UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE DE DIREITO

DIREITO CONSTITUCIONAL DO TRABALHO

FLÁVIA MARTINS DE CARVALHO

RIO DE JANEIRO

2008

FLÁVIA MARTINS DE CARVALHO

DIREITO CONSTITUCIONAL DO TRABALHO

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: profª Ms. Daniela Ribeiro Mendes

RIO DE JANEIRO

2008

FLÁVIA MARTINS DE CARVALHO

DIREITO CONSTITUCIONAL DO TRABALHO

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Data da aprovação:_____/_____/_____

Banca Examinadora:

_____
Daniela Ribeiro Mendes – Presidente da Banca Examinadora
Profa. Ms. da Faculdade Nacional de Direito da UFRJ

_____
2º examinador

_____
3º examinador

Carvalho, Flávia Martins de.
Direito Constitucional do Trabalho / Flávia Martins de Carvalho. – 2008.
65 f.

Orientadora: Daniela Ribeiro Mendes.
Monografia (graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas, Faculdade de Direito.
Bibliografia: f. 63-65

1. Direito do Trabalho – Monografias. 2. Direito Constitucional do Trabalho. I. Mendes, Daniela Ribeiro. II. Universidade Federal do Rio de Janeiro. Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas. Faculdade de Direito. III. Título.

CDD 342.6

A Sião, a voz sábia que me guia e orienta em todos os momentos da minha vida.

AGRADECIMENTOS

A Deus, sempre!

A meus pais, por tudo!

Aos professores da Gloriosa Nacional, em especial Juliana Neuenschwander Magalhães e Daniela Ribeiro Mendes, pelo incentivo permanente e por toda confiança que me foi depositada ao longo da graduação, e José Ribas Vieira, pelo apoio ao aprofundamento dos estudos na área constitucional.

"A verdade se mantém verdade ainda que o sujeito do direito a conheça e defenda sob o ângulo estreito do seu próprio interesse".
(Rudolf von Ihering, A Luta pelo Direito)

"O capital é absolutamente incapaz de respeitar os seres humanos"
(Isteván Mészáros *in* Ricardo Antunes, Riqueza e Miséria do Trabalho no Brasil)

"Não basta que um direito seja reconhecido e declarado; é necessário garanti-lo, porque haverá ocasiões em que será discutido e violado".
(Maurice Hauriou *in* José Afonso da Silva, Comentário Contextual à Constituição)

"A resposta à indagação sobre se o futuro do nosso Estado é uma questão de poder ou um problema jurídico depende da preservação e do fortalecimento da força normativa da Constituição, bem como de seu pressuposto fundamental, a vontade de Constituição. Essa tarefa foi confiada a todos nós."
(Konrad Hesse, A força normativa da Constituição)

RESUMO

CARVALHO, F. M. Direito Constitucional do Trabalho. 2008. 65 fls. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

A trajetória dos direitos trabalhistas perpassa a própria história da luta de classes. Da sociedade escravocrata ao Estado Democrático de Direitos, muitas batalhas foram travadas e uma importante vitória para os trabalhadores foi, sem dúvida, a constitucionalização dos direitos sociais, em especial, dos direitos trabalhistas. No entanto, como o presente trabalho pretende demonstrar, a força normativa da Constituição por si só não garante a efetividade dos direitos sociais trabalhistas, carecedores ainda de concretização. A monografia ora apresentada é resultado de um estudo bibliográfico e jurisprudencial sobre o estado atual do Direto Constitucional do Trabalho, no Brasil, após a Constituição de 1988, cujo núcleo protegido pela intangibilidade de cláusula pétrea, ainda oscila no que tange à interpretação e aplicação em benefício dos trabalhadores. Nesse cenário, o papel do Supremo Tribunal Federal é de vital importância para a concretização desses direitos, como órgão responsável pela guarda da Constituição e última instância na busca da efetividade constitucional, sendo, por isso, através do estudo de algumas de suas mais importantes decisões sobre o assunto. Justifica-se a escolha do tema tendo em vista a relevância dos direitos sociais como direitos basilares à garantia da dignidade da pessoa humana, ressaltando-se as relações de trabalho como tema central de nossa sociedade.

Palavras-chave: Trabalho; Constituição; Direitos Sociais.

ABSTRACT

CARVALHO, F. M. Direito Constitucional do Trabalho. 2008. 65 fls. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

The trajectory of labor rights passes by the history of the fight of class. From the enslaver society to the Democratic State of Right many battles were engaged in and an important triumph to the workers was, undoubtedly, the constitutionalism of the social rights, specially, the labor rights. Nevertheless, as this work intends to demonstrate, the normative force of Constitution, by its own, does not guarantees the effectiveness of labor social rights, which still needs achievement. The monograph here presented is the result of a bibliographic and jurisprudential study about the present situation of the Constitutionalist Labor Right, in Brazil, after the Constitution of 1998, which essential part protected by the intangibility of stony clause, still oscillates when it concerns to the interpretation and application for the benefit of the workers. In this scenery, the role of the Supreme Federal Court has essential importance to the accomplishment of these rights, as answerable agent for the guard of the Constitution and last instance in the search of constitutional effectiveness, being, therefore, analyzed through the study of some of its more important decisions about the matter. The choice of the theme is justified in consideration of the relevance of the social rights as basic rights to the guarantee of the dignity of human person, emphasizing the work relations as the central theme of our society.

Keywords: Work; Constitution; Social rights.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

1 - TRIBUNAIS

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

2 – ÓRGÃOS, ASSOCIAÇÕES E FUNDAÇÕES

MPT – Ministério Público do Trabalho

3 – LEGISLAÇÃO

CC – Código Civil

CDC – Código de Defesa do Consumidor

CPC – Código de Processo Civil

CRFB – Constituição da República Federativa do Brasil

LICC – Lei de Introdução ao Código Civil

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....24
2 DA SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO.....14
3 DOS DIREITOS SOCIAIS NA CONSTITUIÇÃO.....23
3.1. Do valor social do Trabalho.....27
3.2 Do Trabalho como Direito Constitucional.....30
4 DA EFETIVIDADE DO DIREITO DO TRABALHO CONSTITUCIONAL.....41
5 CONCLUSÃO.....60
REFERÊNCIAS.....63

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo a análise do Direito do Trabalho na Constituição Federal de 1988, bem como de sua efetividade à luz de algumas decisões do Supremo Tribunal Federal (STF).

O capítulo 2 versará sobre a origem, conceito e supremacia da Constituição, analisando sua força normativa como atributo para a garantia dos direitos nela instituídos.

Nesse capítulo, serão apresentados os principais conceitos apresentados por notórios doutrinadores sobre o que seja a Constituição, bem como a crítica sobre a falta de um conceito uníssono este importante instrumento normativo.

De forma crítica, os conceitos de “separação de poderes”, “poder constituinte” e “rigidez constitucional” também serão analisados, trazendo à luz a discussão em voga quanto à desconstrução desses pilares do Direito Constitucional.

No capítulo 3, serão tratados os Direitos Sociais, com especial ênfase à categoria “trabalho”, abordando desde a sua origem, função social até a sua proteção como direito fundamental.

A trajetória histórica do trabalho será apresentada desde a Antiguidade até os dias atuais, permitindo compreender como esse instituto erigiu de atividade de menor importância até atingir a função social de garantidora da dignidade da pessoa humana.

Com isso, pretende-se demonstrar a importância do trabalho na atualidade e a relevância da tutela estatal quanto ao trabalho e aos trabalhadores.

Nesse capítulo, será analisada, ainda, a constitucionalização dos direitos fundamentais, bem como a inclusão dos direitos trabalhistas nas constituições sociais, apresentando a importância crescente do Direito do Constitucional do Trabalho para a garantia de um mínimo existencial ao trabalhador.

No capítulo 4, será analisada a efetividade do Direito Constitucional do Trabalho, utilizando-se, para tanto, da análise de algumas decisões do Supremo.

A eficácia jurídica e social dos direitos trabalhistas, explícitos e/ou implícitos na Constituição de 1988 será discutida sob a luz da doutrina e da jurisprudência. Tal reflexão deve ser enfrentada na busca de direitos sociais mais efetivos, sem os quais não será possível a construção de uma sociedade que tenha por princípio a dignidade da pessoa humana.

Por fim, pretende-se demonstrar como a Constituição de 1988 contribuiu para a efetividade dos direitos trabalhistas nela instituídos.

2 DA SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO

A origem da Constituição é questão controvertida na doutrina. Alguns constitucionalistas apontam manifestações esparsas de constituições nos povos da Antiguidade, ora atribuindo sua origem aos gregos, ora aos hebreus[1].

Segundo Marcelo Neves: "a discussão sobre o conceito de Constituição remonta a Aristóteles"[2], para o qual: "a Constituição (*politeía*) era concebida, em um sentido muito abrangente, como a ordem da *polis*"[3] (grifo do autor).

De modo geral, tem-se admitido que a primeira Carta Magna surgiu em 1215, na Inglaterra, e obrigava o então Rei João Sem Terra a obedecê-la, tendo como conseqüência a limitação de seu poder[4].

Porém, é no século XVIII, com a Revolução Francesa que surgem as bases para o desenvolvimento do constitucionalismo, quais sejam: "a afirmação da *supremacia do indivíduo*, a necessidade de *limitação do poder* dos governantes e a crença quase religiosa nas virtudes da razão, apoiando a busca da *racionalização do poder*"[5] (grifo do autor).

A noção de Constituição está intimamente ligada à idéia de Lei Fundamental, lei maior de um ordenamento jurídico, capaz de impor limites ao poder do Estado e assegurar direitos e garantias aos cidadãos.

Tal idéia desenvolveu-se na Idade Média. O termo teria sido utilizado pela primeira vez em 1576, num folheto anônimo sobre as declarações do duque de Alençon, onde se lia que: "*les lois fondamentales d'un royaume ne se peuvent jammais abolir*"[6] (grifo do autor).

O que torna a Constituição, enquanto lei fundamental, superior às demais leis é questão que vem sendo discutida ao longo de toda a história do constitucionalismo, cuja resposta justifica a maior ou menor efetividade das constituições.

A existência de uma Constituição não assegura que esta seja considerada lei fundamental do Estado. Como ressaltam Mendes, Coelho e Branco:

> "o primeiro e radical problema, cuja solução condicionará tudo o mais, consiste em sabermos como há de ser concebida a Lei Fundamental, se devemos considerá-la apenas como Constituição *jurídica*, simples *estatuto organizatório* ou mero *instrumento de governo* (...); ou, pelo contrário, se devemos admiti-la mais amplamente, como Constituição *política*, capaz de

---

[1] DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos da Teoria Geral do Estado. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 197
[2] NEVES, Marcelo. A constitucionalização simbólica. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007. p. 56
[3] Loc. cit.
[4] DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de Teoria Geral do Estado. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p.198
[5] Loc. cit.
[6] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional. 5ª ed. – Coimbra: Livraria Almedina, 1992. p. 62.

> se converter num plano normativo-material global, que eleja fins, estabeleça programas ou determine tarefas”[7].

A problemática exposta acima para o desenvolvimento de uma teoria constitucional foi enfrentada por diversos doutrinadores, entre os quais destacam-se Ferdinand Lassale, Hans Kelsen, Carl Schmitt e Konrad Hesse.

Em célebre conferência, proferida em 1862, Ferdinand Lassale critica a concepção jurídica de Constituição, pois, segundo ele, tais concepções “distanciam-se muito e não explicam cabalmente”[8] qual a essência da Constituição. Embora entenda que “a Constituição deve ser qualquer coisa de mais sagrado, de mais firme e de mais imóvel que uma lei comum”[9], para o doutrinador “a verdadeira Constituição de um país somente tem por base os fatores reais e efetivos do poder que naquele país vigem”[10], sendo as constituições escritas, quando não correspondentes à expressão desses fatores, tão somente folha de papel.

A teoria de Lassale evidencia sua preocupação com a efetividade das constituições jurídicas que, distanciadas da realidade fática, tornar-se-iam letra morta, ou, nas palavras do autor:

> “Onde a constituição *escrita* não corresponder à *real*, irrompe inevitavelmente um conflito que é impossível evitar e no qual, mais dia menos dia, a constituição escrita, a *folha de papel*, sucumbirá necessariamente, perante a constituição real, a das verdadeiras forças vitais do país. (grifo do autor)”[11]

Para Marcelo Neves: “essa postura ‘sociológica’ e ‘mecanicista’ de Lassale desconhece que o ordenamento (normativo-jurídico) constitucional tem uma relativa autonomia em face do processo real de poder, condicionando-o em certa medida”[12], entendimento que será veementemente defendido por Konrad Hesse, conforme apresentado mais adiante.

“Com uma concepção estritamente jurídica”[13], Hans Kelsen apresenta a sua Teoria Pura do Direito, segundo a qual a idéia de Constituição estaria ínsita em um sistema de normas, onde a norma inferior retiraria o seu fundamento de validade da norma que lhe é superior, estando no topo da pirâmide a Constituição.

---

[7] MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p.4-5
[8] LASSALE, Ferdinand. A essência da Constituição. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998. p. 22
[9] Ibid. p. 24
[10] Ibid. p.53
[11] Ibid. p. 47
[12] NEVES, Marcelo. A constitucionalização simbólica. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007. p. 59
[13] BARROSO, Luís Roberto. O Direito Constitucional e a Efetividade de Suas Normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira. 5ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p.67

Para Kelsen, o sistema normativo não comportaria elementos sociológicos para sua validade, bastando-se por si só[14].

Ao descrever a teoria de Kelsen, José Afonso da Silva explica que, para o teórico, a Constituição era dotada apenas de "*sentido jurídico*; a constituição é, então, considerada *norma pura*, puro *dever-ser*, sem qualquer pretensão a fundamentação sociológica, política ou filosófica (grifo do autor)"[15].

A respeito das concepções de Lassale e Kelsen, Luis Roberto Barroso esclarece que "ambas as concepções têm enorme valia científica e, de certa forma, o pensamento constitucional contemporâneo expressa uma síntese dialética de tais formulações"[16].

Para Carl Schmitt, importante teórico do constitucionalismo, "em razão de ser a constituição produto de uma certa decisão política, ela seria, nesse sentido, a decisão política do titular do poder constituinte"[17], atribuindo, portanto, sentido político à Constituição[18].

Schmitt foi um dos principais opositores da Constituição de Weimar, que será tratada mais detalhadamente em momento oportuno. Mas cabe ressaltar que sua crítica estava fundamentada na idéia de que "nela se verificavam numerosos dispositivos que não representavam uma decisão política, prejudicando a construção de uma comunidade nacional homogênea"[19], por isso, contrapondo-se à sua teoria sobre o sentido político da Constituição.

Para José Afonso da Silva, tais concepções "pecam pela unilateralidade", tendo em vista que "o sentido jurídico de constituição não se obterá, se a apreciarmos desgarrada da totalidade da vida social, sem conexão com o conjunto da comunidade" [20].

Nesse sentido, o notável jurista Konrad Hesse desenvolveu teoria sobre a força normativa da Constituição, contrapondo-se particularmente às idéias de Lassale.

Para Hesse, não obstante os fatores reais de poder, "ainda que não de forma absoluta, a Constituição jurídica tem significado próprio"[21].

Hesse admite que "o significado da ordenação jurídica na realidade e em face dela somente pode ser apreciado se ambas – ordenação e realidade – forem consideradas em sua relação, em seu inseparável contexto"[22]. Por isso, propõe que não haja uma separação radical

---

[14] BARROSO, Luís Roberto. O Direito Constitucional e a Efetividade de Suas Normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira. 5ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p.67.
[15] SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. 24ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 39.
[16] BARROSO, Luís Roberto. Op. cit. p.67.
[17] LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p.17.
[18] Loc. Cit.
[19] CORVAL, Paulo Roberto dos Santos. Exceção Permanente no Brasil *in* VIEIRA, José Ribas (org.). Perspectivas da Teoria Constitucional Contemporânea. p. 170.
[20] SILVA, José Afonso. Op. cit. p. 39.
[21] HESSE, Konrad. A Força Normativa da Constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991. p.15
[22] Ibid. p.13.

entre realidade e norma, ou seja, entre a Constituição jurídica, proposta por Kelsen, e a sociológica, proposta por Lassale, pois para ele, "a 'Constituição real' e a 'Constituição jurídica' estão em uma relação de coordenação".

Segundo Hesse, para que a Constituição seja dotada de força normativa é necessário que haja a "vontade de Constituição"[23], que se baseia em três vertentes: na compreensão da necessidade e do valor de uma ordem normativa inquebrantável; na compreensão de que essa ordem constituída é mais do que uma ordem legitimada pelos fatos; e na consciência de que, ao contrário do que se dá com uma lei do pensamento, essa ordem não logra ser eficaz sem o concurso da vontade humana[24].

Disso resultariam "os pressupostos que permitem à Constituição desenvolver de forma ótima a sua força normativa"[25].

