e a Tutela dos Direitos Metaindividuais**. São Paulo: Verbatium, 2009.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

AMARAL, Júlio Ricardo de Paula. **Eficácia dos direitos fundamentais nas relações trabalhistas.** São Paulo: LTr. 2007.

ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito**, Teorias da Argumentação Jurídica. Trad. de Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2000.

BARBAGELATA, Héctor-Hugo. Os princípios de Direito do Trabalho de segunda geração. *In*: **Cadernos da AMATRA IV**: ano 3, n. 7, Porto Alegre: HS Editora, abr/jun 2008.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2005.

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2011.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier. 2004.

BOBBIO, Norberto. MATEUCCI, Nicola. PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. Trad. Carmem C. Varriale. 6ª Ed. Brasília, DF: Editora Universidade de Brasília, 1994.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Trad. de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 5 ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1994.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores. 2011.

BRASIL, Lei 7.347/1985. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7347orig.htm>. Acesso em: 13 mai. 2012.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Reclamação n.º 336 / DF. Rel. Min. Celso de Mello, decisão: 19/12/1990. Publicação DJ 15/03/1991. PP – 02644. Ement. Vol. 01612-01, PP-00007. RTJ Vol-00134-03, PP-01033. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 20 abr. 2012.

BRASIL. Código Civil Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 20 jan. 2012.

BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 15 fev 2012.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição:** República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 22 abr 2012.

BRASIL. **Convenção Relativa à Liberdade Sindical e à Proteção do Direito de Sindicalização: Convenção nº 87/OIT.** Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/conv_oit_87_dir_sindical.htm>. Acesso: 15 fev. 2012.

BRASIL. Lei 8.039/90. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1989_1994/L8039.htm>. Acesso em:
BERNARDES, Juliano Taveira. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão. *In:*

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Ações Constitucionais**. 5 ed. Salvador: Jus Podivm, 2011.
BRASIL. Lei 8.078/1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm. Acesso: 16 jan. 2012.

BRASIL. Lei n. 605/49. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L0605.htm>. Acesso em 11 jan. 2012.

BRASIL. Lei n° 9507/1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9507.htm>

BRASIL. Lei nº 4717/65. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4717.htm>. Acesso em: 12 mai. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 1.442, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 3-11-2004, Plenário, DJ de 29-4-2005. No mesmo sentido: ADI 1.458-MC, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 23-5-1996, Plenário, DJ de 20-9-1996. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 15 jun. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4568/DF RELATORA: Ministra Cármen Lúcia. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 15 jun. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação e Proteção da Ordem Constitucional. Reclamação n. 5470PA. Relator: Gilmar Ferreira Mendes, Brasília, 29 fev. 2008. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo496.htm#transcricao1>. Acesso em: 20 abr. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Representação n.º 946/DF – Ac. TP 12-5-77. Rel. Min. Xavier de Albuquerque. Revista LTr 41/1033. São Paulo: LTr 1977 p. 1036.
BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmulas do Tribunal Superior do Trabalho. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html >. Acesso em: 20 jan. 2012.

BUENO, Cassio Scarpinella. Habeas Data. *In:* DIDIER JUNIOR, Fredie. **Ações Constitucionais**. 5 ed. Salvador: Jus Podivm, 2011.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. V. I. Sergio Fabris Editores: Porto Alegre, 2003.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição***.* 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CESARINO JÚNIOR, Antonio Francisco; CARDONE, Marly A. **Direito Social**. 2. Ed. São Paulo: LTr, 1993, vol I.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

COHN, Amélia. "A questão social no Brasil: a difícil construção da cidadania". *In:* MOTA, Carlos Guilherme (org.). ***Viagem incompleta*****: a experiência brasileira (1500-2000): A grande transação**. São Paulo: Senac São Paulo, 2000, pp. 389. Disponível em: <http://pt.scribd.com/doc/6650935/COHN-Amelia-a-Questao-Social-No-Brasil>. Acesso em: 09 jun. 2012.

COSTA, Gilberto. Salário mínimo de R$ 622 acumula ganho real de 66% desde 2002, calcula Dieese. Matéria publicada na Agência Brasil 1º-01-2012. Pesquisado em http://agenciabrasil.ebc.com.br/noticia/2012-01-01/salario-minimo-de-r-622-acumula-ganho-real-de-66-desde-2002-calcula-dieese acesso em 20-04-2012

COUTINHO, Aldacy Rachid. **Efetividade do Direito do Trabalho – uma mirada no 'homem sem gravidade'**. Disponível em: <http://www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev_75/Aldacy_Coutinho.pdf>. Acesso em: 16 jan. 2012.

CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Controle das omissões do Poder Público em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 553.

DELGADO, Maurício Godinho. **Capitalismo, trabalho e emprego. Entre o paradigma da destruição e os caminhos de reconstrução.** São Paulo: LTr, 2006.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 8. ed. São Paulo: LTr, 2009.

