



FUNDAÇÃO EDSON QUEIROZ
UNIVERSIDADE DE FORTALEZA - UNIFOR
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS - CCJ
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO CONSTITUCIONAL

**PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS
FUNDAMENTAIS DOS TRABALHADORES**
**(Mandado de Segurança e a Justiça do Trabalho após a
Emenda Constitucional n. 45)**

Evanna Soares
Matr. 0824004-3

Fortaleza - CE
Abril, 2010

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

EVANNA SOARES

**PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS
FUNDAMENTAIS DOS TRABALHADORES
(Mandado de Segurança e a Justiça do Trabalho após a
Emenda Constitucional n. 45)**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional como requisito parcial para a obtenção do Grau de Mestre em Direito Constitucional, sob a orientação do Professor Doutor Martônio Mont'Alverne Barreto Lima.

Fortaleza - Ceará
2010

S676p Soares, Evanna.

Proteção constitucional dos direitos fundamentais dos trabalhadores (mandado de segurança e a justiça do trabalho após a emenda constitucional n. 45) / Evanna Soares. - 2010.

111 f.

Dissertação (mestrado) – Universidade de Fortaleza, 2010.

“Orientação: Prof. Dr. Martônio Mont'Alverne Barreto Lima.”

1. Direitos fundamentais. 2. Mandado de segurança. 3. Justiça do trabalho. 4. Constituição. I. Título.

CDU 342.7

EVANNA SOARES

**PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS
FUNDAMENTAIS DOS TRABALHADORES
(Mandado de Segurança e a Justiça do Trabalho após a
Emenda Constitucional n. 45)**

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Martônio Mont'Alverne Barreto Lima (orientador)
UNIFOR

Profª Drª Joyceane Bezerra de Menezes (examinadora)
UNIFOR

Prof. Dr. Christian Edward Cyril Lynch (examinador)
UFF/RJ

Data da aprovação: 07/5/2010.

RESUMO

Esta dissertação analisa o mandado de segurança como instrumento de proteção constitucional dos direitos fundamentais dos trabalhadores perante a Justiça do Trabalho, considerada a nova competência material estabelecida no art. 114 da Constituição pela Emenda Constitucional n. 45/04. Apresenta um esquema composto de direitos fundamentais específicos trabalhistas, inespecíficos alçados às relações de trabalho e inespecíficos não trabalhistas, passíveis dessa garantia, e discute o problema da concretização dos direitos sociais, bem como a aplicação dos direitos fundamentais nas relações horizontais. Focaliza os referidos direitos sob o modelo do Estado do Bem-Estar Social e perquire a subsistência da Constituição dirigente no Brasil, como fonte normativa necessária à concretização dos direitos fundamentais sociais, tendo em conta a interpretação democrática, considerando que a tarefa interpretativa, notadamente a judicial, deve buscar melhores condições de vida e a efetiva fruição dos direitos fundamentais, sem dispensar, nada obstante o dirigismo constitucional, o relevante papel da política como palco natural para a realização das promessas formuladas no texto constitucional, à sociedade. Expõe a situação do mandado de segurança individual e coletivo, antes e depois da citada Emenda Constitucional, perante a Justiça do Trabalho, para defesa de direitos trabalhistas líquidos e certos, agredidos ou ameaçados por ato de autoridade do poder público empregador, considerados os critérios *ratione muneris* e *ratione materiae* para definição de sua competência. Alinha hipóteses de impetração para amparo desses direitos, inclusive do próprio direito coletivo ao trabalho. Indaga se a adoção do critério material para definição da competência da referida Justiça, em mandado de segurança, aprimorou o sistema de defesa judicial dos direitos fundamentais dos trabalhadores e conclui respondendo positivamente, observando, porém, que esse melhoramento está quase esvaziado diante das decisões do Supremo Tribunal Federal que excluem da competência trabalhista as ações do interesse dos servidores públicos regidos por estatuto próprio e que vedam à Administração Pública de adoção do regime jurídico de trabalho para seu pessoal, pois a impetração ficou restrita aos atos praticados por dirigentes das sociedades de economia mista e empresas públicas, quando equiparados a autoridades do poder público, nas relações de trabalho.

Palavras-chave: Direitos fundamentais. Constituição dirigente. Mandado de segurança. Justiça do Trabalho. Competência.

ABSTRACT

This dissertation analyses court injunction as a constitutional protective device of workers' fundamental rights before the Labor Justice, which has been considered the new material competence established in the 114th Article of the Constitution, by the 45/04 Constitutional Amendment. It presents a scheme composed of specific fundamental labor rights, unspecific labor rights as related to work relations, and unspecific rights not related to labor, which can have this guarantee. It discusses the issue of the concretization of social rights as well as the application of the fundamental rights to horizontal relations. It focuses on these rights under the State of Social Well-being model, and scrutinizes the subsistence of the ruling Constitution in Brazil, as a necessary, normative source to the concretization of the fundamental social rights, taking into consideration the democratic interpretation, and maintaining that the interpretative task, especially the judicial one, should search for better life conditions and the effective fruition of the fundamental rights, without dismissing, notwithstanding the constitutional dirigisme, the relevant role of politics as a natural stage for the performance of the promises formulated in the constitutional text to society. It exposes the situation of the individual and collective court injunction, before and after the 45/04 Constitutional Amendment, before the Labor Justice, for the defense of the clear and legal labor rights, transgressed or threatened by an act of the employer public authority, considering the *ratione muneris* and *ratione materiae* criteria to define its competence. It aligns hypotheses of petitions to protect these rights, including the protection of the collective right to labor itself. It inquires whether the adoption of the material criterion used to define the competence of the aforesaid Justice in court injunction has enhanced the judicial defense of workers' fundamental rights, and it concludes replying positively, observing, however, that this enhancement is almost void in face of Supreme Federal Court's decisions which exclude from the Labor Justice competence actions related to public workers who are ruled by their own statute, and which veto the Public Administration of adopting a judicial labor regime to its personnel, for the petition became restricted to acts performed by managers of mixed economy companies and public firms, when compared with public authorities, in work relations.

Key words: Fundamental rights. Ruling constitution. Court injunction. Labor justice. Competence.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS TRABALHADORES NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988.....	15
1.1 Os direitos humanos dos trabalhadores nas Convenções da Organização Internacional do Trabalho.....	16
1.2 Os direitos trabalhistas, como direitos fundamentais, na Constituição da República de 1988	17
1.2.1 Direitos fundamentais dos trabalhadores.....	19
1.2.1.1 Específicos.....	20
1.2.1.2 Inespecíficos alçados às relações de trabalho.....	23
1.2.1.3 Inespecíficos não trabalhistas	24
1.2.2 O problema da realização dos direitos sociais e os direitos fundamentais trabalhistas nas relações privadas	25
2 INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS TRABALHADORES	36
2.1 Os direitos fundamentais sob o paradigma social: o Estado do Bem-Estar Social	36
2.2 A Constituição dirigente e a crise do constitucionalismo social	39
2.3 Interpretação democrática e realização dos direitos fundamentais dos trabalhadores ..	48
3 O MANDADO DE SEGURANÇA COMO VIA DE DEFESA JUDICIAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS TRABALHADORES PERANTE A JUSTIÇA DO TRABALHO ..	56
3.1 O mandado de segurança como instrumento de defesa dos direitos fundamentais dos trabalhadores	56
3.1.1 Mandado de segurança individual.....	62