Hesse alerta ainda para alguns perigos aos quais está exposta a ordem constitucional, quais sejam as freqüentes reformas/revisões e a interpretação capaz de mudar o sentido da norma. No entanto, segundo ele, "quanto mais intensa for a vontade de Constituição, menos significativas hão de ser as restrições e os limites impostos à força normativa da Constituição"[26], mesmo porque a "interpretação construtiva constitui condição fundamental da força normativa da Constituição e, por conseguinte, de sua estabilidade"[27].

Modernamente, a Hermenêutica Jurídica vem contribuindo sobremaneira na atividade de interpretação constitucional, cujo processo resulta no fenômeno da "mutação constitucional", que se caracteriza como:

> "processo informal de mudança da constituição, por meio do qual são atribuídos novos sentidos, conteúdos até então não ressaltados à letra da constituição, quer através da interpretação, em suas diversas modalidades e métodos, quer por intermédio da construção (*construction*), bem como dos usos e dos costumes constitucionais"[28].

O conceito de Constituição também não é unânime, embora as definições de renomados doutrinadores guardem entre si elementos em comum.

Na crítica de Friedrich Muller: "o conceito de constituição não está definido; e não existe um único conceito de constituição reconhecido sequer pela maioria dos juristas"[29].

---

[23] HESSE, Konrad. A Força Normativa da Constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991. p.19.
[24] Ibid. p. 20.
[25] Loc. cit..
[26] Ibid. p.24.
[27] Ibid. p.23.
[28] BULOS, Uadi Lammêgo. Constituição Federal anotada *apud* LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p.68.
[29] MÜLLER, Friedrich. Métodos de trabalho do direito constitucional. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 122.

Segundo Alexandre de Moraes, "Constituição, *lato sensu*, é o ato de constituir, de estabelecer, de firmar; ou ainda, o modo pelo qual se constitui uma coisa, um ser vivo, um grupo de pessoas; organização, formação"[30].

Para José Affonso da Silva, "a Constituição é o conjunto de normas que organiza os elementos constitutivos do Estado"[31], sendo, portanto, "sua lei fundamental"[32]. Em clássico conceito, o respeitado doutrinador estabelece que:

> "A constituição do Estado, considerada sua lei fundamental, seria, então, a organização dos seus elementos essenciais: *um sistema de normas jurídicas, escritas ou costumeiras, que regula a forma do Estado, a forma de seu governo, o modo de aquisição e o exercício do poder, o estabelecimento de seus órgãos, os limites de sua ação, os direitos fundamentais do homem e respectivas garantias* (grifo do autor)."[33]

José Joaquim Gomes Canotilho assevera que a:

> "Constituição é uma ordenação sistemática e racional da comunidade política, plasmada num documento escrito, mediante o qual se garantem direitos fundamentais e se organiza, de acordo com o princípio da divisão de poderes, o poder político"[34].

Paulo Bonavides esclarece que o termo Constituição apresenta duas acepções, "que são respectivamente o conceito material e o conceito formal de que a Constituição se reveste[35]", sendo aqui apresentado o conceito material, segundo o qual, para o doutrinador, "a Constituição é o conjunto de normas pertinentes à organização do poder, à distribuição das competências, ao exercício da autoridade, à forma de governo, aos direitos da pessoa humana, tanto individuais como sociais "[36].

Na concepção crítica de Müller, "a 'constituição' é *de qualquer modo* o *texto,* posto corretamente em vigor e ainda não invalidado legalmente, do diploma que se apresenta como *codificação hierarquicamente suprema no plano intra-estatal* (grifo do autor)"[37].

Convém observar ainda o conceito de Constituição Dirigente, proposto por Canotilho, no qual se enquadra a Constituição de 1988. Para o doutrinador, a Constituição Dirigente além de organizar o Estado, tal como preceituam os conceitos supracitados, impõe "tarefas e programas que os poderes públicos devem realizar"[38].

---

[30] MORAES. Alexandre de. Direito Constitucional. 18ª ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 2.
[31] SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 24ª ed. – São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p.38.
[32] Ibid. p. 37.
[33] Op. cit.
[34] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional. 5ª ed. – Coimbra: Livraria Almedina, 1992. p.12
[35] BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 5ª ed. – São Paulo: Malheiros Editores, 1994. p.63
[36] Ibid. p.63
[37] MÜLLER, Friedrich. Métodos de trabalho do direito constitucional. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 125
[38] Op. cit. p. 75

Nesse sentido, cumpre à Administração Pública realizar os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, quais sejam:

> "I – construir uma sociedade livre, justa e solidária;
> II – garantir o desenvolvimento nacional;
> III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;
> IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação"[39].

Na expressão de Canotilho, a natureza dirigente da Constituição "comandaria a acção do Estado e imporia aos órgão competentes a realização das metas programáticas nela estabelecidas"[40].

Nesse sentido, na hipótese de descumprimento da Constituição, seja por ação ou omissão, é garantida pela própria Constituição a intervenção do Poder Judiciário como órgão responsável pelo controle de constitucionalidade.

Dessa maneira, a Constituição:

> "impõe-se como determinante hetónoma superior e como parâmetro de constitucionalidade, não só quando o legislador actua em desconformidade com as normas e princípios da constituição, como quando permanece inerte, não cumprindo as normas constitucionalmente impositivas de medidas legislativas necessárias para a *concretização* da lei fundamental (grifo do autor)"[41].

Embora o conceito de normas constitucionais programáticas seja alvo de críticas quanto à sua efetividade, tais críticas não se sustentam ante a supremacia da Constituição, conforme demonstrado no Capítulo 4.

Cabe ressaltar que, modernamente:

> "alguns conceitos estruturais e tradicionais (dogmatizados) do Direito Constitucional, tais como 'poder constituinte', 'rigidez constitucional' e 'separação de poderes', passaram a sofrer questionamentos intensos e a ser revistos de acordo com a realidade social que se vive em uma sociedade altamente complexa e desenvolvida"[42].

A respeito da separação de poderes, José Afonso da Silva pondera que "hoje o princípio não configura mais aquela rigidez de outrora"[43]. Segundo Silva, "a ampliação das atividades do Estado contemporâneo impôs nova visão de teoria da separação de Poderes", razão pela qual "atualmente se prefere falar em *colaboração de Poderes* (grifo do autor)"[44] e não mais em separação.

---

[39] Constituição da República. Art. 3º
[40] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 217.
[41] Idem. Direito Constitucional. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 1992. p. 997.
[42] BELLO, Enzo. O Neoconstitucionalismo e a Teoria Constitucional Contemporânea *in* VIEIRA, José Ribas. Perspectivas da Teoria Constitucional Contemporânea. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 17.
[43] SILVA, José Afonso. Comentário Contextual à Constituição. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p.44.
[44] Op. cit.

Em franco questionamento quanto ao princípio da separação dos poderes, a posição do Min. Celso de Mello, conforme segue:

> [**Jurisprudência** – "No entanto, parece-nos cada vez mais necessária a revisão do vetusto dogma da Separação dos Poderes em relação ao controle dos gastos públicos e da prestação dos serviços básicos no Estado Social, visto que os Poderes Legislativo e Executivo no Brasil se mostraram incapazes de garantir um cumprimento racional dos respectivos preceitos constitucionais." (STF, ADPF 45. rel. Min. Celso de Mello)].

Sobre o poder constituinte, a obra Fragmento (sobre) o Poder Constituinte do Povo, de Friedrich Müller, apresenta uma série de questões que fazem estremecer as certezas quanto ao referido conceito, conforme destacado no seguinte trecho:

> "O poder constituinte seria real somente se os *pouvoirs constitués* não fossem exercidos por outros, mas pelo *pouvoir constituant*. Contra isso o Estado Constitucional moderno faz valer o argumento de que o povo teria usado o seu poder exatamente para fundar o poder desses outros. A legitimidade ser-lhes-ia insuflada uma primeira e única vez (...). Mas não há poder constituinte do povo onde o poder contempla o povo em alienação; onde o povo não encontra a si mesmo, mas apenas a violência de um Estado que mantém um povo para si. Para tal Estado, o 'poder constituinte' é um símbolo especialmente vistoso, uma metáfora especialmente luminosa (grifo do autor)"[45].

Quanto à rigidez constitucional, José Afonso da Silva esclarece que "a rigidez relativa constitui técnica capaz de atender a ambas as exigências [assegurar estabilidade e a adaptação das constituições às exigências do progresso], permitindo emendas, reformas e revisões"[46].

A rigidez relativa se faz necessária "para adaptar as normas constitucionais às novas necessidades sociais, mas impondo processo especial e mais difícil para essas modificações formais, que o admitido para a alteração da legislação ordinária"[47].

A Constituição Federal de 1988 é classificada como rígida[48] e consagra em seu art. 60, § 4º, cláusulas pétreas, que são imutáveis.

Não obstante a falta de unanimidade quanto ao conceito, a doutrina reconhece a supremacia da Constituição ante o ordenamento jurídico, assim como seu papel garantidor de direitos sociais e individuais.

Nas palavras de Dalmo de Abreu Dallari: "não está, portanto, superada a necessidade de se preservar a supremacia da Constituição, como padrão jurídico fundamental e que não pode ser contrariado por qualquer norma integrante do mesmo sistema jurídico"[49].

No mesmo sentido, Mendes, Coelho e Branco esclarecem que:

---

[45] MÜLLER, Friedrich. Fragmento (sobre) o Poder Constituinte do Povo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p.26 e 27.
[46] SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. 24ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p.42
[47] Op. cit.
[48] Ibid. p. 46.
[49] DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de Teoria Geral do Estado. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p.203.

> "O conflito de leis com a Constituição encontrará solução na prevalência desta, justamente por ser a Carta Magna produto do poder constituinte originário, ela própria elevando-se à condição de obra suprema, que inicia o ordenamento jurídico, impondo-se, por isso, ao diploma inferior com ela inconciliável. De acordo com a doutrina clássica, por isso mesmo, o ato contrário à Constituição sofre de nulidade absoluta"[50].

José Affonso da Silva refere-se à supremacia da constituição como um princípio, em razão do qual "a constituição se coloca no vértice do sistema jurídico de um país, a que confere validade".

Por este princípio, a Constituição:

> "é a lei suprema do Estado, pois é nela que se encontra a própria estruturação deste e a organização de seus órgãos; é nela que se acham as normas fundamentais de Estado, e só nisso se notará sua superioridade em relação às demais normas jurídicas"[51].

Para Canotilho, justifica-se a supremacia da Constituição tanto porque esta é fonte da produção normativa, quanto porque lhe é reconhecido um valor normativo hierarquicamente superior, que faz dela parâmetro obrigatório para todos os atos de Estado[52].

Face ao exposto, em razão da supremacia da Constituição, os direitos garantidos constitucionalmente são dotados de maior proteção contra os desmandos do Estado e arbitrariedades do legislador ordinário, que encontram no texto constitucional limitações ao seu poder.

Além de possuir um processo rígido para sua reforma, a Constituição Federal de 1988 consagrou como cláusulas pétreas:

> "I – a forma federativa do Estado;
> II – o voto direto, secreto, universal e periódico;
> III – a separação dos Poderes;
> IV – os direitos e garantias individuais."[53]

Como não houve expressa alusão aos direitos sociais como cláusulas pétreas, há controvérsia quanto a saber se estes estariam ou não protegidos pela imutabilidade constitucional. A omissão do constituinte originário gerou duas correntes.

A primeira nega reconhecimento aos direitos sociais como cláusulas pétreas, sob o argumento de que "aquele dispositivo da Lei Maior fala em 'direitos e garantias individuais' e não em direitos fundamentais, gênero de que tanto os direitos individuais como os sociais seriam espécie"[54].

---

[50] MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 203.
[51] SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 24ª ed. – São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p.45.
[52] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional. 5ª ed. – Coimbra: Livraria Almedina, 1992. p. 972.
[53] Constituição Federal de 1988. Art. 60, § 4º.

Para a segunda corrente, "o Titulo I da Constituição fala em dignidade da pessoa humana como fundamento da República e essa dignidade deve ser compreendida no contexto também das outras normas do mesmo Titulo"[55], quais sejam o valor social do trabalho, a construção de uma sociedade justa e solidária, a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais.

Ainda como argumento à segunda corrente, deve-se observar que:

> "como as cláusulas pétreas servem para preservar os princípios fundamentais que animaram o trabalho do constituinte originário e como este, expressamente, em título específico da Constituição, declinou tais princípios fundamentais, situando os direitos sociais como centrais para a sua idéia de Estado democrático, os direitos sociais não podem deixar de ser considerados cláusulas pétreas".

Cabe ressaltar que, para os adeptos da segunda corrente, a Constituição teria ainda outros valores que constituiriam cláusulas pétreas, mesmo que não expressos no § 4º do art. 60, como é o caso do direito à educação[56].

Tendo em vista que a dignidade da pessoa humana é um dos princípios fundamentais do Estado brasileiro, instituído em sede constitucional, não há como negar aos direitos sociais a natureza de cláusulas pétreas, dando-lhes a máxima proteção através da interpretação sistemática da Constituição, uma vez que estes são essenciais à garantia integral da dignidade.

---

[54] MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 224.
[55] Op. cit.
[56] Ibid. p. 245.

3 DOS DIREITOS SOCIAIS NA CONSTITUIÇÃO

Inicialmente, cabe efetuar distinção entre os termos *direitos sociais*, *direitos humanos* e *direitos fundamentais*, especialmente entre os dois últimos, que muitas vezes são tidos como sinônimos.

Os *direitos sociais* são espécie do gênero "direitos fundamentais"[57], e serão objeto de estudo detalhado mais adiante.

Quanto aos termos *direitos fundamentais* e *direitos humanos*, em lição esclarecedora, Ingo Wolfgang Sarlet preceitua 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 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"[58].

A Carta Magna de 1215 é considerada pelos estudiosos dos direitos humanos como principal documento no estudo de sua evolução[59], pois embora atendesse tão somente aos interesses dos nobres ingleses, mantendo a população desprovida de direitos, "serviu como ponto de referência para alguns direitos e liberdades civis clássicos, tais como o *habeas corpus*, o devido processo legal e a garantia de liberdade"[60].

Já a origem dos direitos fundamentais remonta, com alguma controvérsia[61], à *Declaração de Direitos* (grifo nosso) do povo da Virgínia, de 1776, que fundamentou o constitucionalismo americano e cuja cláusula primeira assim preceitua:

> "todos os homens são por natureza igualmente livres e independentes, e têm certos direitos inerentes, dos quais, quando entram em qualquer estado de sociedade, não podem por qualquer acordo, privar ou despojar os pósteros; quer dizer, o gozo da vida e liberdade, com os meios de adquirir e possuir propriedade, e perseguir e obter felicidade e segurança" [62].

---

[57] MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 224

[58] SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p.31

[59] Ibid. p. 42

[60] Op. cit.

[61] Segundo SARLET, "a paternidade dos direitos fundamentais" é disputada entre a Declaração de Direitos do povo da Virgínia, de 1776, e a Declaração Francesa, de 1789. (SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p.44).

[62] DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de Teoria Geral do Estado. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p.207

De maior repercussão foi a *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão* (grifo nosso), instituída na França, em 1789. Por ter caráter mais abrangente e ser oriunda daquele país, que à época era o centro das novas idéias, influenciou amplamente as constituições não só de sua época, mas até os dias atuais, acrescentando ao direito de liberdade o da igualdade, inscrito em seu Art. 1º, onde se lê: "Todos os homens nascem e continuam livres e iguais em direitos"[63].

Ambas tinham como traço distintivo o reconhecimento "ao ser humano de direitos naturais, inalienáveis, invioláveis e imprescritíveis, direitos de todos os homens e não apenas de uma casta ou estamento"[64].

No entanto, o viés social é mais perceptível na França, não somente pela Declaração de 1789, "como também na Constituição de 1791, bem como – e principalmente – na Constituição jacobina, de forte inspiração rousseauniana, na qual chegam a ser reconhecidos os direitos ao trabalho, à instrução e à assistência aos desamparados"[65].

Em 1948, com o mundo ainda sensibilizado pelos efeitos devastadores do pós-guerra, a Organização das Nações Unidas aprova a Declaração Universal dos Direitos do Homem.

Com o objetivo de assegurar maior efetividade aos direitos humanos instituídos pela *Declaração Universal dos Direitos do Homem* (grifo do autor), os Estados passaram a positivá-la através de suas próprias Constituições, criando capítulo próprio sobre os direitos e garantias individuais (Direitos Fundamentais).

Mendes, Coelho e Branco, ressaltam que: "essa característica da constitucionalização dos direitos fundamentais traz conseqüências de evidente relevo. As normas que os abrigam impõem-se a todos os poderes constituídos, até ao poder de reforma da Constituição[66]".