Dicionário de Direitos Humanos da ESMPU: Estatuto da Criança e do Adolescente. **Escola Superior do Ministério Público da União**. Disponível em: <http://www.esmpu.gov.br/dicionario/tiki-index.php?page=Estatuto%20da%20Crian%C3%A7a%20e%20do%20Adolescente>. Acesso em: 26 out 2009.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Curso de direito processual civil.** vol 3. 3ª ed. Salvador: JusPodium, 2007, p. 384-385.

DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Aspectos processuais da ADIN (Ação Direta de Inconstitucionalidade) e da ADC (Ação Declaratória de Constitucionalidade). *In:* DIDIER JUNIOR, Fredie. **Ações Constitucionais**. 5 ed. Salvador: Jus Podivm, 2011.

DINIZ, Luiz Antônio Garcia. **CLICK CIÊNCIA**. Disponível em: <http://www.clickciencia.ufscar.br/portal/edicao25/resenha2_detalhe.php>. Acesso em: 22 abr 2011.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FERRAJOLI, Luigi. **Por uma Teoria dos Direitos e dos Bens Fundamentais**. Trad. de Alexandre Salim, Alfredo Copetti Neto, Daniela Cademartori, Hermes Zaneti Junior, Sergio Cademartori. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

FERRARI, Márcio. Brincando nos campos do senhor (1992). **UOL**, 26 fev. 2010. Disponível em: <http://cinema.uol.com.br/resenha/brincando-nos-campos-do-senhor-1992.jhtm>. Acesso em: 22 abr 2011.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

FLORES, Joaquin Herrera. **(Re)invenção dos Direitos Humanos**. Trad. de Carlos Roberto Diogo Garcia, Antonio Henrique Graciano Suxberger, Jefferson Aparecido Dias. Florianópolis: Editora Fundação Boiteux, 2009.

FLORES, Joaquin Herrera. **(Re)invenção dos Direitos Humanos**. Trad. de Carlos Roberto Diogo Garcia, Antonio Henrique Graciano Suxberger, Jefferson Aparecido Dias. Florianópolis: Editora Fundação Boiteux, 2009.

FLORES, Joaquin Herrera. **Teoria Crítica dos Direitos Humanos**, Os Direitos Humanos como Produtos Culturais. Trad. e rev. De Luciana Caplan, Carlos Roberto Diogo Garcia, Antonio Henrique Graciano Suxberger, Jefferson Aparecido Dias. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009.

GALLARDO, Helio. **Teoria Crítica: Matriz y Possibilidad de Derechos Humanos**. Murcia: Gráficas F. Gomez, (2010?). p. 9. Tradução livre de "*la* distancia*, cuando no abismo, o sea* ruptura, *entre lo que* se dice *y* se hace *em el campo de derechos humanos*".

GOÉS, Gisele Santos Fernandes. Reclamação Constitucional – Crise da sua função? *In:* DIDIER JUNIOR, Fredie. **Ações Constitucionais**. 5 ed. Salvador: Jus Podivm, 2011.

GOMES, Eduardo Biacchi. **União Européia e multiculturalismo. O diálogo entre a democracia e os direitos fundamentais**. Curitiba: Juruá. 2008.

HART, Herbert Lionel Adolphus. **O Conceito de Direito**. Trad. de Antônio de Oliveira Sette-Câmara, São Paulo: WMFmartinsfontes, 2009.

IHERING, Rudolf Von. **A luta pelo direito**. Trad. de João Vasconcelos. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1991.

KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. Introdução e revisão técnica Sérgio Sérvulo da Cunha. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. de João Baptista Machado, São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LARA PONTE, Rodolfo. **Los derechos humanos en el constitucionalismo mexicano**. p. 41. Disponível em: <http://www.bibliojuridica.org/libros/libros/1/161/4.pdf>. Acesso: 25/04/2010.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Trad. de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito Processual do Trabalho.** 8ª ed. São Paulo: LTr, 2010.

MAGANO, Octavio Bueno. **Manual de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr Editora. Vol. I.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. **Convenção 158 da OIT**. Dispositivo que veda a dispensa arbitrária é auto-aplicável. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 475, 25 out. 2004. Disponível em: http://jus.com.br/revista/texto/5820/convencao-158-da-oit acesso em 29-06-2012.

MARINONI, Luiz Guilherme. **O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais**. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15441-15442-1-PB.pdf>. Acesso em: 19 jan. 2012.

MAZZEI, Rodrigo. Mandado de Injunção. *In:* DIDIER JUNIOR, Fredie. **Ações Constitucionais**. 5 ed. Salvador: Jus Podivm, 2011.
MAZZILLI, Hugo Nigro. **A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo**. 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.99-100.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **Aspectos polêmicos da Ação civil pública**, 2005, p. 03. Disponível em: <http://www.mazzilli.com.br/pages/artigos/aspectosacp.pdf>. Acesso: 15-05-2012.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de Segurança**. 30 ed. Malheiros. São Paulo, 2007, p. 25-26.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Eficácia das Normas Constitucionais e Direitos Sociais. São Paulo: Malheiros. 2011.