3.1.2	Mandado de segurança coletivo	63
3.1.2.1	O papel dos sindicatos.....	66
3.2	Mandado de segurança e competência da Justiça do Trabalho	68
3.2.1	Situação anterior à Emenda Constitucional n. 45, de 30 de dezembro de 2004	70
3.2.1.1	Critérios para definição da competência	70
3.2.1.2	A jurisprudência ignorada do Supremo Tribunal Federal	71
3.2.1.3	Entendimento dominante na Justiça do Trabalho e a mitigação do mandado de segurança	73
3.2.1.4	Posição da doutrina.....	74
3.2.2	Competência da Justiça do Trabalho para o mandado de segurança segundo o novo artigo 114, IV, da Constituição da República	75
3.2.2.1	Prevalência do critério material.....	75
3.2.2.2	O critério da sede funcional e <i>status</i> da autoridade coatora.....	77
3.2.2.3	Subsiste a competência meramente em razão da pessoa do impetrado, na Justiça do Trabalho (art. 21, VI, da Lei Complementar n. 35/79)?..	78
3.2.3	A situação dos servidores públicos submetidos ao regime jurídico único	79
3.2.3.1	Os servidores da Administração Pública direta, autárquica e fundacional: o compulsório regime jurídico único de natureza administrativa (STF/ADI 2135/DF)	80
3.2.3.2	A exclusão do pessoal sob regime administrativo do direito de ação perante a Justiça do Trabalho.....	80
3.2.3.3	Os empregados das sociedades de economia mista e empresas públicas....	81
4	APORTES DA AUTORA: CASOS CONCRETOS DE MANDADO DE SEGURANÇA NA JUSTIÇA DO TRABALHO	85
4.1	A relevância, para a defesa dos direitos fundamentais dos trabalhadores, da adoção do critério material para definição da competência da Justiça do Trabalho quanto ao mandado de segurança.....	85
4.2	Direitos fundamentais defensáveis em mandado de segurança na seara trabalhista	86
4.3	As penalidades administrativas aplicadas pelos órgãos de fiscalização do trabalho ...	94

4.4 Direitos também reconhecidos aos trabalhadores, exigíveis do Estado	95
4.5 O direito social ao trabalho e o mandado de segurança.....	96
CONCLUSÃO.....	99
REFERÊNCIAS	105

INTRODUÇÃO

A Constituição da República de 1988 é generosa quanto à proclamação de liberdades e direitos fundamentais individuais e sociais, e está impregnada de dirigismo relativamente às tarefas e fins do Estado, a exemplo de outras constituições promulgadas na América Latina nos anos oitenta. No caso do Brasil, essa característica é mais evidenciada porque a elaboração e promulgação da Constituição coincidem com o período de reimplantação do regime democrático, após vinte anos de governo militar ditatorial.

Mas a concretização desses direitos, em especial dos direitos sociais, constitui tarefa difícil, notadamente pelos vultosos gastos financeiros que exige do Estado. Por outro lado, a simples previsão dos direitos fundamentais representaria mera promessa desprovida de efeito prático se não estivesse acompanhada de garantias para sua realização, garantias estas que possibilitam aos destinatários terem os direitos e liberdades reivindicados judicialmente, uma vez não satisfeitos voluntariamente pelo devedor dessas prestações.

A constatação de que não só o poder público, mas também o poder privado, principalmente o alicerçado no poder econômico, são capazes de ameaçar ou agredir os direitos fundamentais, leva a que se proclame a validade desses direitos fundamentais também nas relações entre particulares ou horizontais, especialmente nas relações de trabalho, em que esse poder econômico se realça.

Nesse contexto, as atenções estatais devem ser redobradas: de um lado, enquanto poder público responsável pela concretização desses direitos, cumpre ao Estado assegurar a efetivação daquelas promessas constitucionais, seja através da sua função administrativa e da implementação das políticas públicas necessárias, seja por meio da jurisdição. De outro, como empregador público, posto que, neste caso, figura como devedor das prestações inerentes à relação laboral e dos direitos dos trabalhadores previstos na Constituição.

O dirigismo constitucional presente na Constituição de 1988, dentro da teoria constitucional, fornece o suporte substantivo capaz de orientar os atos do poder público, de

modo que os direitos fundamentais, além de constituírem princípios materiais delineadores da estrutura estatal, tais como o regime democrático, o Estado de Direito e a República, formam também verdadeiros programas e tarefas de concretização compulsória. A propalada força normativa da Constituição, porém, não basta por si mesma, de sorte que a concretização dos programas constitucionais dependerá da vontade política de quem estiver no poder. Tal dirigismo, em contraste com a submissão à atuação política, considerada a legitimação material contida nos direitos fundamentais, leva ao irrecusável debate acerca do papel da política, ou seja, se a constitucionalização dos direitos fundamentais sociais e econômicos obriga os órgãos políticos à sua execução, dispensando a própria luta política. Por esse debate passa, igualmente, o questionamento a respeito do papel e dos limites do Poder Judiciário para a efetivação dos programas constitucionais quando as instâncias políticas omitirem-se ou falharem a ponto de serem substituídas.

Entre as garantias constitucionais encontra-se o mandado de segurança, na versão conhecida desde a Constituição de 1934, ou seja, o mandado de segurança individual, acrescido da inovação constante do mandado de segurança coletivo, ambos destinados à reparação de lesão ou ameaça de violação ao direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, praticada por ato de autoridade pública.

Os direitos fundamentais dos trabalhadores, cujo núcleo se acha alinhado nos artigos 7º ao 11, da Constituição da República, também estão garantidos pelo mandado de segurança, desde que preenchidos seus pressupostos constitucionais. Esses direitos têm a particularidade de não exigirem do Estado, para sua efetivação, o desembolso de grandes quantias, como ocorre, em geral, com os direitos sociais e vários outros direitos e liberdades individuais. Demandam, sim, obrigações estatais de respeito, proteção e satisfação através de condutas positivas ou negativas que se concentram, basicamente, no dever de assegurar o gozo de tais direitos por outros meios, com a participação de outros obrigados, isto é, os empregadores - responsáveis, a final, pelas obrigações e pelo ônus financeiro do adimplemento dos direitos trabalhistas, observando-se que o poder público suportará tal ônus quando também figurar como empregador, considerada a relação jurídica de trabalho representada pelo contrato de emprego público.

Apesar da singela constatação de que os direitos fundamentais dos trabalhadores encontram garantia no mandado de segurança, na verdade, até a data da promulgação da Emenda Constitucional n. 45/04, na Justiça do Trabalho essa garantia era mencionada como ação apenas na legislação ordinária sobre a competência desse ramo do Poder Judiciário, e

tinha aplicação reduzida, incompatível com a sua grandeza constitucional, por força das limitações impostas pela jurisprudência e doutrina trabalhistas então reinantes. Isso porque o critério definidor da competência daquela Justiça especializada era guiado em razão da pessoa da autoridade coatora. Prestava-se o mandado de segurança na Justiça do Trabalho não para assegurar propriamente, como deveria, os direitos trabalhistas líquidos e certos ameaçados ou violados por ato ilegal ou abusivo de autoridade pública, mas sim meramente como sucedâneo recursal dentro do processo do trabalho utilizado para atacar decisões (judiciais) proferidas pelos juízes do trabalho não recorríveis de imediato, tais como a concessão de medida liminar, a antecipação de tutela jurisdicional e o indeferimento da produção de prova. Outra prática do mandado de segurança consistia da impetração tendo por objeto atos administrativos dos juízes e tribunais trabalhistas.

Mas a Emenda Constitucional n. 45/04 que reformou em parte o Poder Judiciário brasileiro redesenhou no art. 114 da Constituição de 1988 a competência material da Justiça do Trabalho. Nela inseriu as questões oriundas das relações de trabalho e as ações judiciais delas decorrentes ou pertinentes ao exercício de direitos relacionados com o trabalho, a exemplo do direito de greve, da representação sindical, da indenização por dano moral e patrimonial, das penalidades administrativas impostas pela fiscalização trabalhista e da execução das contribuições sociais.