Tal medida, porém, nem sempre lhes garante a efetividade, tendo em vista que os abusos cometidos contra tais direitos, via de regra, derivam de estados autoritários, que ignoram por completo a ordem constitucional e as instituições do Estado, conforme assevera Dallari:

> "quando qualquer governo, valendo-se de uma posição de força, ignora as Constituições e desrespeita as normas da Declaração de Direitos, os demais Estados ou a própria Organização das Nações Unidas se limitam a fazer protestos, quase sempre absolutamente inócuos"[67].

---

[63] DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de Teoria Geral do Estado. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p.208
[64] SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p.45
[65] Ibid. p.45 e 46
[66] MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 245
[67] DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de Teoria Geral do Estado. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p.212

Alguns autores defendem que a positivação dos direitos fundamentais através da Constituição, é inerente ao próprio Estado Democrático de Direito.

Nesse sentido, Mário Lúcio Quintão Soares estabelece que: "o conceito de Estado democrático de direito pressupõe a pré-compreensão do conceito de direito fundamental como categoria básica do modelo Estado constitucional ocidental"[68].

Na lição de Klaus Stern: "somente a síntese de ambas [as idéias de Constituição e de direitos fundamentais] outorgou à Constituição a sua definitiva e autêntica dignidade fundamental"[69].

Norberto Bobbio[70] sistematiza a evolução dos direitos fundamentais, classificando-os em *direitos de primeira geração*, onde predominam as liberdades individuais; *direitos de segunda geração*, com liberdade e igualmente para todos; e *direitos de terceira geração*, que se referem aqueles de titularidade difusa.

Com base na divisão proposta por Bobbio, a doutrina desenvolveu a idéia de direitos humanos de *quarta geração*, que "seria o resultado da globalização dos direitos fundamentais, no sentido de uma universalização no plano institucional e corresponderia à derradeira fase de institucionalização do Estado Social"[71].

Nesse sentido, a *quarta geração* seria o resultado de um processo de acumulação de direitos por todos os povos, que culminaria na idéia de uma universalidade, conforme esclarece Paulo Bonavides:

> "A nova universalidade procura, enfim, subjetivar de forma concreta e positiva os direitos da tríplice geração na titularidade de um indivíduo que antes de ser o homem deste ou daquele País, de uma sociedade desenvolvida ou subdesenvolvida, é pela sua condição de pessoa um ente qualificado por sua pertinência ao gênero humano, objeto daquela universalidade".

Ratificando entendimento anterior, os direitos sociais são espécie de direitos fundamentais. Dessa maneira, José Affonso da Silva preceitua que:

> "os direitos sociais, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam à igualdade"[72].

---

[68] SOARES, Mário Lúcio Quintão. Teoria do estado: o substrato clássico e os novos paradigmas como pré-compreensão para o direito constitucional. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 305

[69] STERN, Klaus *apud* SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p.59

[70] BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Rio de Janeiro: Campus, 2002.

[71] ARAGÃO, Selma Regina. Direitos Humanos na Ordem Mundial. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

[72] SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 24ª ed. – São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p. 286 e 287

No mesmo sentido, Alexandre de Morais estabelece que os "direitos sociais são direitos fundamentais do homem, caracterizando-se como verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito"[73].

Os direitos sociais são, portanto, "instrumentos destinados à efetiva redução e/ou supressão de desigualdades, segundo a regra de que se deve tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida da sua desigualdade"[74].

Conforme esclarece Mendes, Coelho e Branco, os direitos sociais são assim denominados "não porque sejam direitos de coletividade, mas por se ligarem a reivindicações de justiça social"[75].

Com a Constituição mexicana de 1917, os direitos sociais surgem pela primeira vez em sede constitucional, inaugurando o movimento chamado de "constitucionalismo social".

Amauri Mascaro Nascimento conceitua "constitucionalismo social" como "o movimento que, considerando uma das principais funções do Estado a realização da Justiça Social, propõe a inclusão de direitos trabalhistas e sociais fundamentais nos textos das Constituições dos países"[76].

Em 1919, sob a influência da Declaração de Direito francesa, surge a Constituição de Weimar[77], na Alemanha, que não obstante sua importância para o desenvolvimento dos direitos e garantias fundamentais, recebeu fortes críticas por inserir no texto constitucional questões não ligadas diretamente à organização do Estado[78].

O rol de direitos sociais é bastante abrangente, uma vez que não há como estabelecer todas as hipóteses de direitos e garantias fundamentais assim entendidos.

Nesse sentido, Norberto Bobbio esclarece que "assim como as demandas de proteção social nasceram com a revolução industrial, é provável que o rápido desenvolvimento técnico e econômico traga consigo novas demandas, que hoje não somos capazes nem de prever"[79].

A Constituição Federal de 1988 estabelece como direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a assistência aos desamparados e, por fim, a proteção à maternidade e à infância, (CFRB/88, Art. 6º), não

---

[73] MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 18ª ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 177.
[74] MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 710.
[75] Ibid. p.234.
[76] NASCIMENTO, Amauri Mascaro. 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 31.
[77] DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de Teoria Geral do Estado. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p.210.
[78] BERCOVICI, Gilberto *in* VIEIRA, José Ribas (org.). Perspectivas da Teoria Constitucional Contemporânea. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 169.
[79] BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 34.

esgotando, porém, as hipóteses de direitos sociais decorrentes do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, instituído no art. 1º, III, da nossa Constituição.

Para o presente estudo, será analisado o *trabalho* como direito social garantido constitucionalmente.

3.1. **Do valor social do Trabalho**

Etimologicamente, a palavra "trabalho" possui diferentes origens, sendo a mais admitida aquela segundo a qual o vocábulo deriva do baixo latim *tripalium*, "aparelho composto por três paus e destinado a sujeitar cavalos que não se queriam deixar ferrar, ou instrumento de tortura"[80].

Conforme esclarece Reis de Souza:

> "se o trabalho desde o início dos tempos esteve associado à idéia de sofrimento e se era, ao mesmo tempo, essencial ao atendimento das necessidades absolutas do homem e da sociedade, durante muito tempo, na Antiguidade, consistiu na exploração forçada do homem pelo homem, pela escravidão, o modo de produção reinante." [81]

A palavra "escravo", por sua vez:

> "vem de SLAV, que designa um grupo étnico da Europa central e oriental que perdeu a liberdade depois que Carlos Magno tomou a região em que habitavam. A palavra original gerou 'SCLAVUS' em latim medieval, que, por usa vez deu origem a palavras semelhantes em várias línguas"[82], designando, portanto, o "ser humano a quem não se reconhecem direitos, sendo tratado como animal ou coisa de propriedade de alguém"[83].

Na Antiguidade, o trabalho estava destinado ao escravo, que não tinha, doravante, nenhum tipo de direito.

Havia, porém, a proteção do escravo enquanto propriedade. O Código de Hamurábi, reconhecido como o mais antigo da História, previa a indenização ao dono de escravo em caso de dano causado por terceiro:

> "Se um homem livre fura o olho de um homem livre, terá seu olho furado.
> Se um homem livre furou o olho de um escravo ou lhe fraturou um osso, pagará uma mina de prata."[84].

---

[80] MAGALHÃES, Esther C. Piragibe e MAGALHÃES, Marcelo C. Piragibe. Dicionário Jurídico Piragibe. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2007.
[81] SOUZA, Otávio Augusto Reis de. Nova Teoria Geral do Direito do Trabalho. São Paulo: LTR, 2002. p.18.
[82] Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa. 1. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1985. p. 483.
[83] Op. cit.
[84] LOPES, José Reinaldo de Lima. O Direito na História – Lições Introdutória. São Paulo: Editora Max Limonad, 2002. p. 29.

Na Grécia Antiga, o trabalho dependente ou que implicasse em fadiga física era visto com desprezo pelos homens livres e mesmo filósofos como Aristóteles e Platão o encaravam como "atividade de segunda ordem"[85].

Em Roma, por sua vez, não era diferente, sendo absolutamente natural o uso de mão-de-obra escrava e "era preciso ser muito pobre para não ter pelo menos um"[86].

O escravo, portanto, não era reconhecido como pessoa humana, mas sim *res*, coisa.

A transição do trabalho escravo para o servil, que predominou na sociedade medieval, manteve o trabalhador subjugado. No sistema feudal, "os homens dividem-se em *oratores*, *bellatores*, *laboratores*, isto é, aqueles que oram (clerigos), aqueles que lutam (cavaleiros e senhores) e aqueles que trabalham (servos) (grifo do autor)"[87]. Os clérigos, por suas estreitas relações com a Corte e a Nobreza, gozavam de status social elevado, tal qual os cavaleiros e senhores responsáveis por manter o *status quo* do rei. Aos servos, restava a posição mais baixa na estrutura estamentária, cabendo-lhes a realização do trabalho sem qualquer tipo de reconhecimento ou remuneração, ainda que não mais escravo propriamente dito.

O servo, não obstante diversos aspectos que o aproximavam da condição de escravo, trazia deste uma importante distinção: "ao servo se reconhecia a qualidade de pessoa, logo, titular de direitos e obrigações"[88].

Este entendimento, porém, não é pacífico. Para Michel Miaille:

> "no sistema feudal não existiam direitos, havendo apenas privilégios vinculados a cada uma das ordens que constituíam o grupo social. O servo não era livre para alienar a sua força de trabalho, visto que se encontrava preso à terra e ligado ao senhor. Para que se tornasse assalariado, seria necessário reconhecer-lhe poder de direito abstrato de dispor de sua vontade, e, para tal fim, seria essencial quebrar os vínculos feudais, destruindo a sociedade feudal."[89]

Seja como for, a passagem da sociedade escravista para o sistema feudal deu-se muito mais por questões político-econômicas do que propriamente sociais, não tendo, por isso, matizes de revolução.

Com o declínio do Império Romano, o custo-benefício do trabalho escravo não justificava a manutenção da estrutura social.

---

[85] MASI, Domenico de. Desenvolvimento sem Trabalho. São Paulo: Editora Esfera, 1999. p. 13.
[86] M.BLOCH. apud DE MASI, Domenico. Desenvolvimento sem Trabalho. São Paulo: Editora Esfera, 1999. p. 20.
[87] LOPES, José Reinaldo de Lima. O Direito na História – Lições Introdutória. São Paulo: Editora Max Limonad, 2002. p. 73.
[88] SOUZA, Otávio Augusto Reis de. Nova Teoria Geral do Direito do Trabalho. São Paulo: LTR, 2002. p.20.
[89] MAILLE, Michel *apud* SOARES, Mário Lúcio Quintão. Teoria do estado: o substrato clássico e os novos paradigmas como pré-compreensão para o direito constitucional. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p.255.

Na análise de Domenico De Mais: "com a transição do baixo império para a Idade Média e com o enfraquecimento da autoridade central, tornou-se cada vez mais difícil manter sob controle as grandes massas de 'gado humano'". Por isso, assevera De Masi:

> "compreende-se que os proprietários tivessem preferido libertar os escravos e transformá-los em servos da gleba (...). Finalmente, se os escravos que adoeciam, envelheciam ou morriam representavam para o proprietário uma grande perda, os arrendatários, assim como os atuais trabalhadores dependentes da atualidade, podiam ser substituídos de um dia para o outro, sem maiores prejuízos para o dono[90]".

O aspecto econômico, portanto, teve papel muito mais decisivo do que as questões sócio-humanitárias ligadas à escravidão, tendo em vista que os princípios da liberdade e da igualdade como fundamentos da transformação social somente surgiriam no século XVIII, a partir da Revolução Francesa.

Com a Revolução, os princípios iluministas do *laissez-faire, laisse-passer,* afastavam o Estado da economia, preconizando sua não intervenção e "limitando sua ação à de mero garantidor das liberdades individuais"[91], restritas aos *direitos fundamentais de primeira geração*: "direito à vida, à liberdade, à igualdade, à dignidade, chamados direitos civis[92]".

A ausência do Estado na proteção do trabalhador permitiu a construção de um cenário de horror, que estendeu seus efeitos não somente à classe proletária, mas a toda a sociedade.

Na descrição de Segadas Vianna, a população operária:

> "era toda uma ralé fatigada, sórdida, andrajosa, esgotada pelo trabalho e pela subalimentação; inteiramente afastada das magistraturas do Estado; vivendo em mansardas escuras, carecida dos recursos mais elementares de higiene individual e coletiva; oprimida pela deficiência dos salários; angustiada pela insegurança do futuro, próprio e da prole; estropiada pelos acidentes sem reparação; abatida pela miséria sem socorro; torturada pela desesperança da invalidez e da velhice sem pão, sem abrigo, sem amparo"[93].

Diante desse quadro, as revoltas populares tornaram-se inevitáveis e fizeram eclodir as primeiras greves.

No entanto, haja vista que as greves paralisavam a produção e prejudicavam os lucros, o Estado se viu obrigado a intervir, fazendo com que os trabalhadores finalmente alcançassem "a liberdade de trabalho e a tutela estatal quanto às condições mínimas e dignas de trabalho"[94].

Cabe ressaltar ainda a observação de José Afonso da Silva sobre a concepção mais recente do trabalho de maneira divinizada, conforme segue:

> "Alguns modernos", ao contrário do que se vivia na Antiguidade, chegaram a "divinizar o trabalho, a ponto de expressar uma 'mania de trabalhar por

[90] MASI, Domenico de. Desenvolvimento sem Trabalho. São Paulo: Editora Esfera, 1999. p. 27 e 28.
[91] Op. cit.
[92] ROCHA, Paulo Santos. Flexibilização e Desemprego. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 12.
[93] VIANNA, Segadas *apud* SOUZA, Otávio Augusto Reis de. Nova Teoria Geral do Direito do Trabalho. São Paulo: LTR, 2002. p.25 e 26.
[94] ALKIMIM, Maria Aparecida. Assédio Moral na Relação de Emprego. 1ª. ed, Curitiba: Juruá, 2007. p. 19.

> trabalhar', sem consideração por seus fins. Ambas as concepções desconsideram o trabalho como um *valor social* (grifo do autor)"[95].

No entanto, a melhor compreensão dos direitos humanos e o desenvolvimento do princípio da dignidade da pessoa humana impuseram limites à exploração do homem pelo homem.

Com isso, o trabalho ganhou novos contornos e, atualmente, cumpre a função social de garantir a dignidade do trabalhador, gozando de proteção constitucional como condição precípua à garantia da dignidade da pessoa humana.

Nas palavras de José Afonso da Silva:

> "os valores sociais do trabalho estão precisamente na sua função de criar riquezas, de prover a sociedade de bens e serviços e, enquanto atividade social, fornecer à pessoa humana bases de sua autonomia e condições de vida digna" [96].

3.2 **Do Trabalho como Direito Constitucional**

Embora haja referência à inclusão do direito do trabalho na Constituição francesa de 1848[97], é com a Constituição mexicana, de 1917, que surge pela primeira vez e de modo expresso a proteção constitucional aos direitos dos trabalhadores[98].

Conforme preceitua Mario de la Cueva:

> "a idéia de fazer do direito do trabalho um mínimo de garantias em benefício da classe economicamente fraca e a de incorporar essas garantias na Constituição, para protegê-las contra qualquer política do legislador ordinário, são próprias do direito mexicano, no qual pela primeira vez foram consignadas" [99].

Convém mencionar a Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado, instituída pelo Terceiro Congresso Panrusso dos Sovietes, em 1918, que se propunha a "realizar uma nova concepção da sociedade e do Estado e, também, uma nova idéia de direito, que buscasse libertar o homem, de uma vez por todas, de qualquer forma de opressão"[100], tendo inspirado a Constituição Soviética de 1918[101].

Em 1919, na Alemanha, a Constituição de Weimar lançou novas bases ao trabalho como direito constitucional.

---

[95] SILVA, José Afonso da. Comentário Contextual à Constituição. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 39.
[96] SILVA, José Afonso. Comentário contextual à Constituição. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 39
[97] Idem. Curso de Direito Constitucional Positivo. 24ª ed. – São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p. 160
[98] Por todos: CASSAR, Vólia Bomfim. Direito do Trabalho. Niterói: Impetus, 2008. p. 17
[99] CUEVA, Mario de la *apud* NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de Direito do Trabalho. 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 32
[100] SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 24ª ed. – São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p. 161
[101] Op. cit.

A esse respeito, Paulo Bonavides comenta que:

> "Direitos Sociais concernentes às relações de produção, ao trabalho, à educação, à cultura, à previdência, representavam uma estupenda novidade, um campo por inteiro distinto, desconhecido do Direito Constitucional"[102].

Não obstante toda a crítica recebida, a Constituição de Weimar serviu de inspiração para as demais constituições sociais de sua época.

No Brasil, a primeira Constituição a tratar dos direitos dos trabalhadores foi a de 1934.

Elaborada ainda sob a influência da Constituição de Weimar[103] e pelo corporativismo[104], a Constituição de 1934 trouxe como novidade, além da constitucionalização dos direitos sociais, "a criação da Justiça Eleitoral; o sufrágio feminino; o voto secreto e o mandado de segurança"[105].