MELMAN. Charles. **O homem sem gravidade: gozar a qualquer preço**. Charles Melman: entrevistas por Jean-Pierre Lebrun. Trad. Sandra Regina Filgueiras. Rio de Janeiro: Companhia de Freud. 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Bonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MORAIS, José Luis Bolzan de. A atualidade dos direitos sociais e a sua realização estatal em um contexto complexo e em transformação. *In:* STRECK, Lenio Luis *et al* (organizador). **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

MORATO, Leonardo Lins. A reclamação prevista na Constituição Federal. In: Nelson Nery Junior (Coord.). **Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. pág. 30.

MOUFFE, Chantal. **Can human rights accomodate pluralism?** Centre for the Study of Democracy - University of Westminster. Londres, 2010.

MUSSI, Waldemar. Manicômio trabalhista. **O Estado de São Paulo**, 16 jan. 2010. Disponível em: <http://www.cofecon.org.br/index.php?option=com_docman&task=doc_view&gid=898>. Acesso em: 17 jan. 2012.

NAHAS, Thereza Christina (coordenação). **Princípios de direito e processo do**

trabalho: questões atuais. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao Direito do Trabalho**. 34. ed. São Paulo: LTr, 2009.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Ações Constitucionais**. São Paulo: Método, 2011.

NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **A cidadania social na Constituição de 1988 – estratégias de positivação e exigibilidade social dos direitos sociais.** São Paulo: Editora Verbatim, 2009.

ONU mantém proibição francesa a "lançamento de anões". **UOL.** Disponível em: **<**http://noticias.uol.com.br/inter/reuters/2002/09/27/ult27u26540.jhtm> Acesso em: 26 jun 2012.

PACHECO, José da Silva. **O mandado de segurança e outras ações constitucionais típicas**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002, p.618-623.

PASTORE, José. **Atritos entre a Lei e a Realidade no Campo Trabalhista**. Disponível em: <http://www.josepastore.com.br/artigos/rt/rt_142.htm>. Acesso em 18-01-2012

PEREIRA, Rafael Rodrigues. **O conatus de Spinoza: auto-conservação ou liberdade.** Disponível em: <http://www.fflch.usp.br/df/espinosanos/ARTIGOS/numero%2019/rafael19.pdf>. Acesso em 20-01-2012.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. **Direito Administrativo**. 14ª Ed. Atlas. São Paulo. 2002. p. 655.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional.** 11ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva. 2010.

PRADO, Ney. **Razões das virtudes e vícios da Constituição de 1988**. Subsídios à revisão Constitucional. São Paulo: Instituto Liberal – Editora Inconfidentes. 1994.

PRONER, Carol. Reinventando lós derechos humanos: el legado de Joaquín Herrera Flores. *In:* PRONER, Carol; CORREAS, Oscar [Coord]. **Teoria critica dos direito humanos: *in memoriam* Joaquín Herrera Flores**. Belo Horizonte: Fórum. 2011.

RAMALHO, Maria do Rosário, *apud* NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao Direito do Trabalho**. 34. ed. São Paulo: LTr, 2009.

RAMOS, Elival Silva. **ATIVISMO JUDICIAL parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva. 201.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 24 ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

REVISTA LTR. Edição 41/1033. São Paulo: LTr 1977 p. 1033.

RODRIGUES, Geisa de Assis. Ação Popular. *In:* DIDIER JUNIOR, Fredie. **Ações Constitucionais**. 5 ed. Salvador: Jus Podivm, 2011.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. Ação Civil Pública. *In:* DIDIER JUNIOR, Fredie. **Ações Constitucionais**. 5 ed. Salvador: Jus Podivm, 2011.
RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de Direito do Trabalho**. Tradução de Wagner D. Giglio. São Paulo: LTr; Ed.da Universidade de São Paulo, 1978.
ROSA, Alexandre Morais da; LINHARES, José Manuel Aroso. **Diálogos com a *Law and Economics***. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

RUSSOMANO, Mozart Victor. **A ressurreição da tese de inconstitucionalidade do prejulgado trabalhista na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Revista LTr 41/1015. São Paulo: LTr. 1977, p. 1015/1021.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

SCHMITT, Carl. **O guardião da constituição**. Trad. de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SILVA, José Afonso de. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 16ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

SODRÉ, Eduardo. Mandado de Segurança Individual. *In:* DIDIER JUNIOR, Fredie. **Ações Constitucionais**. 5 ed. Salvador: Jus Podivm, 2011.

SOUSA SANTOS, Boaventura de. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. *In*: SOUSA SANTOS, Boaventura de (Org). **Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo cultural**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.
STF

SÜSSEKIND, Arnaldo. MARANHÃO, Délio. VIANNA, Segadas. TEIXEIRA, Lima. **Instituições de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr Editora. 1996. Vol. I.