No art. 114, inciso IV, a citada Emenda Constitucional inovou e incluiu, expressamente, ao lado do *habeas corpus* e do *habeas data*, a previsão de competência para julgar mandado de segurança quando o ato ilegal ou abusivo envolver matéria sujeita à jurisdição da Justiça do Trabalho.

Com a mudança do paradigma da competência da Justiça do Trabalho, operada pela Emenda Constitucional n. 45/04, de *ratione personae* para *ratione materiae*, abriu-se a oportunidade para a impetração do mandado de segurança, nessa Justiça especializada, na sua plenitude de garantia expedita, em tramitação prioritária e execução imediata.

A presente dissertação versa, nesse contexto, sobre a proteção constitucional dos direitos fundamentais dos trabalhadores através do mandado de segurança impetrado nos órgãos da Justiça do Trabalho.

A razão da escolha do tema repousa na importância do mandado de segurança, considerado como ação especial e garantia constitucional, para defesa dos direitos

fundamentais dos trabalhadores, bem como na pouca atenção que a doutrina vem lhe dando, apesar das inovações introduzidas na competência da Justiça do Trabalho pela Emenda Constitucional n. 45/04. Espera-se despertar o interesse dos jurisdicionados e operadores do Direito para essa garantia constitucional na referida Justiça, uma vez que no último capítulo são anunciadas possibilidades de sua utilização prática no foro trabalhista.

Tem-se como hipótese que a nova competência da Justiça do Trabalho para processar e julgar mandado de segurança transformou-o em eficiente veículo para proteção dos direitos trabalhistas, notadamente aqueles previstos como fundamentais do trabalhador no texto constitucional, dentro da relação de emprego travada com o poder público, a exemplo do salário mínimo, da não discriminação no emprego, do devido processo legal nas relações de trabalho, da irredutibilidade salarial, do respeito às condições de saúde e segurança no trabalho e da atenção ao direito de sindicalização, entre outros.

No entanto, o Supremo Tribunal Federal, ao apreciar a Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2135/DF, restabeleceu a vigência do texto primitivo do art. 39 da Constituição da República, que obriga a incidência do regime jurídico único para os servidores públicos, e proclamou que a figura do emprego público, ou seja, a formação de relações de trabalho segundo as regras da Consolidação das Leis do Trabalho, pela Administração Pública direta, autárquica e fundacional é incompatível com aquele regime único compulsório, que necessariamente deverá ter a feição de regime administrativo, sujeito à competência da Justiça comum para dirimir os litígios daí decorrentes. Constata-se que esse entendimento, em cotejo com as regras de competência da Justiça do Trabalho previstas no art. 114 da Constituição, esvazia quase toda a competência dessa Justiça nas questões travadas entre os entes públicos e seus servidores, inclusive os mandados de segurança, restando para a Justiça do Trabalho, praticamente, apenas o julgamento dos mandados de segurança envolvendo interesses de empregados das sociedades de economia mista e das empresas públicas, uma vez que expressamente regem-se pelas normas trabalhistas endereçadas às empresas privadas (art. 173, §1º, II, da Constituição) desde que se considerem seus dirigentes como autoridades do Poder Público para fins de mandado de segurança.

A hermenêutica constitucional vem em socorro da análise da garantia do mandado de segurança como via de defesa judicial dos direitos fundamentais dos trabalhadores, cotejando a inovação trazida na competência material para a Justiça do Trabalho pela Emenda Constitucional n. 45/04 com as limitações das questões pertinentes ao regime jurídico único

dos servidores públicos, através de uma releitura do mencionado *writ* na esfera trabalhista, adequando-o à realidade atual das necessidades de pronta prestação jurisdicional e procurando dar-lhe efetiva utilidade, segundo o modelo do Estado do Bem-Estar Social, seguido pela Constituição de 1988, alentado pela denominada Constituição dirigente, rica na previsão de direitos, mas carente de realização efetiva.

Nesse contexto, formula-se o seguinte problema: a previsão constitucional, introduzida pela Emenda n. 45/04, do critério *ratione materiae* para fixar competência da Justiça do Trabalho quanto ao mandado de segurança no âmbito trabalhista aprimorou o sistema de defesa judicial dos direitos fundamentais dos trabalhadores?

Indaga-se ainda como desdobramentos do problema: quais os efeitos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal nesse sistema judicial de proteção dos mencionados direitos, ao negar às pessoas jurídicas de direito público a possibilidade de adoção do regime de pessoal regido pelo contrato de emprego? É viável buscar-se a concretização dos direitos fundamentais dos trabalhadores através do mandado de segurança na Justiça do Trabalho com base na hermenêutica constitucional, tendo em conta a interpretação democrática sob o paradigma do Estado do Bem-Estar Social que inspirou a Constituição de 1988? A opção do reformador do Poder Judiciário no novo art. 114, IV da Constituição da República pelo critério *ratione materiae* para definir a competência da Justiça do Trabalho para processar e julgar mandado de segurança pode contribuir para a concretização dos direitos fundamentais dos trabalhadores? Foi relevante a modificação no principal critério definidor da competência da Justiça do Trabalho relativamente ao mandado de segurança com a substituição do parâmetro *ratione personae* da autoridade impetrada pela natureza da matéria contida no ato impugnado? Esse critério material resgatou a importância do mandado de segurança como garantia constitucional exercitável em prol dos direitos trabalhistas inscritos na própria Constituição como direitos fundamentais?

Esta dissertação se desenvolve em quatro capítulos, além da introdução e da conclusão. No primeiro capítulo são examinados os direitos fundamentais dos trabalhadores na Constituição de 1988 em cotejo com os direitos humanos proclamados nas Convenções da Organização Internacional do Trabalho; segue-se uma classificação em direitos específicos dos trabalhadores, inespecíficos alçados às relações de trabalho e inespecíficos não trabalhistas, finalizando com a análise do problema da realização dos direitos sociais e da validade dos direitos fundamentais trabalhistas nas relações horizontais. O segundo capítulo

trata da interpretação constitucional dos direitos fundamentais trabalhistas, detendo-se no paradigma do Estado do Bem-Estar Social e na Constituição dirigente, em contraste com a crise do constitucionalismo social, e enfatiza a interpretação democrática para a efetivação dos direitos fundamentais. O terceiro capítulo cuida do mandado de segurança individual e coletivo como instrumento judicial de defesa dos direitos fundamentais dos trabalhadores, evidencia o papel dos sindicatos como legitimados ativos para a impetração coletiva, esmiuça a situação dessa garantia constitucional na Justiça do Trabalho antes e depois da Emenda Constitucional n. 45/04, analisa os reflexos negativos da adoção do regime jurídico único para o pessoal da Administração Pública direta, autárquica e fundacional sobre o cabimento do mandado de segurança na Justiça do Trabalho, e destaca o enclausuramento dessa ação na esfera trabalhista à proteção dos empregados das sociedades de economia mista e empresas públicas. No quarto capítulo, à guisa de contribuição teórica da pesquisadora, procura-se demonstrar a importância da eleição do critério *ratione materiae* na Emenda Constitucional n. 45/04 para a competência da Justiça do Trabalho em mandado de segurança, aventando-se, ainda, situações de direitos fundamentais passíveis de defesa nessa Justiça pelos trabalhadores através do mandado de segurança, focalizando, também, a utilidade desse mandado quando seu objeto sejam as penalidades administrativas aplicadas pelos órgãos de fiscalização do trabalho, bem como outros direitos fundamentais reconhecidos aos trabalhadores, mas exigíveis do Estado, e, finalmente, a reivindicação do próprio direito social ao trabalho através do mandado de segurança coletivo.