Sobre a Constituição de 1934, Luis Roberto Barroso afirma que "em uma fórmula de compromisso entre capital e trabalho, delineou o arcabouço formal de uma democracia social, que não se consumou"[106], tendo curtíssima duração.

Em 10 de novembro de 1937, a primeira Constituição social brasileira sucumbiu, "vítima de um golpe desfechado pelo próprio Presidente da República"[107], que à época era Getúlio Vargas.

Transcorridos longos anos de ditadura militar, a Emenda Constitucional n. 26, promulgada em 27.11.85 (SILVA, 2005:89), convocou os membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal a comporem a "Assembléia Nacional Constituinte, livre e soberana, no dia 1.2.87, na sede do Congresso Nacional"[108].

Embora tenha sido elaborada uma "proposta-guia"[109], que contou com a participação de Evaristo de Moraes Filho e Walter Barelli como representantes da área trabalhista[110], o texto constitucional de 1988 não obedeceu a nenhum anteprojeto.

Do trabalho das subcomissões, surgiu um primeiro texto, que sofreu diversas modificações na passagem pela Comissão de Sistematização e que era "bem mais avançado do que [...] aquele que viria a ser o texto constitucional finalmente aprovado"[111].

---

[102] BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 207
[103] SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 24ª ed. São Paulo: Malheiros. p. 82
[104] BARROSO, Luis Roberto. O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 20
[105] MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p.167
[106] BARROSO, Luis Roberto. Op. cit. p. 20
[107] Ibid. p.168
[108] SILVA, José Afonso da. Op. cit. p. 89
[109] SILVA, Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da. Relações Coletivas de Trabalho. São Paulo: LTr, 2008. p. 223
[110] Op. cit.
[111] Ibid. p. 224.

Segundo relata Sayonara Grillo C. L. da Silva, "após a divulgação do Anteprojeto Cabral, o empresariado passou a dirigir suas principais críticas à estabilidade e à redução da jornada"[112].

Embora a pressão das classes dominantes tenha diminuído o potencial inovador da nova Constituição, não lhe tirou a importância, nem lhe destituiu de conquistas fundamentais para o trabalhador, e em 5 de outubro de 1988, a Assembléia Nacional Constituinte aprovou a nova Constituição da República Federativa do Brasil.

Nesse sentido, Sayonara Grillo C. L. da Silva reconhece que:

> "embora nos dois pólos centrais da relação de trabalho [estabilidade e redução de jornada] a atuação conservadora tenha diminuído significativamente os impactos das inovações e garantias constitucionais ao trabalho, novas garantias foram criadas e vários outros direitos já existentes na lei foram constitucionalizados"[113].

No mesmo sentido, reconhecendo o caráter inovador da Constituição de 1988, Maurício Godinho Delgado assim avalia sua publicação:

> "A carta de 1988 trouxe, nesse quadro, o mais relevante impulso já experimentado na evolução jurídica brasileira a um eventual modelo mais democrático de administração de conflitos sociais no país. Impulso relevante, se cotejado com a história do Direito Laboral pátrio. Impulso tímido, se comparado com as experiências dos países centrais. Impulso contraditório, se posto à análise com diversos outros dispositivos da mesma Constituição, que parecem indicar em sentido inverso à autonormatização social e à própria democratização do Direito do Trabalho"[114].

Amauri Mascaro Nascimento identifica como um dos aspectos positivos do novo texto constitucional "o redimensionamento das relações entre sindicatos e o Estado através da adoção de dois princípios básicos, a *auto-organização sindical* e a *autonomia da administração dos sindicatos* (grifo do autor)"[115].

De extrema relevância é o comentário de José Afonso da Silva quanto ao significado da palavra "trabalho", utilizada no art. 5º como "liberdade de trabalho", e o expresso no art. 6º, como proteção ao trabalho, "o que em outras palavras, quer dizer, *direito ao trabalho, direito de ter um trabalho, possibilidade de trabalhar* (grifo do autor)"[116], cuja garantia estaria inscrita no art. 7º, inciso I, que protege o trabalhador contra a dispensa imotivada, na forma da lei.

Nesse sentido e em atendimento à exigência de lei ordinária prevista no próprio texto constitucional, o Brasil ratificou a Convenção 158 da Organização Internacional do Trabalho

---

[112] Op. cit.
[113] SILVA, Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da. Relações Coletivas de Trabalho. São Paulo: LTr, 2008. p.225
[114] DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 6ª ed. São Paulo: LTr, 2007. p. 123
[115] NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de Direito do Trabalho. 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p.79
[116] SILVA, José Afonso da. Comentário Contextual à Constituição. 5ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p.185

(OIT), que ingressou no ordenamento pátrio aprovada pelo Congresso Nacional mediante Decreto Legislativo n. 68 e promulgada pelo Decreto nº 1.855/96.

A Convenção protegia o trabalhador contra a despedida arbitrária ou imotivada e resultou no ajuizamento de Ação Direta de Inconstitucionalidade[117] proposta pela Confederação Nacional da Indústria (CNI) e pela Confederação Nacional do Transportes (CNT), como forma de impedir a aplicação daquela lei.

Em julgamento de liminar, o Supremo assim deu provimento parcial ao pleito, conforme transcrito a seguir:

> [**Jurisprudência** – "EMENTA - 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. (STF, ADI 158. Rel. Min. Celso de Mello).]

No entanto, antes mesmo do julgamento da ADIn (ou ADI, como prefere o Supremo), a questão foi prejudicada pela denunciação do tratado, frustrando as expectativas daqueles que viam na Convenção a possibilidade de proteção efetiva do *direito ao trabalho* (grifo nosso).

---

[117] ADI 1480. Rel. Min. Celso de Mello.

Contudo, o tema não está de todo findo, pois, em 2008, o Presidente da República, Luis Inácio Lula da Silva, voltou a submeter a Convenção à apreciação do Congresso Nacional, o que poderá resultar na efetiva proteção do *direito ao trabalho* (grifo nosso).

Questão polêmica versa ainda sobre os destinatários dos direitos sociais trabalhistas inscritos na Constituição.

Para Alexandre de Morais, "a determinação dos beneficiários dos direitos sociais", impostos por força do art. 7º da CRFB/88, estaria restrita ao "trabalhador subordinado, ou seja, aquele que trabalha ou presta serviços por conta e sob direção da autoridade de outrem"[118].

Também em sentido restritivo à aplicação do texto constitucional, o entendimento de Amauri Mascaro Nascimento, para quem:

> "a Constituição é aplicável ao empregado e aos demais trabalhadores nela expressamente indicados, e nos termos que o fez; ao rural, ao avulso, ao doméstico e ao servidor público. Não mencionando outros trabalhadores, como o eventual, o autônomo e o temporário, os direitos destes ficam dependentes de alteração da lei ordinária, à qual se restringem"[119].

Com a máxima vênia aos ilustres juristas, os direitos constitucionais trabalhistas, expressos não apenas no artigo 7º, mas em outros dispositivos da Constituição relativos à proteção dos trabalhadores, não são compatíveis com a interpretação restritiva. Nesse sentido, destaca-se o comentário de Celso Antonio Pacheco Fiorillo

> "Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, o poder constituinte originário elevou à categoria de direito fundamental, e, portanto, de cláusula pétrea, a proteção à saúde do trabalhador bem como de todo e qualquer destinatário das normas constitucionais"[120].

Dessa maneira, os direitos dos trabalhadores ínsitos na Constituição devem ter interpretação extensiva, visto que se destinam à concretização da dignidade da pessoa humana, conforme conclui Fiorillo:

> "Não há de se perder de vista que os arts. 5º e 7º, em diversas passagens, indicam proteção ao meio ambiente. Por derradeiro, esse direito encontra grande respaldo dentre os princípios fundamentais da República Federativa do Brasil, conforme preceitua o art. 1º, III, da Constituição Federal, o princípio fundamental da *dignidade da pessoa humana* (grifo do autor)"[121].

A própria Carta Magna deixa claro que o rol de direitos dos trabalhadores é exemplificativo e pode ser ampliado ao instituir que, além dos descritos nos incisos, também serão garantidos "*outros [direitos] que visem à melhoria de sua condição social* (grifo do

---

[118] MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 18ª ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 177

[119] NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Direito do trabalho na constituição de 1988. São Paulo: Saraiva, 1989. p.34 *in* MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 18ª ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 178.

[120] FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. Curso de direito ambiental brasileiro. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p.322.

[121] Ibid. p.323

autor)"[122], não restando dúvida quanto à sua finalidade: garantir a dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, "a previsão no texto constitucional acaba por ser imprescindível, muito embora por si só não tenha o condão de assegurar o devido respeito e proteção à dignidade"[123].

Assim, na qualidade de pessoa, a todo e qualquer trabalhador são garantidos os direitos sociais implícitos e expressos na Constituição.

Ademais, a própria Constituição veda qualquer forma de discriminação que não tenha por fim "tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida da sua desigualdade"[124] objetivando garantir-lhes a isonomia. Logo, não se sustentam quaisquer argumentos no sentido de discriminar os trabalhadores enquanto destinatários de direitos sociais.

A própria Constituição também cuidou de instituir instrumentos procedimentais garantidores dos direitos trabalhistas em sede constitucional.

Nesse sentido, destacam-se:

> "o reconhecimento da legitimidade ativa dos sindicatos para impetrar mandado de segurança coletivo contra omissão ou ato ilegal ou abusivo praticado por autoridade (inciso LXX, b), do Art. 5º CF); a legitimidade ativa reconhecida para toda e qualquer associação, inclusive as profissionais, criadas há mais de um ano e com a autorização de seus integrantes para representa-los em juízo (inciso XXI do Art. 5º); e a substituição processual reconhecida aos sindicatos pelo inciso III do Art. 8º da Constituição, ao estabelecer caber às entidades sindicais a 'defesa dos direitos e interesses coletivos e individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas'"[125].

Cabe observar que a Constituição de 1988 também inova ao criar capítulo próprio dedicado aos direitos sociais, diferentemente das Constituições anteriores que o referenciavam em capítulo destinado à Ordem Econômica e Social[126].

O Capítulo II – Dos Direitos Sociais encontra-se no Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais, acarretando duas conseqüências imediatas, quais sejam, "a subordinação à regra da auto-aplicabilidade prevista no §1º do Art. 5º; e a suscetibilidade do ajuizamento do mandado de injunção, sempre que houver a omissão do poder público"[127].

---

[122] Art. 7º, *caput*, da Constituição Federal.
[123] SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 26
[124] MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 710
[125] SILVA, Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da. Relações Coletivas de Trabalho. São Paulo: LTr, 2008. p.226
[126] SILVA, José Afonso da. Comentário Contextual à Constituição. 5ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p.183
[127] MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 18ª ed. São Paulo: Atlas, 2005.

A questão da auto-aplicabilidade será melhor estudada no capítulo referente à Efetividade do Direito do Trabalho Constitucional.

Quanto ao mandado de injunção, a Constituição em seu art. 5º, inciso LXXI, estabelece que "conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais".

Criado pelo constituinte de 1988, o mandado de injunção tinha por objetivo garantir a efetividade do texto constitucional ante a inércia do legislador ordinário, tendo em vista as experiências constitucionais anteriores que não lograram êxito na concretização de direitos constitucionais dependentes de norma infraconstitucional[128].

O instituto, tal como concebido, deveria ser de grande valia para os trabalhadores, pois, conforme relata Luis Roberto Barroso, "é precisamente no campo dos direitos sociais que se registram os principais casos de omissão legislativa"[129].

Para José Afonso da Silva, constitui objeto do mandado de injunção: "assegurar o exercício (a) de *qualquer direito constitucional* (individual, coletivo, político ou social) não regulamentado; (b) de *liberdade constitucional* não regulamentada (grifo do autor)"[130].

Luis Roberto Barroso apresenta entendimento de Hely Lopes Meirelles no sentido de que o mandado de injunção teria dupla função: "(*i*) determinar à autoridade ou órgão competente que expeça a norma regulamentadora do dispositivo constitucional; ou (*ii*) julgar o caso concreto, decidindo sobre o direito postulado e suprindo a lacuna legal"[131].

Esse, porém, não foi o entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal nos primeiros anos de aplicação do instituto, "que firmou sua jurisprudência no sentido de que deveria [o Mandado de Injunção] limitar-se a constatar a inconstitucionalidade por omissão e a determinar que o legislador empreendesse as providências requeridas"[132], sem no entanto, concretizar o direito dependente de norma infraconstitucional.

A controvérsia quanto ao objeto do instrumento fez com que este não atingisse sua finalidade, levando Luis Roberto Barroso a referir-se ao instituto como *o que foi sem nunca ter sido* (grifo nosso)[133].

---

[128] BARROSO, Luis Roberto. O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas. 5ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p.247.
[129] Ibid. p.250
[130] SILVA, José Afonso da. Comentário contextual à Constituição. 5ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p. 165 MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 710
[131] Ibid. p.251
[132] Loc. cit.
[133] Ibid. p.247

E em decisões recentes[134], a Suprema Corte reviu seu posicionamento, passando a admitir a utilização do mandado de injunção não apenas para provocar o legislador, mas também, e principalmente, para suprir a lacuna legislativa até que norma infraconstitucional seja editada, conforme decisão transcrita a seguir:

> [**Jurisprudência** – "O Tribunal, por maioria, conheceu do mandado de injunção e propôs a solução para a omissão legislativa com a aplicação da Lei nº 7.783, de 28 de junho de 1989, no que couber, vencidos, em parte, o Senhor Ministro Maurício Corrêa (Relator), que conhecia apenas para certificar a mora do Congresso Nacional, e os Senhores Ministros Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa e Marco Aurélio, que limitavam a decisão à categoria representada pelo sindicato e estabeleciam condições específicas para o exercício das paralisações. Votou a Presidente, Ministra Ellen Gracie. Lavrará o acórdão o Senhor Ministro Gilmar Mendes. Não votaram os Senhores Ministros Menezes Direito e Eros Grau por sucederem, respectivamente, aos Senhores Ministros Sepúlveda Pertence e Maurício Corrêa, que proferiram voto anteriomente. Ausente, justificadamente, a Senhora Ministra Cármen Lúcia, com voto proferido em assentada anterior. Plenário, 25.10.2007". (STF, MI 670, rel. Min. Maurício Correa, rel. para o acórdão Min. Gilmar Mendes).]

Não podendo se esquivar do dever constitucional de garantir efetividade à Carta Magna, o Supremo Tribunal Federal iniciou a revisão de seu posicionamento em relação ao mandado de injunção sob claro fundamento da própria Constituição, havendo ainda algumas questões não pacificadas, como se depreende do voto do ministro Marco Aurélio, transcrito a seguir:

> [**Jurisprudência** – "Mandado de injunção. A simples remissão à definição em lei complementar, inscrita no artigo 40, § 4º, da Constituição Federal, não cria direitos subjetivos à aposentadoria, nos casos de atividades insalubres, penosas ou perigosas. Inexistência de obrigatoriedade do legislador derivado editar a norma regulamentadora da matéria. Atribuição de mera faculdade ao poder público. Inviabilidade do writ impetrado. O juízo político acerca da conveniência e oportunidade da edição da lei complementar pleiteada não pode ser substituído pela força da decisão judicial, sob pena de invasão desautorizada da esfera de atuação dos demais poderes da República.
> Lancei visto no processo em 28 de agosto de 2005. É o relatório.
> VOTO: A existência de disposições constitucionais dependentes de regulamentação levou o constituinte de 1988, em passo dos mais salutares, a prever, no artigo 5º da Carta Federal, o mandado de injunção, fazendo-o mediante preceito a sinalizar a eficácia da impetração, tendo em conta o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania:
> 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.
> Tratando-se de ato omissivo de autoridade ou órgão submetidos à jurisdição do Supremo, a este cabe processar e julgar originariamente o mandado de

[134] MI 670, Rel. para o acódão Gilmar Mendes; MI 708, Rel. Gilmar Mendes, e MI 712, Rel. Eros Grau

injunção. É o que decorre do teor da alínea "q" do inciso I do artigo 102 da Constituição Federal:
Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:
I - processar e julgar, originariamente:
(...)
q) o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal;
(...)
A natureza da citada ação constitucional - mandado de injunção -, procedente a causa de pedir versada na inicial, leva o pronunciamento a ganhar contornos mandamentais, a ganhar eficácia maior, a ponto de viabilizar, consideradas as balizas subjetivas da impetração, o exercício do direito, da liberdade constitucional ou das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Eis que surgiu, no cenário normativo-constitucional, o instrumento capaz de revelar a lei fundamental como de concretude maior, abandonada visão simplesmente lírica.
Pois bem, na redação primitiva, a Carta de 1988, ao dispor sobre a aposentadoria dos servidores públicos, previa, ao lado das balizas temporais alusivas à jubilação espontânea, a possibilidade de lei complementar estabelecer exceções. Confira-se com o preceito:
Art. 40. O servidor será aposentado:
(...)
III - voluntariamente:
a) aos trinta e cinco anos de serviço, se homem, e aos trinta, se mulher, com proventos integrais;
(...)
c) aos trinta anos de serviço, se homem, e aos vinte e cinco, se mulher, com proventos proporcionais ao tempo de serviço;
(...)
§ 1º Lei complementar poderá estabelecer exceções ao disposto no inciso III, "a" e "c", no caso de exercício de atividades consideradas penosas, insalubres ou perigosas.
(...)
Com a Emenda Constitucional nº 20/98, afastou-se a óptica míope do sentido do verbo "poder" - considerado o tempo, futuro do presente, "poderá" -, para prever-se, no § 4º do artigo 40 da Carta, que:
§ 4º É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos abrangidos pelo regime de que trata este artigo, ressalvados os casos de atividades exercidas exclusivamente sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, definidos em lei complementar.
Tal afastamento foi mantido pela Emenda Constitucional nº 47, de 5 de julho de 2005, que deu nova redação ao citado § 4º:
§ 4º É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos abrangidos pelo regime de que trata este artigo, ressalvados, nos termos definidos em leis complementares, os casos de servidores:
I - portadores de deficiência;
II - que exerçam atividades de risco;
III - cujas atividades sejam exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física.

Então, é dado concluir que a jurisprudência mencionada nas informações sobre a existência de simples faculdade ficou, sob o ângulo normativo-constitucional, suplantada. Refiro-me ao que decidido no Mandado de Injunção nº 484-6/RJ, citados os precedentes formalizados quando do julgamento dos Mandados de Injunção nºs 425-1/DF e 444-7/MG. Em síntese, hoje não sugere dúvida a existência do direito constitucional à adoção de requisitos e critérios diferenciados para alcançar a aposentadoria daqueles que hajam trabalhado sob condições especiais, que prejudiquem a saúde ou a integridade física. Permaneceu a cláusula da definição em lei complementar.

Assento, por isso, a adequação, da medida intentada. Passados mais de quinze anos da vigência da Carta, permanece-se com o direito latente, sem ter-se base para o exercício. Cumpre, então, acolher o pedido formulado, pacífica a situação da impetrante. Cabe ao Supremo, porque autorizado pela Carta da República a fazê-lo, estabelecer para o caso concreto e de forma temporária, até a vinda da lei complementar prevista, as balizas do exercício do direito assegurado constitucionalmente.

Assim está autorizado pela norma do artigo 5º, inciso LXXI, da Constituição Federal:

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;

O instrumental previsto na Lei Maior, em decorrência de reclamações, consideradas as Constituições anteriores, nas quais direitos dependentes de regulamentação não eram passíveis de ser acionados, tem natureza mandamental e não simplesmente declaratória, no sentido da inércia legislativa. Revela-se próprio, ao processo subjetivo e não ao objetivo, descabendo confundi-lo com ação direta de inconstitucionalidade por omissão, cujo rol de legitimados é estrito e está na Carta da República. Aliás, há de se conjugar o inciso LXXI do artigo 5º da Constituição Federal com o § 1º do citado artigo, a dispor que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais constantes da Constituição têm aplicação imediata. Iniludivelmente, buscou-se, com a inserção do mandado de injunção no cenário jurídico-constitucional, tornar concreta, tornar viva a Lei Maior, presentes direitos, liberdades e prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Não se há de confundir a atuação no julgamento do mandado de injunção com atividade do Legislativo. Em síntese, ao agir, o Judiciário não lança, na ordem jurídica, preceito abstrato. Não, o que se tem, em termos de prestação jurisdicional, é a viabilização, no caso concreto, do exercício do direito, do exercício da liberdade constitucional, das prerrogativas ligadas a nacionalidade, soberania e cidadania. O pronunciamento judicial faz lei entre as partes, como qualquer pronunciamento em processo subjetivo, ficando, até mesmo, sujeito a uma condição resolutiva, ou seja, ao suprimento da lacuna regulamentadora por quem de direito, Poder Legislativo.

É tempo de se refletir sobre a timidez inicial do Supremo quanto ao alcance do mandado de injunção, ao excesso de zelo, tendo em vista a separação e harmonia entre os Poderes. É tempo de se perceber a frustração gerada pela postura inicial, transformando o mandado de injunção em ação simplesmente declaratória do ato omissivo, resultando em algo que não interessa, em si, no tocante à prestação jurisdicional, tal como consta no inciso LXXI do artigo 5º da Constituição Federal, ao cidadão. Impetra-se este mandado de injunção não para lograr-se simples certidão da omissão do Poder incumbido de regulamentar o direito a liberdades constitucionais, a prerrogativas inerentes

> a nacionalidade, à soberania e à cidadania. Busca-se o Judiciário na crença de lograr a supremacia da Lei Fundamental, a prestação jurisdicional que afaste as nefastas conseqüências da inércia do legislador. Conclamo, por isso, o Supremo, na composição atual, a rever a óptica inicialmente formalizada, entendendo que, mesmo assim, ficará aquém da atuação dos tribunais do trabalho, no que, nos dissídios coletivos, a eles a Carta reserva, até mesmo, a atuação legiferante, desde que, consoante prevê o § 2º do artigo 114 da Constituição Federal, sejam respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho. Está-se diante de situação concreta em que o Diploma Maior recepciona, mesmo assim de forma mitigada, em se tratando apenas do caso vertente, a separação dos Poderes que nos vem de Montesquieu. Tenha-se presente a frustração gerada pelo alcance emprestado pelo Supremo ao mandado de injunção. Embora sejam tantos os preceitos da Constituição de 1988, apesar de passados dezesseis anos, ainda na dependência de regulamentação, mesmo assim não se chegou à casa do milhar na impetração dos mandados de injunção". (STF, MI 721, rel. Min. Marco Aurélio).]

A mudança de entendimento do STF abre caminho para garantir a efetividade de outros direitos trabalhistas ainda pendentes de legislação infraconstitucional, tais como a proteção contra despedida imotivada[135] e em face da automação[136], além da licença-paternidade[137], para citar apenas aqueles expressos no Art. 7º da Constituição Federal.

Embora de caráter inovador, o texto constitucional de 1988 manteve ainda alguns vestígios dos tempos da ditadura, o que pode ser observado na preservação da contribuição sindical obrigatória (Art. 7º, IV) e na impossibilidade de pluralidade sindical de uma mesma categoria na mesma base territorial (Art. 7º, III).

Não obstante todas as controvérsias a respeito dos direitos sociais positivados constitucionalmente, a Carta Magna de 1988 ficou conhecida como a "*Constituição cidadã*", terminologia adotada por Ulisses Guimarães, Presidente da Assembléia Nacional Constituinte que a produziu, "porque teve ampla participação popular em sua elaboração e especialmente porque se volta decididamente para a plena realização da cidadania"[138].

Entretanto, a inclusão dos direitos sociais, em especial dos direitos trabalhistas, no texto constitucional como forma de lhes garantir maior efetividade, não lhes permitiu eficácia plena e aplicabilidade imediata, como seria devido a todos os direitos fundamentais, ensejando grande desafio à força normativa da Constituição, conforme tratado no capítulo a seguir.

---

[135] Contituição Federal, Art. 7º, I
[136] Op. cit. Art. 7º, XXVII
[137] Op. cit. Art. 7º, XIX
[138] SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 24ª ed. São Paulo: Malheiros, p. 90

4 DA EFETIVIDADE DO DIREITO DO TRABALHO CONSTITUCIONAL

Inicialmente, importa distinguir os termos "eficácia" e "efetividade", muitas vezes tomados como sinônimos.

A idéia de eficácia do ato normativo está ligada a sua possibilidade de produzir efeitos. Diz-se que uma lei é eficaz quando, superados os planos da existência e da validade, está apta a produzir efeitos, conforme preceitua Luis Roberto Barroso:

> "A eficácia dos atos jurídicos consiste na sua aptidão para a produção de efeitos, para a irradiação das conseqüências que lhe são próprias. Tratando-se de uma norma, a eficácia jurídica designa a qualidade de produzir, em maior ou menor grau, os seus efeitos típicos"[139].

José Afonso da Silva, em clássica obra intitulada *Aplicabilidade das normas constitucionais*, esclarece que "tratando-se de norma jurídica, a eficácia consiste na capacidade de atingir os objetivos nela traduzidos, que vêm a ser, em última análise, realizar os ditames jurídicos objetivados pelo legislador"[140], que se distingue da efetividade, por ser esta "o alcance dos objetivos da norma", portanto, "a medida da extensão em que o objetivo é alcançado"[141].

Alguns doutrinadores adotam o termo *eficácia social* para designar a efetividade da norma, sendo a *eficácia jurídica* sua aptidão para produzir efeitos[142].

Nesse sentido, José Afonso da Silva assim estabelece:

> "Os dois sentidos da palavra *eficácia* [social e jurídica] [...] são, pois, diversos. Uma norma pode ter eficácia jurídica sem ser socialmente eficaz, isto é, pode gerar certos efeitos jurídicos, como por exemplo, o de revogar normas anteriores, e não ser efetivamente cumprida no plano social (grifo do autor)"[143].

No que tange à eficácia jurídica, José Afonso da Silva, em consonância com Rui Barbosa, conclui que "não há norma constitucional de valor meramente moral ou de conselho, avisos ou lições"[144]. Desta forma, importa reconhecer que "não há norma constitucional alguma destituída de eficácia", pois "todas elas irradiam efeitos jurídicos"[145].

---

[139] BARROSO, Luis Roberto. O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira. 5ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 83.
[140] SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das normas constitucionais. 7ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p. 66
[141] Loc. cit.
[142] BARROSO, Luis Roberto. Op. cit. p.84
[143] SILVA, José Afonso da .Loc. cit.
[144] Op. cit. p. 80
[145] Op. cit. p. 81

No mesmo sentido, José Joaquim Gomes Canotilho preceitua que "não há, pois, na constituição, <<simples declarações (sejam oportunas ou inoportunas, felizes ou desafortunadas, precisas ou indeterminadas)>> a que não se deva dar valor normativo"[146].

Por fim, destacam-se as considerações de Marcelo Neves quanto à distinção entre eficácia e efetividade, segundo o qual:

> "a eficácia diz respeito à realização do 'programa condicional', ou seja, à concreção do vínculo 'se-então' abstrata e hipoteticamente previsto na norma legal, enquanto a efetividade se refere à implementação do 'programa finalístico' que orientou a atividade legislativa, isto é, à concretização do vínculo 'meio-fim' que decorre abstratamente do texto legal"[147].

Partindo-se desse pressuposto, todos os dispositivos constitucionais são juridicamente eficazes, cabendo analisar sua *efetividade* ou *eficácia social* (grifo nosso).

A efetividade da Constituição é de suma importância para a garantia dos direitos fundamentais, tendo em vista que se caracteriza pela "realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social"[148] e da sua menor ou maior gradação depende a normatividade constitucional.

Nesse sentido, Marcelo Neves assim preceitua:

> "Nos casos, porém, em que a ineficácia e a inefetividade atingem um grau muito elevado, implicando que as expectativas normativas não se orientem pelos dispositivos legais, encontramo-nos diante da falta de vigência social da lei ou de carência de normatividade do texto legal"[149].

A efetividade da norma constitucional depende, em muito, da atuação do jurista, que deve zelar por seu cumprimento integral. Ademais, "ao jurista cabe formular estruturas lógicas e prover mecanismos técnicos aptos a dar efetividade às normas jurídicas"[150] e não apenas à Constituição.

Com relação às normas infraconstitucionais, o próprio controle de constitucionalidade deve se encarregar de dar interpretação conforme a Constituição, e não sendo possível, deve cuidar de extirpar do ordenamento jurídico qualquer diploma incompatível com a ordem constitucional, em razão de sua supremacia, conforme visto no Capítulo 2.

No entanto, "sendo a Constituição a própria ordenação suprema do Estado, não pode existir norma ulterior, de grau superior, que a proteja", razão pela qual "ela deve encontrar em si mesma a própria tutela e garantia"[151].

---

[146] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional. 5ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1992. p. 190 e 192.
[147] NEVES, Marcelo. A constitucionalização simbólica. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007. p. 47 e 48
[148] BARROSO, Luis Roberto. O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira. 5ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 85
[149] Op. cit. p. 48
[150] Op. cit. p. 86
[151] Op. cit. p. 87

Dessa maneira, ao Supremo Tribunal Federal foi dada a função precípua de guardião da Constituição (CFRB/88, Art. 102, *caput*), razão pela qual deve buscar garantir a efetividade da ordem constitucional e, em especial, dos princípios fundamentais da República Federativa do Brasil enquanto Estado Democrático de Direito, quais sejam: I – a soberania; II – a cidadania; III – a dignidade da pessoa humana; IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; e V – o pluralismo político (CRFB/88, Art. 1º).

Os direitos fundamentais são concretizações da dignidade da pessoa humana e como tal possuem garantia quanto à mutabilidade (cláusulas pétreas) e à aplicabilidade (imediata).

Paulo Bonavides relata que, quando surgiram os direitos sociais estes "passaram primeiro por um ciclo de baixa normatividade ou tiveram eficácia duvidosa"[152].

Isto se deveu, segundo o renomado jurista, à própria natureza desses direitos, "que exigem do Estado determinadas prestações materiais nem sempre resgatáveis por exigüidade, carência ou limitação de meios e recursos"[153].

Por isso, foram remetidos à categoria de norma programática, "em virtude de não conterem para sua concretização aquelas garantias habitualmente ministradas pelos instrumentos processuais de proteção aos direitos da liberdade"[154].

Segundo preceitua José Afonso da Silva

> "podemos conceber como *programáticas* aquelas *normas constitucionais através das quais o constituinte, em vez de regular; direta e imediatamente, determinados interesses, limitou-se a traçar-lhes os princípios para serem cumpridos pelos seus órgãos (legislativos, executivos, jurisdicionais e administrativos), como programas das respectivas atividades, visando a realização dos fins sociais do Estado* (grifo do autor)" [155].

Para Mendes, Coelho e Branco, "quando se quer negar eficácia a um preceito constitucional diz-se que ele não pode ser aplicado porque se trata de norma simplesmente *programática* (grifo do autor)"[156].

No entanto, para J.J. Gomes Canotilho, "marcando uma decidida ruptura em relação à doutrina clássica"[157], pode e deve dizer-se que hoje não há normas constitucionais programáticas"[158], pois para o ilustre constitucionalista, "às <<normas programáticas>> é reconhecido hoje um valor jurídico constitucionalmente idêntico ao dos restantes preceitos da

---

[152] BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 5ª ed. – São Paulo: Malheiros Editores, 1994. p.518
[153] Loc. cit.
[154] Loc. cit.
[155] SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das normas constitucionais. 7ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p. 138
[156] MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p.28
[157] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional. 5ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1992. p. 189
[158] ENTERRIA, Garcia de. *apud* CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional. 5ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1992. p. 189 e 190

constituição"[159], razão pela qual não seria adequado falar em norma de eficácia programática como normas de menor efetividade, tendo em vista que "qualquer norma constitucional deve considerar-se obrigatória em confronto com qualquer poder estatal"[160].

Nesse sentido, destaca-se decisão do STF transcrita a seguir:

> [**Jurisprudência** – "A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQÜENTE.
> O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional inconseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado" (STF, RE 393175 – rel. Min. Celso de Mello)].

Conforme visto anteriormente (Capítulo 3), na Constituição de 1988, os direitos sociais constam do Título II - Dos Direitos e Garantias Fundamentais (Capítulo II – Dos Direitos Sociais) e do Título VII – Da Ordem Econômica e Social.

A criação de capítulo próprio dedicado aos direitos sociais (Capítulo II), inclusos no Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais tem grande significado para a concretização desses direitos e representa uma tendência das constituições contemporâneas.

Como assevera Paulo Bonavides, "até então em quase todos os sistemas jurídicos, prevalecia a noção de que apenas os direitos da liberdade eram de aplicabilidade imediata, ao passo que os direitos sociais tinham aplicabilidade mediata, por via do legislador"[161].

Além disso, a própria positivação da dignidade da pessoa humana como princípio fundamental demonstra que o constituinte de 1988 "reconheceu categoricamente que é o Estado que existe em função da pessoa humana, e não o contrário, já que o ser humano constitui a finalidade precípua, e não meio de atividade estatal"[162].

Com a inclusão dos direitos sociais na categoria de direitos fundamentais, estes passaram a ter aplicabilidade imediata por força do Art. 5º, § 1º da CRFB/88, que assim preceitua: "as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicabilidade imediata".