As traduções dos textos pesquisados, escritos em espanhol, para o português, são de responsabilidade da autora.

1 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS TRABALHADORES NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988

A Constituição da República de 1988 alinha nos arts. 6º a 11, logo em seguida aos direitos e deveres individuais e coletivos, os direitos sociais e os direitos dos trabalhadores como capítulo dos direitos e garantias fundamentais.

Os direitos sociais são direitos coletivos, no sentido de sua titularidade pertencer à coletividade de pessoas, e, não, ao indivíduo isoladamente considerado.

Assim por exemplo, quando se cogita do trabalho como direito social não significa que cada indivíduo tenha direito para si de obter do Estado um emprego ou cargo ou função pública, mas sim, que a coletividade de trabalhadores tem direito de esperar que o Estado adote políticas públicas e medidas econômicas que estimulem a geração de emprego e renda, uma vez que os direitos sociais são exercidos “[...] *através* ou *por meio* do Estado [...]”¹, e “[...] não direitos *contra* o Estado [...]”².

No art. 6º referenciado acham-se os direitos sociais (educação, saúde, alimentação³, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância, e assistência aos desamparados), de titularidade variada, conforme a destinação que lhes é dada pelo próprio texto constitucional, isto é, àqueles que precisarem das prestações focalizadas: às mães, às crianças e aos desamparados, ou, mesmo, a “todos”.⁴

Os direitos alinhados nos arts. 7º a 11, da Constituição, destinam-se, por sua vez, especificamente, aos trabalhadores urbanos e rurais, que são seus titulares, inclusive para reivindicação e fruição individual, considerados os sujeitos obrigados à sua satisfação.

¹ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1996, p. 33.

² KRELL, Andreas Joachim. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha** - Os (des) caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 19.

³ O direito à alimentação foi introduzido na Constituição pela Emenda Constitucional n. 64, de 4 de fevereiro de 2010.

⁴ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. São Paulo: RT, 2007, p. 91.

Esses direitos constituem um elenco mínimo de direitos fundamentais dos trabalhadores, como se depreende do próprio texto do *caput* do art. 7º da Constituição, integrando-se e complementando-se pelos tratados e convenções internacionais adotados pelo Brasil e pelas leis nacionais.

1.1 Os direitos humanos dos trabalhadores nas Convenções da Organização Internacional do Trabalho

A Organização Internacional do Trabalho, desde 1919, no exercício de sua atividade normativa, desempenha importante missão no cenário do direito internacional, notadamente através das Convenções e Recomendações adotadas, as quais são utilizadas de modo especial, como inspiração para o direito interno dos Estados. Essas Convenções incorporam-se ao direito de cada Estado-membro da Organização quando são por eles ratificadas.⁵

Algumas dessas Convenções foram consideradas pela Cúpula Mundial do Desenvolvimento Social, reunida em março de 1995, em Copenhague, “[...] como direitos humanos fundamentais dos trabalhadores [...]”.⁶

- liberdade sindical e proteção aos direitos sindicais (87);
- direito de sindicalização e de negociação coletiva (98);
- abolição do trabalho forçado (29 e 105);
- igualdade de salário para trabalho igual entre homens e mulheres (100);
- não discriminação no emprego ou ocupação (111);
- idade mínima para o trabalho (138);
- e a Convenção sobre as piores formas de trabalho infantil (182).⁷

Excetuada a primeira (n. 87), todas essas Convenções foram ratificadas pelo Brasil e se encontram em vigor no País.⁸

Observe-se que de acordo com o art. 5º, §3º da Constituição com novo texto dado pela Emenda Constitucional n. 45/04, têm força equivalente à emenda constitucional no direito interno os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, desde que aprovados na Câmara dos Deputados e no Senado em dois turnos por três quintos dos votos dos membros de cada Casa. Os instrumentos aprovados antes dessa Emenda, como se deu com as

⁵ SÜSSEKIND, Arnaldo. **Direito constitucional do trabalho**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 65-66.

⁶ Id. Efetividade dos direitos humanos do trabalhador. **Jornal Trabalhista Consulex**, Brasília: Consulex, ano XXV, n. 1211, 03 mar. 2008, p. 18.

⁷ Ibid., 2008, p.18. A Convenção 182 foi acrescida a esse rol por Sússekind.

⁸ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Disponível em: <<http://www.ilo.org/ilolex/spanish/newratframeS.htm>>. Acesso em: 10 set. 2009.

referidas Convenções, segundo o Supremo Tribunal Federal, gozam de *status* normativo supralegal⁹, ou seja, acima das leis ordinárias, mas abaixo das emendas constitucionais.

1.2 Os direitos trabalhistas, como direitos fundamentais, na Constituição da República de 1988

A ideia de direitos humanos teve significado semelhante àquela que se tinha de Direito natural nos Séculos XVII e XVIII considerada

[...] sua função reguladora da legitimidade dos sistemas políticos e dos ordenamentos jurídicos, e pela convicção de muitos seres humanos de que constituem uma garantia para sua dignidade e uma via (a principal) para sua liberdade e sua igualdade, sendo a compreensão adequada dos direitos uma tarefa teórica de grande alcance prático.¹⁰

De acordo com Pérez Luño, tendo-se em conta uma definição em termos explicativos claros e contextualizados na teoria jurídica e política contemporânea, direitos humanos podem ser entendidos como o “[...] conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, concretizam as exigências da dignidade, da liberdade e da igualdade humanas, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos nos planos nacional e internacional [...]”.¹¹

Didaticamente, os direitos humanos têm sido classificados em “gerações” ou “dimensões”, consideradas as necessidades reivindicadas pela sociedade em determinadas épocas da história. Na primeira geração identificam-se, então, os direitos individuais de liberdade, costumeiramente apontados como aqueles que demandam prestações negativas ou um não agir estatal. Na segunda geração aparecem os direitos sociais, econômicos e culturais, que reclamam prestações positivas do Estado.¹² Na terceira geração encontram-se os direitos de solidariedade, tais como o de viver em um meio ambiente adequado e os direitos do consumidor. Desponta-se ainda, uma quarta geração provocada pelas pesquisas biológicas.¹³

⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Proc. Recurso Extraordinário n. 349.703-RS, Pleno, relator Min. Carlos Ayres Britto, julgado em 03 dez. 2008. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 05 jun. 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28349703.NUME.%20OU%20349703.ACMS.%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 10 set. 2009.

¹⁰ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. **Lecciones de derechos fundamentales**. Con la colaboración de Rafael de Asís Roig y María del Carmen Barranco Avilés. Madri: Dykinson, 2004, p. 19.

¹¹ PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. **Derechos humanos, Estado de derecho y constitución**. 5. ed. Madri: Tecnos, 1995, p. 48.

¹² No item 1.2.2 adiante as demandas dos direitos fundamentais por prestações positivas e negativas serão examinadas detidamente.

¹³ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1996, p. 5-6.

Quanto ao sentido da expressão direitos fundamentais, surgida na França por volta de 1770, há divergência na doutrina.¹⁴ De modo sintético, tem-se que, para os que nela enxergam somente o caráter jurídico-positivo, significa “[...] aqueles direitos humanos positivados nas constituições estatais [...]”¹⁵ Para outros, inspirados pela doutrina alemã representada por Häberle, corresponde “[...] ao sistema de relações entre o indivíduo e o Estado, enquanto fundamento de toda a ordem jurídico-política [...]”¹⁶ Reconhecendo na expressão um sentido ambivalente, não meramente restrito à positividade ou à naturalidade, e mais adequado à sua dimensão, identifica-se a posição de Peces-Barba.¹⁷

Há uma tendência de ordem prática, igualando as expressões em conteúdo, que aponta a utilização de direitos fundamentais “[...] para designar os direitos humanos positivados em nível interno, enquanto a fórmula direitos humanos é a mais usual no plano das declarações e convenções internacionais”¹⁸ Segue-se essa praxe na presente dissertação, mormente para não destoar da denominação adotada no Título II da Constituição de 1988.