---

[159] Op. cit. p. 190
[160] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional. 5ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1992. p. 190
[161] BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 5ª ed. – São Paulo: Malheiros Editores, 1994. p.518
[162] SARLET, Ingo Wolfgang. A dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais na Constituição de 1988. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2001. p. 68

No entanto, dar efetividade ao imperativo da aplicabilidade imediata nem sempre é tarefa fácil, tendo em vista a própria disposição constitucional que, em determinadas hipóteses, deixou a cargo do legislador infraconstitucional a tarefa de regular a matéria.

Nesse sentido a lição de José Afonso da Silva esclarece que "a Constituição mesma faz depender de legislação ulterior a aplicabilidade de algumas normas definidoras de direitos sociais e coletivos"[163]. E questiona o doutrinador: "Em face dessas normas [dependentes de legislação ulterior], que valor tem o disposto no §1º do Art. 5º, que declara todas de aplicação imediata?"[164].

Eis aí um grande desafio: concretizar direitos de modo imediato, conforme estabelecido na própria Constituição, ainda pendentes de regulamentação.

Atento a essas questões, o jurista Norberto Bobbio alerta que "o importante não é fundamentar os direitos do homem, mas protegê-los", e assevera que, "para protegê-los, não basta proclama-los".

Segundo ele, "o problema real que temos de enfrentar, contudo, é o das medidas imaginadas e imagináveis para a efetiva proteção desses direitos"[165].

Tal questão não pode ser ignorada, pois do seu enfrentamento depende a própria força normativa da Constituição e a sustentação do Estado Democrático de Direito.

Como alerta Marcelo Neves, "na medida em que os direitos humanos constitucionalmente estabelecidos como fundamentais não se concretizam, fortifica-se o significado dos favores e do clientelismo"[166].

A ausência de efetividade dos direitos sociais, em especial dos direitos trabalhistas, é flagrante em alguns dispositivos constitucionais, dentre os quais destaca-se o Art. 7º, IV, onde se lê como direito dos trabalhadores urbanos e rurais:

> "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"[167].

Importa observar, porém, que especialmente no que tange aos direitos trabalhistas, é cada vez maior a pressão dos setores dominantes da economia por sua flexibilização, e mesmo as garantias constitucionais já não são limites à exploração do homem pelo homem.

Conforme demonstrou estudo de Ricardo Antunes sobre as condições de trabalho no Brasil, atualmente, há "uma degradação dos direitos sociais do trabalho, que se ampliou em

[163] SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das normas constitucionais. 7ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p. 165
[164] Loc. cit.
[165] BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Campus: Rio de Janeiro, 1992. p. 32
[166] NEVES, Marcelo. Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 247
[167] Constituição Federal. Art. 7º, IV

função da externalização e da terceirização da produção; direitos conquistados, como descanso semanal remunerado, férias, o 13º salário, aposentadoria, etc. tornaram-se mais facilmente burláveis"[168].

Não é difícil perceber que sem a proteção do Judiciário para garantir a efetividade do ordenamento jurídico, este sucumbirá ante as pressões do capital, conforme esclarece Marcelo Neves:

> "A constitucionalidade e a legalidade são postas frequentemente de lado conforme a respectiva relação de poder. Nesse contexto, a Constituição como acoplamento estrutural entre sistemas políticos e jurídicos é bloqueada. Não há, então, uma filtragem simétrica das influências recíprocas entre política e direito. A concretização constitucional é deturpada sistematicamente pela pressão de conformações particulares de poder"[169].

Com base na própria Constituição, que pelo Princípio da Inafastabilidade Jurisdicional estabelece que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito"[170], diversas demandas fundadas no direito do trabalho constitucional têm chegado ao Judiciário, responsável por garantir o cumprimento do ordenamento jurídico, e em especial, ao STF, guardião da Constituição.

Da análise de algumas demandas que chegam à Corte Suprema, percebe-se que ainda não há um entendimento pacífico quanto a garantir a efetividade aos direitos do trabalhadores.

Nesse sentido, podemos destacar as seguintes decisões

> [**Jurisprudência** - EMENTA: CONSTITUCIONAL. SERVIÇO MILITAR OBRIGATÓRIO. SOLDO. VALOR INFERIOR AO SALÁRIO MÍNIMO. VIOLAÇÃO AOS ARTS. 1º, III, 5º, CAPUT, E 7º, IV, DA CF. INOCORRÊNCIA. RE DESPROVIDO.
> I - A Constituição Federal não estendeu aos militares a garantia de remuneração não inferior ao salário mínimo, como o fez para outras categorias de trabalhadores.
> II – O regime a que submetem os militares não se confunde com aquele aplicável aos servidores civis, visto que têm direitos, garantias, prerrogativas e impedimentos próprios.
> III – Os cidadãos que prestam serviço militar obrigatório exercem um múnus público relacionado com a defesa da soberania da pátria.
> IV – A obrigação do Estado quanto aos conscritos limita-se a fornecer-lhes as condições materiais para a adequada prestação do serviço militar obrigatório nas Forças Armadas.
> V - Recurso extraordinário desprovido. (STF, RE 570177 – rel. Min. Ricardo Lewandowski)]

Ora, o que difere os militares da categoria de trabalhadores, de tal forma que não lhes seja assegurado o direito ao salário mínimo? O trabalho no sentido de "atividade humana destinada a transformar ou adaptar recursos naturais com o fim de produzir bens e serviços

---

[168] ANTUNES, Ricardo (org.). Riqueza e miséria do trabalho no Brasil. São Paulo: Boitempo, 2006. p.22
[169] NEVES, Marcelo. Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 243
[170] Constituição Federal. Art. 5º, XXXV

que satisfaçam as necessidades individuais e coletivas, atividade social por excelência"[171], não é por eles realizado? Tão somente o fato de exercerem "um múnus público relacionado com a defesa da soberania da pátria" desqualifica o militar como trabalhador, destinatário de direitos constitucionais estabelecidos, como por exemplo, o salário mínimo? E o Presidente da República, os legisladores, os ministros, esses também não exercem o mesmo "múnus público" e para isso são bem remunerados? Vê-se que a resposta a essas questões é muito mais política que jurídica.

Ademais, o reconhecimento do trabalho como desdobramento do princípio da dignidade da pessoa humana importa reconhecer que pela ordem jurídica "todos recebam igual (já que todos são iguais em dignidade) consideração e respeito por parte do Estado e da comunidade"[172] e, no caso em questão, o tratamento desigual dado aos trabalhadores militares em nada justifica-se pelo princípio da isonomia.

Em outra demanda, o Supremo assim entendeu:

> [**Jurisprudência** - EMENTA: Não se estende à mãe adotiva o direito à licença, instituído em favor da empregada gestante pelo inciso XVIII do art. 7º, da Constituição Federal, ficando sujeito ao legislador ordinário o tratamento da matéria. (STF, RE 197807. rel. Min. Octavio Gallotti)].

Felizmente, em relação à licença-maternidade a falta de sensibilidade da Suprema Corte, ignorando completamente a necessidade da trabalhadora que opta pela adoção e vedando qualquer interpretação por analogia [aplicada no caso em questão pelos tribunais trabalhistas], foi suprimida pela Lei 10.421/02, que regulou a matéria e permitiu estender os efeitos do dispositivo constitucional às mães adotantes, através de lei ordinária.

Mais uma vez, estarrecedora a atuação do Supremo, que na decisão supracitada entendeu que "a ratio da licença-gestante está na necessidade biológica do resguardo pós-parto. Evidentemente, não é o caso da mãe adotiva. Não se sabe de nenhuma mulher que, após adotar, tenha sentido as mesmas debilitações em que fica a gestante logo após o parto"[173].

Com a máxima *vênia* ao entendimento da Corte Suprema, a fundamentação da decisão beira o absurdo, pois que não somente ao pós-parto atende a licença-maternidade, mas também, e principalmente, às necessidades do menor, que necessita do acompanhamento materno para o seu pleno desenvolvimento e, no caso do adotado, para sua adaptação ao novo lar.

Quanto a isso, destaca-se a lição de Luis Roberto Barroso, segundo o qual:

---

[171] SILVA, José Afonso da. Comentário contextual à Constituição. 5ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p. 39

[172] SARLET, Ingo Wolfgang. A digninidade da pessoa humana e os direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2002. p. 56

[173] STF, RE 197807. rel. Min. Octavio Gallotti

> "Um dos pontos capitais relativamente ao princípio da efetividade é a necessidade de o Poder Judiciário se libertar de certas noções arraigadas e assumir, dentro dos limites do que seja legítimo e razoável, um papel mais ativo em relação à concretização das normas constitucionais. Para tanto, precisa superar uma das patologias crônicas da hermenêutica constitucional do Brasil: a interpretação retrospectiva, pela qual se procura interpretar o texto novo de maneira a que ele não inove nada, mas, ao revés, fique tão parecido quanto possível com o antigo"[174].

Chamado a atuar, não pode o STF se esquivar de sua responsabilidade como órgão garantidor do cumprimento dos preceitos constitucionais, ainda que estes se oponham aos interesses dos grupos dominantes, o que frequentemente se verificará quando a matéria for referente a direitos trabalhistas, pois "as relações de dependência e a 'privatização' do Estado contrapõem-se restritivamente à concretização constitucional dos 'direitos humanos' e da 'soberania do povo como procedimento'"[175].

A intervenção do Judiciário para garantir políticas públicas que assegurem direitos sociais é fenômeno que vem sendo chamado pela doutrina de *judicialização da política*[176].

Nesse novo cenário, "os procedimentos políticos de mediação cedem lugar aos judiciais"[177]. Em conseqüência:

> "a valorização do Poder Judiciário viria, pois, em resposta à desqualificação da política [...], fazendo com que esse Poder e suas instituições passem a ser percebidos como a salvaguarda confiável das expectativas por igualdade e a se comportar de modo substitutivo ao Estado"[178].

O assunto é polêmico e abre campo para ampla discussão, que encontra renomados doutrinadores tanto a defender quanto a condenar a judicialização da política.

As criticas quanto ao modelo de judicialização são, sobretudo, por entenderem seus autores que o Judiciário não estaria legitimado a decidir sobre questões políticas nem seria seu papel atuar em questões dessa natureza, o que se extrai das declarações abaixo, proferidas no XX Congresso Estadual da OAB em mesa de debates sobre a Judicialização da Política:

> "Cada vez mais o Judiciário está se convertendo num árbitro, talvez definitivo, sobre questão que são divisivas no país. Se os militares já foram o árbitro final, hoje é o Supremo quem ocupa essa função. Confesso que prefiria que o povo fosse o árbitro final das controvérsias, porque eu não acho que o Supremo representa o povo" (Daniel Sarmento, professor de Direito Constitucional e Procurador da República)
>
> "Apesar de haver distorções no Legislativo, não me parece que a judicialização da política seja a solução. Tendo a acreditar que a democracia

---

[174] BARROSO, Luís Roberto – Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora - 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 251
[175] NEVES, Marcelo. Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 247
[176] VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende; MELO, Manuel Palácios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. A judicialização da política e das relações sociais no Brasil. p.23
[177] Loc. cit.
[178] Ibid. p.25

> não está só no resultado, mas também no processo". (Flávio Galdino, presidente da Comissão de Ensino Jurídico da OAB/RJ)

Em sentido contrário, Maria Alice Rezende. Para a socióloga:

> "A virtude da judicialização não é o papel proeminente dos magistrados, mas sim a educação cívica, a discussão pública sobre direitos. A lei não pode ser apenas o braço que pune, mas deve também acolher, para ajustar, as desigualdades originadas pela globalização". (Maria Alice Rezende, socióloga)

Não é objeto do presente estudo aprofundar tal discussão, mas importa ressaltar que "a política se judicializa a fim de viabilizar o encontro da comunidade com os seus propósitos, declarados formalmente na Constituição"[179], logo, é papel sim, do Judiciário, atuar para que os direitos constitucionais tenham efetividade não somente jurídica, mas principalmente, social.

Ademais, cabe destacar o comentário de Alexander M. Bickel, segundo o qual:

> "Os tribunais têm certa capacitação para lidar com questões de princípios que o Legislativo e o Executivo não possuem. Juízes têm, ou devem ter, a disponibilidade, o treinamento e o distanciamento para seguir os caminhos da sabedoria e a isenção ao buscar os fins públicos. Isto é crucial quando se trata de determinar valores permanentes de uma sociedade. Este distanciamento e o mistério maravilhoso do tempo dão aos tribunais a capacidade de recorrer aos melhores sentimentos humanos, captar as melhores aspirações, que podem ser esquecidos nos momentos de grande clamor"[180].

Por fim, de suma importância para o esclarecimento da questão o posicionamento do Min. Celso de Mello em decisão recente sobre a obrigação do Estado em prover educação aos menores de cinco anos, onde se apresentou fundamentação para a intervenção do Judiciário, conforme descrito a seguir:

> [**Jurisprudência –** "É certo – tal como observei no exame da ADPF 45/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO (Informativo/STF nº 345/2004) - que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário - e nas desta Suprema Corte, em especial - a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, "Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976", p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo.
> Impende assinalar, no entanto, que tal incumbência poderá atribuir-se, embora excepcionalmente, ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, como sucede na espécie ora em exame" (STF, AI 677274. rel. Min. Celso de Mello)].

---

[179] VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende; MELO, Manuel Palácios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. A judicialização da política e das relações sociais no Brasil. p.40

[180] BICKEL, Alexander M *in* BARROSO, Luis Roberto. Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora - 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 161

No entanto, o papel do Judiciário na concretização dos direitos sociais, nem sempre é bem compreendido, conforme demonstra o temerário entendimento de Inocêncio Coelho, descrito a seguir:

> "em que pese o idealismo e o entusiasmo dos que se batem pela causa dessa geração de direitos, a ponto de afirmarem que 'a interpretação dos direitos sociais não é uma questão de lógica, mas de consciência social de um sistema jurídico como um todo', a despeito desse generoso engajamento, forçoso é reconhecer que a efetivação desses direitos não depende da vontade dos juristas, porque, substancialmente, está ligada a fatores de ordem material, de todo alheios à normatividade jurídica e, portanto, insuscetíveis de se transformarem em coisas por obra e graça das nossas palavras"[181].

Data vênia a posição do ilustre jurista, cuja tese figura em obra conjunta com o Exmo. Sr. Dr. Ministro Gilmar Ferreira Mendes, atual presidente do Supremo, tal entendimento não pode prosperar, pois seria admitir a Constituição como mera *folha de papel*, desprovida de qualquer força normativa.

Ademais, como demonstrou Hesse, a força normativa da Constituição se fará presente quanto mais estiverem "na consciência geral – particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional –, não só a vontade de poder, mas também a vontade de Constituição"[182].

E que outros "principais responsáveis pela ordem constitucional" senão nós, operadores do direito?

O Princípio da Reserva do Possível, que legitima o entendimento defendido por Inocêncio Coelho, dentre outros renomados doutrinadores, não pode encontrar amparo na melhor interpretação da ordem constitucional, tendo em vista que na ponderação de princípios deve predominar o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, pois o direito a uma vida digna enquanto direito fundamental, sopesada contra qualquer outro valor, deve sempre prevalecer.

Nesse sentido, o STF vem firmando entendimento, conforme jurisprudência transcrita a seguir:

> [**Jurisprudência** – "Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da "*reserva do possível*" - ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível - não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se, dolosamente, do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade" (STF, AI 677274. rel. Min. Celso de Mello)].

---

[181] MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p.712

[182] HESSE, Konrad. A Força Normativa da Constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991. p.19

[**Jurisprudência** – "A gratuidade do transporte coletivo representa uma condição mínima de mobilidade, a favorecer a participação dos idosos na comunidade, assim como viabiliza a concretização de sua dignidade e de seu bem-estar, não se compadece com condicionamento posto pelo *princípio da reserva do possível*. Aquele princípio haverá de se compatibilizar com a garantia do mínimo existencial, sobre o qual disse, em outra ocasião, ser "o conjunto das condições primárias sócio-políticas, materiais e psicológicas sem as quais não se dotam de conteúdo próprio os direitos assegurados constitucionalmente, em especial aqueles que se referem aos fundamentais individuais e sociais ... que garantem que o princípio da dignidade humana dota-se de conteúdo determinável (conquanto não determinado abstratamente na norma constitucional que o expressa), de vinculabilidade em relação aos poderes públicos, que não podem atuar no sentido de lhe negar a existência ou de não lhe assegurar a efetivação, de densidade que lhe concede conteúdo específico sem o qual não se pode afastar o Estado." Também afirmei antes que "O verbo constitucional, no qual (os direitos sociais) se põem assegurados normativamente, fez-se fruto de lutas que devoraram homens e desertaram comunidades inteiras. A verba constitucionalmente assegurada, para que não se cuidassem de verbo inativo aqueles direitos conquistados, ainda está em processo de aquisição, mas não pode ser negada". (STF, ADI 3768. rel. Min. Carmen Lúcia)]

[**Jurisprudência** – "Não deixo de conferir, no entanto, assentadas tais premissas, significativo relevo ao tema pertinente à "reserva do possível" (STEPHEN HOLMES/CASS R. SUNSTEIN, "The Cost of Rights", 1999, Norton, New York), notadamente em sede de efetivação e implementação (sempre onerosas) dos direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), cujo adimplemento, pelo Poder Público, impõe e exige, deste, prestações estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas. É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais - além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização - depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política. Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese - mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa - criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da "reserva do possível" - ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível - não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade. Daí a correta ponderação de ANA PAULA DE BARCELLOS ("A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais", p. 245-246, 2002, Renovar): "Em resumo: a limitação de recursos existe e é uma contingência que não se pode ignorar. O intérprete deverá levá-la em conta ao afirmar que algum bem pode ser exigido judicialmente, assim como o magistrado, ao determinar seu fornecimento pelo Estado. Por outro lado, não se pode esquecer que a finalidade do Estado ao obter recursos, para, em

> seguida, gastá-los sob a forma de obras, prestação de serviços, ou qualquer outra política pública, é exatamente realizar os objetivos fundamentais da Constituição. A meta central das Constituições modernas, e da Carta de 1988 em particular, pode ser resumida, como já exposto, na promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência. Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial), estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverá investir" (STF, ADPF 45. rel. Min. Celso de Mello)] .