Os primeiros direitos sociais, notadamente “[...] a seguridade social, o direito do trabalho, os direitos sindicais, o direito a uma vida sã e ao repouso e as garantias econômicas para as classes trabalhadoras [...]”¹⁹, surgiram nas constituições ao lado dos direitos individuais, ganhando relevo no antiliberalismo verificado no Século XX. As Constituições do México de 1917 e da República Alemã (1919) foram pioneiras ao contemplar os direitos sociais. Mas não se pode esquecer que a Declaração de Filadélfia, aprovada pela Conferência da Organização Internacional do Trabalho em 1944, e a Declaração Universal dos Direitos Humanos “[...] adotada pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948 constituem as duas mais importantes fontes dos direitos sociais consagrados pelas constituições contemporâneas.”²⁰ No Brasil, essa onda de constitucionalização chegou com a Carta de 1934.²¹

¹⁴ PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique, **Derechos humanos, Estado de derecho y constitución**. 5. ed. Madrid: Tecnos, 1995, p. 30-31.

¹⁵ Ibid., 1995, p. 31.

¹⁶ Ibid., 1995, p. 30-31.

¹⁷ Ibid., 1995, p. 31 e PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. **Lecciones de derechos fundamentales**. Con la colaboración de Rafael de Asís Roig y María del Carmen Barranco Avilés. Madrid: Dykinson, 2004, p. 27-29.

¹⁸ Ibid., 1995, p. 31.

¹⁹ SÜSSEKIND, Arnaldo. **Direito constitucional do trabalho**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 13.

²⁰ Ibid., 1999, p. 14.

²¹ KRELL, Andreas Joachim. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha - Os (des) caminhos de um direito constitucional “comparado”**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 19.

Diferentemente das constituições anteriores que traziam timidamente os direitos sociais e, dentro deles, o direito ao trabalho como tema atrelado à ordem econômica e social, a Constituição da República de 1988 inovou ao proclamar entre os direitos e garantias fundamentais extenso rol de direitos sociais (art. 6º) e trabalhistas individuais e coletivos (arts. 7º a 11). Essa opção constitucional induz a que se dispensem no Brasil questionamentos acerca da natureza dos direitos sociais e trabalhistas como direitos fundamentais, constatando-se ainda, a garantia de sua aplicação imediata conforme art. 5º, §1º, dessa Constituição, ressalvados os casos nela previstos e confiados à regulamentação como o ainda hoje pendente direito ao adicional de atividade penosa contido no art. 7º, XXIII.

1.2.1 Direitos fundamentais dos trabalhadores

Deve ser salientado no contexto dos direitos sociais que os direitos alinhados no art. 6º da Constituição não se confundem com os direitos dos trabalhadores previstos nos arts. 7º a 11, também da Constituição de 1988. É que “[...] estes últimos dizem respeito somente àqueles que mantêm um vínculo de emprego [...]”,²² isto é, o empregado – “[...] aquele que vende o seu trabalho a outrem, sob uma condição de subordinação [...]”,²³ não alcançando trabalhadores outros, como os autônomos, exceto os servidores ocupantes de cargos públicos, a quem são estendidos vários desses direitos trabalhistas, conforme art. 39, §3º, da mesma Constituição.

Tais direitos não se acham bem sistematizados na Constituição e abrangem também algumas liberdades públicas fundamentais, a exemplo da “[...] liberdade de escolha de emprego; a estabilidade empregatícia; a liberdade sindical e o direito de greve [...]”²⁴, e, ainda, normas que estavam ou deveriam estar na legislação infraconstitucional,²⁵ além de direitos de resistência relacionados com as associações profissionais e sindicais, direitos sociais de cunho político, tal como o previsto no art. 10 da Constituição, bem como proibições, tipo a vedação ao trabalho de crianças e adolescentes (art. 7º, XXXIII).²⁶

²² BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed. atualizada. São Paulo: Saraiva, 2001. 2 v., p. 425-426.

²³ Ibid., 2001, p. 432.

²⁴ Ibid., 2001, p. 426.

²⁵ Ibid., 2001, p. 426.

²⁶ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. São Paulo: RT, 2007, p. 93-94.

Interessante classificação dos direitos fundamentais com repercussão nas relações laborais é feita por Rodríguez Mancini,²⁷ à luz das disposições da Constituição argentina e das normas que compõem o bloco de constitucionalidade daquele sistema jurídico.

A distinção, que compreende os *derechos fundamentales específicos laborizados*, *derechos fundamentales inespecíficos laborizados* e *derechos fundamentales inespecíficos no laborizados*, tem relevância, segundo o referido autor, para que se estabeleça o âmbito das relações jurídicas em que atuam os direitos fundamentais e, assim, possa ser simplificada a questão do descumprimento ou da violação desses direitos.²⁸

A ideia geral dessa classificação, pelas semelhanças existentes com o ordenamento brasileiro, merece ser apreciada em cotejo com a Constituição de 1988, uma vez que também nesta última são identificados direitos fundamentais específicos das relações individuais de trabalho, direitos fundamentais inespecíficos alçados às relações de trabalho, e direitos fundamentais inespecíficos não trabalhistas, que interessam, porém, a essas relações, notadamente quando se consideram as consequências pelo seu inadimplemento.

1.2.1.1 Específicos

Denominam-se direitos fundamentais específicos das relações de trabalho aqueles que incidem diretamente sobre os sujeitos da relação de trabalho.

No caso de descumprimento desses direitos, as consequências – seja a obtenção da prestação ou a reparação de eventual dano – são aquelas estabelecidas na própria legislação trabalhista.

No Brasil, tais direitos decorrem do fenômeno da constitucionalização do direito do trabalho, que trouxe para o texto constitucional de 1988 disposições previstas nas leis ordinárias e nos documentos internacionais, principalmente da Organização Internacional do Trabalho, ou que poderiam permanecer na legislação infraconstitucional – sem, obviamente, nesse caso, gozarem da supremacia que distingue os direitos fundamentais.

²⁷ RODRÍGUEZ MANCINI, Jorge. **Derechos fundamentales y relaciones laborales**. Buenos Aires: Astrea, 2004, p. 145-192.

²⁸ *Ibid.*, 2004, p. 193.

São encontrados nessa categoria, por força do art. 7º da Constituição, que os considera direitos fundamentais “[...] dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social”:

- Proteção contra despedida arbitrária²⁹ que, conforme esse art. 7º, I, II, III e XXI da Constituição, abrange a proteção da relação de emprego contra despedida arbitrária ou sem justa causa, o seguro desemprego, o fundo de garantia do tempo de serviço e o aviso prévio de no mínimo trinta dias;

- Proteção ao salário³⁰ representada nos termos dos itens IV, V, VI, VII, VIII, IX e X do art. 7º referenciado, pelo salário mínimo; pelo piso salarial; pela irredutibilidade salarial, ressalvada disposição de acordo ou convenção coletiva de trabalho; pela garantia de salário, nunca inferior ao mínimo, para os que percebem remuneração variável; pelo décimo terceiro salário inclusive para aposentados; pela remuneração do trabalho noturno superior à do diurno; e pela proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa;

- Participação nos lucros e na gestão da empresa³¹ conforme art. 7º, XI;

- Duração do trabalho³² com garantias relativas à jornada normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos e remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em cinquenta por cento à do normal nos termos dos itens XIII, XIV, XV e XVI desse art. 7º;

- Férias anuais remuneradas³³ com acréscimo salarial mínimo de um terço, de conformidade com o mesmo art. 7º, XVII;

- Saúde e segurança no trabalho,³⁴ consoante art. 7º, itens XXII, XXIII e XXVIII, da Constituição que contemplam direito à redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança; adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei, e seguro contra acidentes de trabalho, por conta do empregador, mais a indenização a que este está obrigado quando agir com dolo ou culpa;

²⁹ SÜSSEKIND, Arnaldo. **Direito constitucional do trabalho**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 101-135.

³⁰ Ibid., 1999, p. 137-163.

³¹ Ibid., 1999, p. 165-193.

³² Ibid., 1999, p. 195-217.

³³ Ibid., 1999, p. 219-225.

³⁴ Ibid., 1999, p. 227-238.

- Não discriminação no trabalho³⁵ mediante a proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil; proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência; proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos; e garantia de igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso, conforme art. 7º, XXX, XXXI, XXXII e XXXIV;

- Proteção à maternidade e à paternidade³⁶ na forma do art. 7º, itens XII, XVIII, XIX e XXV com salário família, licença à gestante sem prejuízo do emprego e do salário, licença-paternidade e assistência gratuita aos filhos e dependentes desde o nascimento até cinco anos de idade em creches e pré-escolas, e a proibição de dispensa da empregada gestante desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto (art. 10, II, “b”, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias - ADCT);

- Proteção do mercado de trabalho da mulher³⁷ de acordo com o art. 7º, XX;

- Proibição de trabalho à criança e proteção ao trabalho do adolescente³⁸ através da proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito anos de idade, e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz a partir de quatorze anos de idade (art. 7º, XXXIII);

- Proteção do trabalhador em face da automação³⁹ (art. 7º, XXVII);

- Direito de ação quanto aos créditos trabalhistas⁴⁰ na forma do art. 7º, XXIX;

- Direito à aposentadoria (art. 7º, XXIV);

- Direito à negociação coletiva de trabalho (direito coletivo) através do reconhecimento dos respectivos instrumentos conforme art. 7º, XXVI;

³⁵ Ibid., 1999, p. 239-247.

³⁶ Ibid., 1999, p. 249-255.

³⁷ Ibid., 1999, p. 257-264.

³⁸ Ibid., 1999, p. 265-275.

³⁹ Ibid., 1999, p. 277-284.

⁴⁰ Ibid., 1999, p. 285-299.

- Direito de não ser submetido a trabalho forçado ou em condições análogas à escravidão (Convenções da Organização Internacional do Trabalho n.ºs 29 e 109 ratificadas pelo Brasil e dotadas de caráter supralegal).

E também nos termos dos arts. 8º, itens I a VIII da Constituição, extensível à organização de sindicatos rurais e de colônias de pescadores, atendidas as condições estabelecidas em lei: liberdade de associação profissional ou sindical (para trabalhadores e patrões), direito de ser defendido pelo sindicato profissional ou patronal, reconhecimento de recursos financeiros para o sistema sindical, liberdade de filiação sindical para trabalhadores e patrões, indispensabilidade da participação dos sindicatos nas negociações coletivas, direito de sindicalização e participação do trabalhador aposentado, além de estabilidade do empregado dirigente sindical.

Esse rol de direitos específicos das relações de trabalho é complementado no plano constitucional pelos seguintes direitos constitucionais:

- Direito de greve (art. 9º, §§1º e 2º);
- Direito de representação paritária nos colegiados dos órgãos públicos do interesse de trabalhadores e empregadores (art. 10); e
- Direito de representação do pessoal para entendimento com a empresa em assuntos não reservados aos sindicatos (art. 11).

1.2.1.2 Inespecíficos alçados às relações de trabalho

Entre os *derechos fundamentales inespecíficos laborizados* podem ser abrigados os direitos fundamentais que, nada obstante sejam comuns a todas as pessoas - não específicos, portanto, das relações de trabalho - passaram a integrar os direitos referentes a essas relações, destacando-se pela possibilidade de invocação por parte dos sujeitos nelas envolvidos individual ou coletivamente.⁴¹

São direitos assimilados pelas relações laborais que no caso de descumprimento podem ser resolvidos ou restaurados mediante a aplicação e interpretação das próprias normas que regem as relações de trabalho, recorrendo-se ou não ao direito comum supletivamente.

⁴¹ RODRÍGUEZ MANCINI, Jorge. **Derechos fundamentales y relaciones laborales**. Buenos Aires: Astrea, 2004, p. 156.

Decorrem do reconhecimento de que determinados direitos fundamentais, endereçados a todas as pessoas, precisam “[...] ser expressamente proclamados para os trabalhadores e empregadores [...]”, de sorte a “[...] aderir ao repertório de direitos e deveres que regulam essa relação laboral”.⁴²

Exemplos desses direitos encontram-se nos seguintes dispositivos da Constituição de 1988: direito à igualdade (art. 5º, I), cujos corolários repousam no art. 7º, XXX, XXXI, XXXII e XXXIV, direito de inclusão e manutenção no trabalho à pessoa com deficiência (art. 27 da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, aprovada, em nível de Emenda Constitucional, pelo Decreto Legislativo n. 186, de 2008), direito ao meio ambiente de trabalho adequado e à saúde no trabalho (arts. 225 e 200, II e VIII) e direito de ser admitido mediante concurso público e ser contratado segundo a ordem de classificação pela Administração Pública (art. 37, II).

1.2.1.3 Inespecíficos não trabalhistas

Derechos fundamentales inespecíficos no laborizados são os que correspondem a todas as pessoas, inclusive empregadores e trabalhadores, mas que, apesar de não arrolados entre os direitos trabalhistas pela legislação, e nada obstante sua generalidade e amplitude,

[...] podem ser invocados desde fora das relações laborais, quer dizer, em um plano geral de aplicação das normas constitucionais e legais com relação a sujeitos que não são partes naquelas, mas que em sua conduta ultrapassaram seus limites, transportando – portanto – os marcos das regulações próprias e incursionando no campo, como se disse, das relações jurídicas possíveis entre os habitantes [...].⁴³

Quando da projeção desses direitos fundamentais gerais nas relações de trabalho, as sanções aplicáveis ao infrator das respectivas normas devem ser procuradas não nas leis destinadas à regência das relações laborais mas sim dentro do respectivo sistema legal,

[...] especialmente se se trata de uma consequência ligada à dissolução do contrato, caso em que não se poderá pensar em outro efeito, diferente daquele legislado para a relação laboral, consistente na reparação-indenização tarifada e, eventualmente, a que resulte da aplicação de normas civis sob as condições estabelecidas pela jurisprudência.⁴⁴

Caberá então aos intérpretes, especialmente ao juiz, dizer quais são os direitos fundamentais pertencentes a todos e também titulados por trabalhadores e empregadores, e

⁴² Ibid., 2004, p. 202.

⁴³ Ibid., 2004, p. 172.