Segundo Mauricio Godinho Delgado, outro aspecto relevante trazido pela Constituição de 1988 foi o desenvolvimento de uma visão coletiva de problemas dos trabalhadores, contrapondo-se à visão individualista do Direito Civil[183].

Para o doutrinador, "essa perspectiva embebe-se de conceitos e óticas própria do Direito do Trabalho, em especial a noção de ser *coletivo* (...), em contraponto à clássica noção de *ser individual* (...), dominante no estuário civilista brasileiro"[184].

Além disso, a Constituição de 1988 trouxe a independência institucional ao Ministério Público, que através do Ministério Público do Trabalho passou a atuar de maneira independente na defesa dos interesses difusos e coletivos dos trabalhadores, legitimado pelo Art. 129, III da Constituição Federal.

Para tanto, constitui principal instrumento à atuação do Ministério Público do Trabalho a Ação Civil Pública, que embora não seja decorrente da Constituição de 1988, nela mereceu menção expressa através do Art. 129, III.[185]

A lei 7.347/85, que disciplina a Ação Civil Pública, recepcionada pela Constituição de 1988, não define o que sejam "interesses difuso e coletivo". Para tanto, remete a própria lei ao CDC, que assim estabelece:

> "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"

A omissão do legislador não poderia constituir óbice à atuação do Ministério Público do Trabalho. Nesse sentido, assim já entendeu a Suprema Corte, conforme abaixo se destaca:

---

[183] DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 6ª ed. São Paulo: LTr, 2007. p. 124
[184] Ibid. p. 125
[185] BARROSO, Luís Roberto – Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora - 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 220.

> [**Jurisprudência – "**EMENTA:- Recurso extraordinário. Trabalhista. Ação civil pública. 2. Acórdão que rejeitou embargos infringentes, assentando que ação civil pública trabalhista não é o meio adequado para a defesa de interesses que não possuem natureza coletiva. 3. Alegação de ofensa ao disposto no art. 129, III, da Carta Magna. Postulação de comando sentencial que vedasse a exigência de jornada de trabalho superior a 6 horas diárias. 4. A Lei Complementar n.º 75/93 conferiu ao Ministério Público do Trabalho legitimidade ativa, no campo da defesa dos interesses difusos e coletivos, no âmbito trabalhista. 5.Independentemente de a própria lei fixar o conceito de interesse coletivo, é conceito de Direito Constitucional, na medida em que a Carta Política dele faz uso para especificar as espécies de interesses que compete ao Ministério Público defender (CF, art. 129, III). 6. Recurso conhecido e provido para afastar a ilegitimidade ativa do Ministério Público do Trabalho" (STF, RE 213015. rel. Min. Néri da Silveira)]

Cumpre observar, porém, que o próprio CDC também estatui a pré-constituição como requisito para a legitimidade da ação, que só pode ser dispensada quando "haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido"[186]. Isto sim, constitui severo obstáculo à atuação não só do Ministério Público, mas de todos os legitimados pela Lei para a propositura da ação.

Quanto à legitimidade do Ministério Público no que tange às ações civis públicas relativas a direitos individuais homogêneos, cabe ressaltar a seguinte decisão da Corte Suprema:

> [**Jurisprudência** – "EMENTA: DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. SEGURADOS DA PREVIDÊNCIA SOCIAL. CERTIDÃO PARCIAL DE TEMPO DE SERVIÇO. RECUSA DA AUTARQUIA PREVIDENCIÁRIA. DIREITO DE PETIÇÃO E DIREITO DE OBTENÇÃO DE CERTIDÃO EM REPARTIÇÕES PÚBLICAS. PRERROGATIVAS JURÍDICAS DE ÍNDOLE EMINENTEMENTE CONSTITUCIONAL. EXISTÊNCIA DE RELEVANTE INTERESSE SOCIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEGITIMAÇÃO ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. DOUTRINA. PRECEDENTES. RECURSO EXTRAORDINÁRIO IMPROVIDO.
> DECISÃO: O presente recurso extraordinário foi interposto contra decisão, que, proferida pelo E. Tribunal Regional Federal/4ª Região, acha-se consubstanciada em acórdão assim ementado (fls. 428/429):
> "PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. DIREITO À CERTIDÃO PARCIAL DE TEMPO DE SERVIÇO. ART. 130, II, 'A', DO DECRETO Nº 3.048/99. NULIDADE. COISA JULGADA. EFEITOS.
> 1. O Ministério Público Federal tem legitimidade para ajuizar ação civil pública em defesa de direitos individuais homogêneos, desde que esteja configurado interesse social relevante.
> 2. Precedentes do STJ.
> 3. A Constituição Federal, em seu art. 5º, XXXIV, 'b', garante ao segurado a obtenção de certidões perante as repartições públicas, com a finalidade precípua de defesa de seus direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal. Não é lícito ao INSS a restrição ao cidadão de obtenção de certidão parcial de tempo de serviço, baseada em norma regulamentar que importa

[186] CDC. Art. 81, § 1º

óbice ao exercício de um direito constitucionalmente assegurado. Ademais, não existe no ordenamento pátrio lei em sentido estrito que impeça o segurado de obter mencionada certidão.
Com precisão, o jurista Celso de Mello (José Celso Mello Filho. Constituição Federal Anotada. 2ª edição. Saraiva. p. 488) aponta os pressupostos necessários para a utilização do direito de certidão: legítimo interesse (existência de direito individual ou da coletividade a ser defendido); ausência de sigilo e 'res habilis' (atos administrativos e atos judiciais são objetos certificáveis).
Cumpre ressaltar que a Lei 8.213/91 não estabelece restrição em nenhum dispositivo quanto à exigência de que as certidões expedidas pelo setor competente do INSS devam abranger o período integral de filiação à previdência social, por isso, não cabe a regulamento impor esta restrição. Não assiste à autarquia federal tal esfera de poder discricionário.
Portanto, não há no ordenamento jurídico pátrio, lei que impeça o segurado de obter certidão parcial do tempo de serviço que tem averbado em seu favor, constituindo-se o art. 130 do Decreto 3.048/99 em verdadeiro óbice ao exercício de um direito constitucionalmente garantido, que extrapola os limites que lhe são próprios, configurando abuso do poder regulamentar.
4. A inovação insculpida no art.16 da Lei nº 7.347/85, fruto da edição da Lei nº 9.494/97, em nada alterou a disciplina dos efeitos da coisa julgada nas ações coletivas, em razão do disposto nos arts. 103 do CDC e 21 da Lei nº 7.347/85.
5. Improvimento da apelação e da remessa oficial."
(AC 2000.71.00.010059-0, Rel. Des. CARLOS EDUARDO THOMPSON FLORES LENZ - grifei)
A parte ora recorrente, ao deduzir o recurso extraordinário em questão, sustenta que o acórdão ora impugnado teria transgredido os preceitos inscritos nos arts. 127 e 129, inciso III, da Constituição da República.
O Ministério Público Federal, em manifestação da lavra da ilustre Subprocuradora-Geral da República, Dra. SANDRA CUREAU, ao opinar pelo improvimento do apelo extremo, formulou parecer assim ementado (fls. 548/555):
"RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE ATIVA. DIREITOS INDIVIDUAIS DISPONÍVEIS. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AOS ARTS. 127 E 129, INCISO III, DA CF. I - LEGITIMAÇÃO ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA PROPOR AÇÃO CIVIL PÚBLICA REFERENTE A DIREITOS INDIVIDUAIS DISPONÍVEIS, SEMPRE QUE HOUVER INTERESSE SOCIAL RELEVANTE. II - INTERPRETAÇÃO TELEOLÓGICA E SISTEMÁTICA DA CF, EM RELAÇÃO À TUTELA DOS DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS. III - PARECER PELO DESPROVIMENTO DO RECURSO." (grifei)
O exame da presente causa convence-me da inteira correção dos fundamentos, que, invocados pelo Ministério Público Federal, informam e dão consistência ao seu douto parecer.
Torna-se necessário reconhecer que o direito à certidão traduz prerrogativa jurídica, de extração constitucional, destinada a viabilizar, em favor do indivíduo ou de uma determinada coletividade (como a dos segurados do sistema de previdência social), a defesa (individual ou coletiva) de direitos ou o esclarecimento de situações, de tal modo que a injusta recusa estatal em fornecer certidões, não obstante presentes os pressupostos legitimadores dessa pretensão, autorizará a utilização de instrumentos processuais adequados, como o mandado de segurança (RT 222/447 - RT 294/454 - RF 230/83, v.g.) ou como a própria ação civil pública, esta, nos casos em que se

configurar a existência de direitos ou interesses de caráter transindividual, como os direitos difusos, os direitos coletivos e os direitos individuais homogêneos.

Isso significa, portanto, presente o contexto em exame, que, tratando-se de interesses ou direitos individuais homogêneos, "assim entendidos os decorrentes de origem comum" (CDC, art. 81, parágrafo único, n. III), justifica-se o reconhecimento da legitimidade ativa "ad causam" do Ministério Público para o ajuizamento da ação civil pública, pois, segundo entendimento desta própria Corte Suprema, os direitos ou interesses individuais homogêneos qualificam-se como "subespécie de direitos coletivos" (RTJ 178/377-378, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA, Pleno), o que viabiliza a utilização - inteiramente adequada ao caso - desse importante instrumento de proteção jurisdicional de situações jurídicas impregnadas, como sucede na espécie, de metaindividualidade.

Vale referir, por extremamente pertinente, expressiva decisão emanada do E. Superior Tribunal de Justiça, em cujo pronunciamento se registra a orientação que atribui, ao "Parquet", qualidade para fazer instaurar processo coletivo destinado a possibilitar a tutela judicial de direitos ou de interesses individuais homogêneos:

"O art. 21 da Lei nº 7.345, de 1985 (inserido pelo art. 117 da Lei nº 8.078/90), estendeu, de forma expressa, o alcance da ação civil pública à defesa dos interesses e 'direitos individuais homogêneos', legitimando o MP, extraordinariamente e como substituto processual, para exercitá-la (art. 81, parágrafo único, III, da L. nº 8.078/90)."

(RF 331/230, Rel. Min. DEMÓCRITO REINALDO - grifei)

Cabe destacar, neste ponto, por oportuno, na linha do que se vem acentuando, a correta advertência que a douta Procuradoria-Geral da República fez, em seu pronunciamento, no caso ora em exame (fls. 551/553):

"Não assiste razão ao recorrente quando pretende, em síntese, demonstrar que a decisão atacada ofendeu o contido no artigo 129, inciso III, da Constituição Federal, que cuida da legitimidade ativa do Ministério Público para propor ação civil pública, mesmo sendo o caso de matéria relativa a direitos individuais homogêneos e disponíveis.

Inicialmente, vale frisar ser incorreta a afirmação genérica de que o 'Parquet' não pode defender interesses individuais homogêneos. Tal afirmação é demasiadamente superficial. Se a defesa de tais interesses envolver relevante abrangência social, como a hipótese dos presentes autos, que trata do direito dos segurados da previdência social obterem certidão relativa ao seu tempo de serviço, deverá a ação civil pública correspondente ser intentada pela instituição. Ou seja, se, no caso concreto, a defesa coletiva de interesses transindividuais assumir importante papel social, não se poderá negar ao Ministério Público a defesa desses direitos.

.....

Destarte, válido ainda destacar que a Constituição Federal de 1988, em seu art. 129, inciso III, traz apenas as expressões 'interesses difusos e coletivos', pois foi em 1990, ano da edição do Código de Defesa do Consumidor, que a expressão 'interesses individuais homogêneos' foi incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro. Dessa forma, quando a Carta Magna diz 'interesses difusos e coletivos', na realidade, está a referir-se aos interesses transindividuais 'lato sensu', nos quais também estão abrangidos os 'interesses individuais homogêneos'.

.....

Depreende-se da análise dos autos, sem dúvida alguma, que a 'quaestio iuris' é eminentemente social, na medida em que a Carta Magna garante ao

segurado a obtenção de certidões perante as repartições públicas, seja para a defesa de seus direitos, seja para esclarecimentos de situações de interesse pessoal. Assim sendo, não pode o INSS impor restrição ao cidadão para obtenção das mencionadas certidões de tempo de serviço, não havendo que se questionar, portanto, a legitimidade do 'Parquet' para atuar no feito." (grifei)

Esse entendimento - que reconhece legitimidade ativa ao Ministério Público para a defesa, em juízo, dos direitos e interesses individuais homogêneos impregnados de relevante natureza social - reflete-se na jurisprudência firmada por esta Suprema Corte (RTJ 185/302, Rel. Min. CARLOS VELLOSO - AI 491.195-AgR/SC, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE - RE 213.015/DF, Rel. Min. NÉRI DA SILVEIRA - RE 255.207/MA, Rel. Min. CEZAR PELUSO - RE 394.180-AgR/CE, Rel. Min. ELLEN GRACIE - RE 424.048-AgR/SC, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE - RE 441.318/DF, Rel. Min. MARCO AURÉLIO - RE 470.135-AgR-ED/MT, Rel. Min. CEZAR PELUSO):

"RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA PROMOVER AÇÃO CIVIL PÚBLICA EM DEFESA DOS INTERESSES DIFUSOS, COLETIVOS E HOMOGÊNEOS. (...).

1. A Constituição Federal confere relevo ao Ministério Público como instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (CF, art. 127).

.....

4. Direitos ou interesses homogêneos são os que têm a mesma origem comum (art. 81, III, da Lei n° 8.078, de 11 de setembro de 1990), constituindo-se em subespécie de direitos coletivos.

4.1. Quer se afirmem interesses coletivos ou particularmente interesses homogêneos, 'stricto sensu', ambos estão cingidos a uma mesma base jurídica, sendo coletivos, explicitamente dizendo, porque são relativos a grupos, categorias ou classes de pessoas, que, conquanto digam respeito às pessoas isoladamente, não se classificam como direitos individuais para o fim de ser vedada a sua defesa em ação civil pública, porque sua concepção finalística destina-se à proteção desses grupos, categorias ou classe de pessoas.

.....

Recurso extraordinário conhecido e provido, para, afastada a alegada ilegitimidade do Ministério Público, com vistas à defesa dos interesses de uma coletividade, determinar a remessa dos autos ao Tribunal de origem, para prosseguir no julgamento da ação."

(RTJ 178/377-378, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA - grifei)

Tenho para mim que se revela inquestionável a qualidade do Ministério Público para ajuizar ação civil pública objetivando, em sede de processo coletivo - hipótese em que estará presente "o interesse social, que legitima a intervenção e a ação em juízo do Ministério Público (CF 127 'caput' e CF 129 IX)" (NELSON NERY JUNIOR, "O Ministério Público e as Ações Coletivas", "in" "Ação Civil Pública", p. 366, coord. por Édis Milaré, 1995, RT - grifei) -, a defesa de direitos individuais homogêneos, porque revestidos de inegável relevância social, como sucede com o direito de petição e o de obtenção de certidão em repartições públicas (CF, art. 5º, XXXIV), que traduzem prerrogativas jurídicas de índole eminentemente constitucional, ainda mais se analisadas na perspectiva dos direitos fundamentais à previdência social (CF, art. 6º) e à assistência social (CF, art. 203).