⁴⁴ Ibid., 2004, p. 221.

ainda no caso de violação, compatibilizar a sanção pertinente, efetuando modulações e valendo-se dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.⁴⁵

Apesar disso, é possível alinhar, com base na Constituição, alguns desses direitos (liberdades e garantias) fundamentais inespecíficos não trabalhistas: liberdade de manifestação de pensamento (art. 5º, IV), liberdade de consciência e crença (art. 5º, VI e VIII), direito à intimidade, vida privada, honra e imagem (art. 5º, X), inviolabilidade do sigilo de correspondência e comunicações (art. 5º, XII), direito de reunião (art. 5º, XVI), direito à propriedade intelectual (art. 5º, XXIX), direito ao trabalho (art. 6º), liberdade de exercício de trabalho, ofício ou profissão (art. 5º, XIII), direito de petição e de certidões (art. 5º, XXXIV), inafastabilidade do controle judicial (art. 5º, XXXV), direito de repressão à discriminação e ao racismo (art. 5º, XLI e XLII), direito ao devido processo legal, com ampla defesa (art. 5º, LIII, LIV, LV e LVI), exclusão de prisão civil por dívida (art. 5º, LXVII), *habeas corpus* (arts. 5º, LXVIII e 114, IV), mandado de segurança (art. 5º, LXIX e LXX, e 114, IV), mandado de injunção (art. 5º, LXXI), *habeas data* (arts. 5º, LXXII e 114, IV), direito à assistência jurídica gratuita aos necessitados (arts. 5º, LXXIV, e 134), direito à razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII), direito à educação e formação para o trabalho (arts. 6º e 214, IV), direito à previdência social (arts. 6º, 201 e 202), direito à profissionalização e integração, no trabalho, à criança e ao adolescente, inclusive com deficiência (art. 227), liberdade de ir e vir e fixar o lugar de residência (art. 5º, XV), liberdade para formar a família (art. 226) e liberdade de contratação (art. 5º, II).

1.2.2 O problema da realização dos direitos sociais e os direitos fundamentais trabalhistas nas relações privadas

Muito conhecida é a advertência feita por Bobbio no sentido de “[...] que o problema grave de nosso tempo, com relação aos direitos do homem, não era mais o de fundamentá-los, e sim o de protegê-los.”⁴⁶ No que se refere aos direitos sociais, pesa contra eles, lançado pelos reacionários, não o argumento de que lhes falta fundamento mas sim o de que são de impossível exequibilidade, surgindo daí, oposições e reservas⁴⁷ à sua implementação.

Diferentemente “[...] dos direitos individuais tradicionais que consistem em liberdades [...]” e “[...] exigem da parte dos outros (incluídos aqui os órgãos públicos) obrigações

⁴⁵ Ibid., 2004, p. 217-218.

⁴⁶ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1996, p. 25.

⁴⁷ Ibid., 1996, p. 24.

puramente negativas, que implicam a abstenção de determinados comportamentos [...]”, os “[...] direitos sociais, que consistem em poderes [...]”, “[...] só podem ser realizados se for imposto a outros (também considerados os órgãos públicos) um certo número de obrigações positivas [...]”.⁴⁸ Sem fugir dessa linha de pensamento, Martínez de Pisón ressalta que os direitos sociais impelem o Estado a uma atuação decidida, de modo que tais direitos diferenciam-se dos outros por seu caráter marcadamente prestacional, tratando-se portanto de “[...] direitos diferentes, em última instância, com uma concepção diferente da liberdade [...]”, levando à conclusão de que se tem, sob o ângulo dos direitos sociais, uma “[...] liberdade real que exige a remoção de obstáculos econômicos e sociais para o seu exercício [...]”, enquanto nos direitos individuais compreende-se “[...] a liberdade como a ausência de coação que garante um âmbito de autonomia [...]”.⁴⁹

No entanto, os direitos sociais não se resumem a “[...] meras reclamações ou exigências que se podem conceder ou não por razões políticas [...]”.⁵⁰ Não constituem simples pretensões como lucidamente passaram a proclamar, a partir dos anos oitenta do Século XX, as Nações Unidas. É que não podem existir liberdades individuais nem o exercício adequado dos direitos civis e políticos sem a realização dos direitos sociais, de sorte que são direitos fundamentais com o mesmo nível hierárquico tanto os direitos individuais como os direitos sociais, culturais e econômicos.⁵¹ Consequentemente, os direitos sociais, como direitos humanos, fundamentam-se “[...] na existência de necessidades básicas, objetivas, universais e contingentes, das quais derivam o compromisso moral de sua satisfação [...]” em todos os aspectos “[...] com o objetivo de evitar pobreza e miséria, privações e danos físicos e psíquicos nas pessoas [...]”.⁵² Em suma, nenhuma autonomia, seja perante o Estado ou na órbita privada,

[...] pode ser efetivamente exercida sem que estejam asseguradas para todos certas condições materiais básicas ligadas à alimentação, educação, etc. Estes pressupostos materiais fundamentais para a liberdade podem ser chamados de ‘mínimo existencial’, e a necessidade da sua garantia é reconhecida, de forma quase consensual pelo pensamento jurídico, político e filosófico contemporâneo.⁵³

⁴⁸ Ibid., 1996, p. 21.

⁴⁹ MARTÍNEZ DE PISÓN, José. **Tolerancia y derechos fundamentales en las sociedades multiculturales**. Madrid: Tecnos, 2001, p. 181-182.

⁵⁰ Ibid., 2001, p. 183.

⁵¹ Ibid., 2001, p. 184-186.

⁵² Ibid., 2001, p. 207.

⁵³ SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 325-326.

E não se pode recusar aos direitos sociais a eficácia e a natureza de direito humano com apoio no argumento da dificuldade de sua implementação decorrente dos volumosos recursos financeiros necessários ao atendimento das prestações positivas, pois, como salienta Krell, “a negação de qualquer tipo de obrigação a ser cumprida na base dos Direitos Fundamentais Sociais tem como consequência a renúncia de reconhecê-los como verdadeiros direitos”.⁵⁴

Não se pode esquecer que, segundo Bidart Campos,⁵⁵ cabe ao Estado - via de regra sujeito passivo das obrigações correspondentes aos direitos sociais, a exemplo do direito ao trabalho, ao alimento, à moradia, à educação e à saúde – o atendimento das denominadas obrigações “ativamente universais” (porque existem frente a todos, e não a cada um, ou seja, referem-se a direitos coletivos), e, para tanto, adotar medidas pertinentes a

realizar, desenvolver, executar políticas de bem-estar no vasto campo das necessidades primárias dos homens que estejam em situação de hipossuficiência, de marginalidade, de carência. Políticas de emprego, políticas alimentárias, políticas habitacionais, políticas de educação e saúde, etc.⁵⁶

Para bem compreender o problema da exigibilidade dos direitos sociais, no entanto, é preciso examinar sua estrutura.

Não basta repetir antigas ideias repisadas que afirmam, de um lado, que direitos civis e políticos demandam, apenas, prestações negativas, enquanto os direitos econômicos, sociais e culturais só exigem prestações positivas do Estado. É que “[...] tanto os direitos civis e políticos, como os econômicos, sociais e culturais, constituem um complexo de obrigações positivas e negativas [...]”.⁵⁷

Com efeito, “[...] existem níveis de obrigações estatais que são comuns a ambas as categorias de direitos [...],” de modo que, em algumas situações, “[...] a mesma conduta estatal pode satisfazer tanto um direito civil como um direito social”.⁵⁸

A partir de proposições de G. H. J. van Hoof e Absjörn Eide - e porque foi adotado pelo Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, das Nações Unidas - Abramovich e Courtis apresentam um esquema de três “níveis” de obrigações do Estado, com aplicação a

⁵⁴ KRELL, Andreas Joachim. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha - Os (des) caminhos de um direito constitucional “comparado”**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 23.

⁵⁵ BIDART CAMPOS, Germán J. **La interpretación del sistema de derechos humanos**. Buenos Aires: Ediar, 1994, p. 50.

⁵⁶ Ibid., 1994, p. 50.

⁵⁷ ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. **Los derechos sociales como derechos exigibles**. 2. ed. Madrid: Trotta, 2004, p. 32.