Na realidade, o que o Ministério Público postulou nesta sede processual nada mais foi senão o reconhecimento - e conseqüente efetivação - do direito dos segurados da Previdência Social à obtenção da certidão parcial de tempo de serviço.
Nesse contexto, põe-se em destaque uma das mais significativas funções institucionais do Ministério Público, consistente no reconhecimento de que lhe assiste a posição eminente de verdadeiro "defensor do povo" (HUGO NIGRO MAZZILLI, "Regime Jurídico do Ministério Público", p. 224/227, item n. 24, "b", 3ª ed., 1996, Saraiva, v.g.), incumbido de impor, aos poderes públicos, o respeito efetivo aos direitos que a Constituição da República assegura aos cidadãos em geral (CF, art. 129, II), podendo, para tanto, promover as medidas necessárias ao adimplemento de tais garantias, o que lhe permite a utilização das ações coletivas, como a ação civil pública, que representa poderoso instrumento processual concretizador das prerrogativas fundamentais atribuídas, a qualquer pessoa, pela Carta Política, "(...) sendo irrelevante o fato de tais direitos, individualmente considerados, serem disponíveis, pois o que lhes confere relevância é a repercussão social de sua violação, ainda mais quando têm por titulares pessoas às quais a Constituição cuidou de dar especial proteção" (fls. 534 - grifei).
Não foi por outra razão que o E. Superior Tribunal de Justiça, ao analisar controvérsia semelhante à versada nos presentes autos, proferiu decisão consubstanciada em acórdão assim ementado:
"- O Ministério Público tem legitimidade ativa para ajuizar ação civil pública em defesa de direitos individuais homogêneos, desde que esteja configurado interesse social relevante."
(RF 340/251, Rel. Min. CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO - grifei)
Essa orientação, acolhida pelo v. acórdão ora recorrido, vem sendo observada em sucessivas decisões emanadas do E. Superior Tribunal de Justiça (REsp 49.272/RS, Rel. Min. DEMÓCRITO REINALDO - REsp 105.215/DF, Rel. Min. SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA - REsp 108.577/PI, Rel. Min. CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO - REsp 141.491-EDv/SC, Rel. Min. WALDEMAR ZVEITER - REsp 177.965/PR, Rel. Min. RUY ROSADO DE AGUIAR - REsp 183.569/AL, Rel. Min. LUIZ FUX - REsp 229.226-AgR-AgR/RS, Rel. Min. CASTRO MEIRA - REsp 404.239/PR, Rel. Min. RUY ROSADO AGUIAR - REsp 586.307/MT, Rel. Min. LUIZ FUX - REsp 776.549/MG, Rel. Min. LUIZ FUX - REsp 817.710/RS, Rel. Min. LUIZ FUX), valendo destacar, a esse respeito, o seguinte julgamento que essa Alta Corte proferiu (fls. 540):
"AÇÃO CIVIL PÚBLICA. OBTENÇÃO DE CERTIDÕES DE TEMPO DE SERVIÇO. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. DIREITOS FUNDAMENTAIS. ART. 5º, XXXIV, DA C.F.
1. Pode ser reclamado, por meio de ação civil pública, o direito à obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal (inciso XXXIV do artigo 5º da Constituição Federal).
2. Em conseqüência, tem o Ministério Público legitimidade para propor ação civil pública para amparar interesses sociais difusos ou coletivos.
3. Recurso especial improvido."
(REsp 554.960/RS, Rel. Min. CASTRO MEIRA - grifei)
A existência, na espécie, de interesse social relevante, amparável mediante ação civil pública, ainda mais se põe em evidência, quando se tem presente - considerado o contexto em causa - que os direitos individuais homogêneos ora em exame revestem-se, por efeito de sua natureza mesma, de índole eminentemente constitucional, a legitimar, desse modo, a instauração, por

iniciativa do Ministério Público, de processo coletivo destinado a viabilizar a tutela jurisdicional de tais direitos.
Daí a correta observação constante do douto voto proferido pelo eminente Ministro CASTRO MEIRA, Relator, quando do julgamento, pelo E. Superior Tribunal de Justiça, do já mencionado REsp 554.960/RS (fls. 537):
"No caso em exame, o direito que se pretende garantir - obtenção de certidões de tempo de serviço - é inerente ao princípio da publicidade e é um dever de probidade e moralidade que o constituinte impôs ao administrador, pois diz respeito à necessidade de transparência da atuação do Estado, a quem é imposta, por força do artigo 5º, inciso XXXIV, da Carta Magna, a prestação de informações aos administrados sobre seus direitos.
Desta forma, partindo-se do entendimento de que o inciso XXXIV do art. 5º da Constituição Federal é um direito fundamental, assegurado pela Constituição, que pode ser reclamado por meio de ação civil pública.
No caso, a ação civil pública, em verdade, se constitui em uma das garantias instrumentais dos direitos assegurados pela Constituição Federal, tendo o Ministério Público legitimidade para propô-la." (grifei)
Essa mesma compreensão do tema é também perfilhada por autorizado magistério doutrinário (PEDRO LENZA, "Teoria Geral da Ação Civil Pública", p. 215/218, item n. 3.7.3, 2ª ed., 2005, RT; JOÃO BATISTA DE ALMEIDA, "Aspectos Controvertidos da Ação Civil Pública", p. 96/97, item n. 3.1.1, 2001, RT; NELSON NERY JUNIOR, "O Ministério Público e as Ações Coletivas", "in" "Ação Civil Pública", Coordenador Édis Milaré, p. 356/366, 1995, RT; ADA PELLEGRINI GRINOVER, "A Ação Civil Pública e a Defesa de Interesses Individuais Homogêneos", "in" Revista de Direito do Consumidor, vol. 5/206-229; LUIZ MANOEL GOMES JÚNIOR, "Curso de Direito Processual Civil Coletivo", p. 37/48, item n. 2.3.1.1, 2005, Forense; HUMBERTO DALLA BERNARDINA DE PINHO, "A Natureza Jurídica do Direito Individual Homogêneo e sua Tutela pelo Ministério Público como Forma de Acesso à Justiça", p. 73/77, item n. 1.3.3.1, 2002, Forense; EUGÊNIA AUGUSTA GONZAGA FÁVERO, "Ação Civil Pública: A Legitimidade do Ministério Público para a Defesa de Interesses Individuais Homogêneos", "in" "Ação Civil Pública (20 Anos da Lei nº 7.347/85)", p. 258/263, itens ns. 6 e 7, 2006, Del Rey; PAULO GUSTAVO GUEDES FONTES, "Legitimidade do Ministério Público para a Defesa dos Interesses Individuais Homogêneos: Importância em Face do Caráter Individualista do Controle Judicial da Administração do Brasil", "in" "Ação Civil Pública (20 Anos da Lei nº 7.347/85)", p. 265/277, 2006, Del Rey), cabendo referir, a propósito dessa matéria, a expressiva lição de NELSON NERY JUNIOR e de ROSA MARIA DE ANDRADE NERY ("Código de Processo Civil Comentado", p. 264, 9ª ed., 2006, RT):
"No entanto, o feixe de direitos individuais, ainda que disponíveis, que tenham origem comum, qualifica esses direitos como sendo individuais homogêneos (CDC 81 par. ún. III), dando ensejo à possibilidade de sua defesa poder ser realizada coletivamente em juízo (CDC 81 'caput' par. ún. III). Essa 'ação coletiva' é deduzida no interesse público em obter-se sentença única, homogênea, com eficácia 'erga omnes' da coisa julgada (CDC 103 III), evitando-se decisões conflitantes. Por essa razão está o MP legitimado a propor em juízo a ação coletiva para a defesa de direitos individuais homogêneos (...).
A obrigação de o MP ajuizar ACP na defesa de direitos individuais homogêneos está expressa, sem restrições, na LOMP 25 IV 'a'. A LOMPU 6.º VII 'd', aplicável ao MP dos Estados (LOMP 80), legitima o MP para ajuizar ACP na defesa de 'outros interesses individuais indisponíveis, homogêneos, sociais, difusos e coletivos'. A LOMPU 6.º XII determina ser

> atribuição do MP 'propor ação coletiva para a defesa de interesses individuais homogêneos', não deixando dúvidas sobre a legitimidade e a obrigatoriedade de o MP ajuizar 'ACP coletiva' na defesa desses direitos 'individuais homogêneos'." (grifei)
> Os fundamentos que dão suporte à presente decisão, quer aqueles de caráter doutrinário, quer os de índole jurisprudencial, todos por mim precedentemente referidos, levam-me a concluir, no exame desta causa, que o acórdão ora recorrido ajusta-se à diretriz jurisprudencial que esta Suprema Corte firmou na análise da controvérsia constitucional em questão" (STF, RE 472489, min. Rel. Celso de Mello).]

Não será fácil, como se depreende da jurisprudência da Suprema Corte e da própria disposição infraconstitucional, assegurar, ainda que por via judicial, a efetividade dos direitos trabalhistas constitucionais, cujas decisões do Supremo oscilam, frustrando, vez por outra, as expectativas da população, que tem no Judiciário a última possibilidade de ver os seus direitos concretizados.

5 CONCLUSÃO

A Constituição de 1988, não obstante todos os embates que vem sofrendo no sentido de diminuir-lhe a eficácia dos direitos sociais, seja por via de emenda, seja por manifesta mutação constitucional, ainda assim representa importante avanço na proteção dos direitos trabalhistas.

Há de se reconhecer o progresso que a constitucionalização de direitos individuais e sociais trouxe para as sociedades, representando um grande passo na longa estrada que nos levará à garantia integral da dignidade da pessoa humana.

Conforme estatui Ingo Wolfgang Sarlet, é "sem precedentes em nossa trajetória constitucional o reconhecimento, no âmbito do direito constitucional positivo, da dignidade da pessoa humana como fundamento de nosso Estado democrático de Direito"[187].

Nesse sentido, também os direitos trabalhistas, reconhecidos pela Constituição de 1988 como direitos fundamentais, tiveram avanço, dos quais são prova o fortalecimento dos sindicatos e a atuação do Ministério Público do Trabalho.

No entanto, "todo o problema constitucional ainda hoje procede [...] da ausência de uma fórmula que venha combinar ou conciliar essas duas dimensões da Constituição: a *jurídica e* a *política*. A verdade é que ora prepondera uma, ora outra"[188].

Nesse sentido, o direito do trabalho continua sendo alvo de grandes ataques por parte do capital. Nas palavras de Sayonara Grillo:

> "Com o acirramento da concorrência, os empresários voltaram-se ao mercado internacional e subordinaram-se à dinâmica financeira, iniciando um processo de crescente 'responsabilização dos trabalhadores pela redução de produtividade, pelos custos elevados e pelos obstáculos à competição supostamente gerados' pela regulação laboral e pelas políticas sociais".

Dessa maneira, o capital sempre buscará reduzir o "custo social" dos trabalhadores, que encontram no amparo constitucional uma barreira à flexibilização total de seus direitos.

Não que isto lhes assegure efetividade de direitos, como visto neste trabalho. Mas o direito do trabalho constitucional impõe-se como dificuldade a mais a ser transporta para a exploração desenfreada do homem pelo homem.

Infelizmente, nem mesmo a inclusão de direitos trabalhistas no texto constitucional é capaz de impedir a desconstrução de direitos que se opera na seara laboral.

Como alerta Ricardo Antunes, "a flexibilização e a desregulamentação dos direitos sociais, bem como a terceirização e as novas formas de gestão da força de trabalho

---

[187] SARLET, Ingo Wolfgang. A dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais na Constituição de 1988. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2002. p. 64

[188] BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 77

implantadas no espaço produtivo, estão em curso acentuado e presentes em grande intensidade"[189].

O processo de precarização, também chamada de trabalho temporário, avança e atinge frontalmente o direito *ao* trabalho (grifo nosso), que deveria ser o primeiro direito trabalhista garantido constitucionalmente, mas que ainda não encontra o devido respaldo constitucional.

Em razão disso, István Meszáros visualiza um cenário de desesperança para os trabalhadores, ao estabelecer que "a questão não é *se* o desemprego ou o 'trabalho temporário flexível' vai ameaçar os trabalhadores empregados, mas *quando* estes, forçosamente, vão vivenciar a precarização (grifo do autor)"[190].

Da força normativa da Constituição depende, em grande parte, a manutenção de um mínimo de direitos trabalhistas, um mínimo existencial necessário à dignidade da pessoa humana, tendo em vista que a máxima proteção já não se vislumbra em uma sociedade dominada pela lógica do capital.

O papel do Judiciário na concretização desses direitos é de suma importância, pois, como ensina Canotilho:

> "Se a norma jurídica só adquire verdadeira normatividade quando se transforma em norma de decisão aplicável a casos concretos, conclui-se que cabe ao agente ou agentes do processo de concretização um papel fundamental, porque são eles que, no fim do processo, colocam a norma em contacto com a realidade"[191].

Contra os direitos trabalhistas, muitos se insurgirão sob o manto de diversos argumentos, desde a perda da produtividade que inviabilizaria a continuidade dos negócios até o desenvolvimento de teorias muito bem fundamentadas, como a da *Reserva do Possível*, que ao indivíduo despreparado parecerão legítimos desdobramentos do Princípio da Razoabilidade (grifo nosso).

No entanto, ao trabalhador ninguém poderá enganar, vez que é este que experimenta na alma a ameaça permanente do desemprego, o salário-mínimo destituído de poder aquisitivo, as horas extras realizadas e não remuneradas sob o argumento de um permanente banco de horas, que desconsidera a necessidade de repouso do trabalhador, só para citar exemplos de direitos que, mesmo protegidos constitucionalmente, ainda não possuem eficácia social.

Na lição de Canotilho:

> "Sem essa positivação jurídico-constitucional, os <<direitos do homem são esperanças, aspirações, idéias, impulsos, ou, até, por vezes, mera retórica

[189] ANTUNES, Ricardo (org). Riqueza e miséria do trabalho no Brasil. São Paulo: Boitempo, 2006. p. 19
[190] MÉSZÁROS, István *in* ANTUNES, Ricardo (org). Riqueza e miséria do trabalho no Brasil. São Paulo: Boitempo, 2006. p. 28
[191] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional. Coimbra: Livraria Almedina, 1992. p. 229

> política>>, mas não direitos protegidos sob a forma de normas (regras e princípios)"[192].

Nesse sentido, é de suma importância garantir a efetividade do direito do trabalho constitucional, ampliando-lhe, através de Emendas e Tratados o campo de atuação, o que deve ser feito através da guarda da própria Constituição, cuja defesa, nas palavras de Hesse, "foi confiada a todos nós"[193].

[192] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional. Coimbra: Livraria Almedina, 1992. p. 507
[193] HESSE, Konrad. A força normativa da Constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991. p. 32

REFERÊNCIAS

ALKIMIM, Maria Aparecida. **Assédio Moral na Relação de Emprego**. 1ª. ed, 3ª. tir. Curitiba: Juruá, 2007.

ANTUNES, Ricardo (org.). **Riqueza e miséria do trabalho no Brasil**. São Paulo: Boitempo, 2006.

ARAGÃO, Selma Regina. **Direitos Humanos na Ordem Mundial**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de Suas Normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. **Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora** - 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001

BERCOVICI, Gilberto *in* VIEIRA, José Ribas (org.). **Perspectivas da Teoria Constitucional Contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 2002.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 5ª ed. – São Paulo: Malheiros Editores, 1994.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional.** 5ª ed. – Coimbra: Livraria Almedina, 1992.

_____. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 7ª ed. – Coimbra: Livraria Almedina, 2003.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. Niterói: Impetus, 2008

Constituição da República Federativa do Brasil – 1988

CORVAL, Paulo Roberto dos Santos. Exceção Permanente no Brasil *in* VIEIRA, José Ribas (coord). **Perspectivas da Teoria Constitucional Contemporânea**. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2007

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho.** 4ª ed. – São Paulo: LTr, 2005.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

LASSALE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **O Direito na História – Lições Introdutórias**. São Paulo: Editora Max Limonad, 2002.

MASI, Domenico de. **Desenvolvimento sem Trabalho**. São Paulo: Editora Esfera, 1999.

MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Contitucional.** 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 18ª ed. São Paulo: Atlas, 2005

MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

_____. **Fragmento (sobre) o poder constituinte do povo**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 24ª ed. – São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

_____ **Comentário Contextual à Constituição**. 5ª ed. – São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

_____ **Aplicabilidade das normas constitucionais.** 7ª ed. – São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

SILVA, Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da. **Relações Coletivas de Trabalho**. São Paulo: LTr, 2008.

SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Teoria do estado: o substrato clássico e os novos paradigmas como pré-compreensão para o direito constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho.** 22ª ed. – Rio de Janeiro: Saraiva, 2007.

NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil**. São Paulo, Ed. Martins Fontes, 2006.

_____ **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa. 1ª ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1985.

ROCHA, Paulo Santos. **Flexibilização e Desemprego.** 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

_____ **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988.** – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SOUSA, Otávio Augusto Reis de. **Nova Teoria Geral do Direito do Trabalho.** 1ª ed. São Paulo: Ltr, 2002.

VIANNA, Luiz Werneck ; CARVALHO, Maria Alice Rezende de ; MELO, Manuel Palacios Cunha ; BURGOS, Marcelo Baumann. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.