⁵⁸ Ibid., 2004, p. 30.

todas as categorias de direitos fundamentais que serve para caracterizar os direitos econômicos, sociais e culturais como direitos exigíveis, e também para enfraquecer a distinção reinante entre estes e os direitos civis e políticos.

Esses níveis consistem em obrigações de “respeito”, obrigações de “proteção” e obrigações de “satisfação”.⁵⁹

Nesse contexto, “[...] as obrigações de respeitar se definem pelo dever do Estado de não efetuar ingerências, obstaculizar ou impedir o acesso ao gozo dos bens que constituem o objeto do direito. As obrigações de proteger consistem em impedir que terceiros interfiram, obstaculizem ou impeçam o acesso a esses bens”.⁶⁰

As obrigações de “satisfação”, por seu turno, englobam obrigações de garantir “[...] que pressupõem assegurar que o titular do direito tenha acesso ao bem quando não puder fazê-lo por si mesmo [...]”, e obrigações de promover, as quais “[...] se caracterizam pelo dever de criar condições para que os titulares do direito tenham acesso ao bem”.⁶¹

Dito isso e focalizado o rol de direitos fundamentais dos trabalhadores, notadamente os específicos trabalhistas, observa-se que o seu respeito, proteção e satisfação dependem tanto de condutas negativas como positivas do Estado. No primeiro caso, como exemplo pode-se citar o não impedimento a alguém de filiar-se a um sindicato, e a não intervenção na organização sindical ou no exercício do direito de greve. As condutas positivas nem sempre se satisfazem com o desembolso de recursos, podendo concretizar-se mediante a prestação de serviços, seja em uma relação direta com o favorecido da prestação, seja assegurando o seu gozo por outros meios com a participação de outros obrigados⁶² como é o caso dos empregadores a quem se destina o ônus financeiro de quase todos os direitos alinhados nos arts. 7º a 11 da Constituição de 1988 e que são suportados pelo Estado somente quando figurar como empregador tal qual o particular.

O exercício dos direitos fundamentais trabalhistas previstos no art. 7º, itens I, II, III, IV, V, VIII, IX, X, XI, XII, XIX, XX, XXI, XXII, XXIII, XXIV e XXVII, no art. 8º, itens IV (parte final), VIII (parte final), parágrafo único, e nos parágrafos 1º e 2º, do art. 9º, da Constituição, tem a particularidade de demandar do Estado o estabelecimento de alguma

⁵⁹ Ibid., 2004, p. 31.

⁶⁰ Ibid., 2004, p. 29.

⁶¹ Ibid., 2004, p. 29.

⁶² Ibid., 2004, p. 32-33.

regulamentação – obrigação positiva que não pede a transferência de recursos financeiros diretamente para os favorecidos mas sim a expedição de normas, o que na realidade é uma tarefa estatal para a qual são despendidos somente os recursos ordinários necessários à atividade legislativa.

A prestação positiva normativa estatal pode consistir na formulação de normas permissivas ou facultativas, tal como a norma que disciplina a criação de uma entidade sindical, e em outros casos, de normas que viabilizem o gozo dos benefícios instituídos na Constituição, estabelecendo-lhe consequências jurídicas, a exemplo da estabilidade do dirigente sindical. Tais normas podem também estabelecer limites ou restrições às “[...] facultades das pessoas privadas ou lhes impor obrigações de algum tipo [...]” como ocorre com “[...] grande parte das regulações vinculadas com os direitos laborais e sindicais [...]”.⁶³

Assim, o estabelecimento de um salário mínimo, o princípio que estabelece a igualdade de remuneração ante a igualdade de tarefas, a obrigatoriedade dos descansos, da jornada de trabalho limitada e de férias remuneradas, a proteção contra a despedida arbitrária, as garantias dos dirigentes sindicais para cumprimento de seus mandatos, etc., teriam pouco sentido se fossem exigíveis somente do Estado quando este atua como empregador. Nas economias de mercado, o conteúdo dessas obrigações estatais é o de *estabelecer uma regulação que se estenda aos empregadores privados*.⁶⁴

Nesse rol de obrigações positivas, podem ser mencionadas também as que se revestem do oferecimento de serviços de natureza múltipla à população, tais como o funcionamento dos órgãos jurisdicionais para assegurar o acesso à justiça, a oferta de defensores públicos para viabilizar o direito de defesa, e a organização da previdência social, entre outros. Em resumo:

Como se pode ver, o complexo de obrigações que pode abranger um direito é muito variado. Os direitos econômicos, sociais e culturais se caracterizam justamente por envolver um espectro amplo de obrigações estatais. Consequentemente, é falso que as possibilidades de *justiciabilidade* destes direitos sejam escassas: cada tipo de obrigação oferece um leque de ações possíveis [...] não existe impedimento teórico para considerar que estes direitos são diretamente exigíveis por via judicial, seja através de ação individual, seja de ação coletiva.⁶⁵

Nesse contexto, considerados os direitos sociais, as obrigações de respeitar, proteger e satisfazer - negativas ou positivas - imputadas ao Estado, no caso de inadimplemento dele podem ser diretamente cobradas.

⁶³ Ibid., 2004, p. 34-35.

⁶⁴ Ibid., 2004, p. 34-35. (Grifo original).

⁶⁵ Ibid., 2004, p. 36 e 132-133.

Ditas obrigações endereçadas aos particulares, notadamente os empregadores, relativamente aos direitos fundamentais dos trabalhadores, deles, no caso de não cumprimento, também podem ser exigidas.

Tanto o Estado como os particulares – os empregadores em geral – conforme a quem se destinem as obrigações decorrentes dos direitos fundamentais dos trabalhadores, estão obrigados, assim, a satisfazê-las.

O “fenômeno do poder privado” como observa Bilbao Ubillos⁶⁶ foi superado pela quebra do paradigma liberal que presumia a igualdade entre as partes envolvidas nas relações privadas, e se evidencia “[...] naquelas situações caracterizadas ‘por uma disparidade substancial entre as partes’ [...]”, de sorte que uma delas, em consequência de sua situação econômica ou social, coloca-se em “posição dominante” em relação à outra parte mais fraca, condicionando a sua decisão. Ocorre nesse caso o exercício de verdadeiro poder privado semelhante ao exercício do poder público.⁶⁷

Nessa linha de raciocínio, são cabíveis aqui algumas considerações sobre a incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas, tema que no Brasil é pacífico apesar de a Constituição de 1988 não ser expressa no sentido dessa aplicação ou eficácia dos direitos fundamentais na ordem jurídica privada graças à adesão por parte de quase todos os doutrinadores nacionais à “tese da eficácia ou aplicabilidade directa”.⁶⁸

Dentre as quatro correntes desenvolvidas em torno do assunto (uma que recusa eficácia, outra que admite eficácia mediata ou indireta, a terceira denominada deveres de proteção, e a última que aceita a eficácia direta e imediata), a primeira não é aceitável e já foi superada, e as demais

[...] convergem na idéia de que o papel do legislador é fundamental: a ele cabe, em primeira instância, conformar a convivência entre as esferas de autonomia e liberdade dos cidadãos, ponderando o interesse na realização dos valores de liberdade com as exigências da autonomia privada no plano de relações formalmente paritárias e consideradas como relações entre iguais que livremente se autodeterminam [...]; convergem igualmente quanto à aceitação das modalidades menos contundentes de eficácia dos direitos fundamentais (realização através de lei ordinária, interpretação conforme à Constituição e densificação jusfundamentalmente orientada das cláusulas

⁶⁶ BILBAO UBILLOS, Juan María. **La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares** – Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Madrid: Boletín Oficial del Estado – Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, p. 241.

⁶⁷ Ibid., 1997, p. 245.

⁶⁸ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 69-70.

gerais). Convergem, ainda, igualmente, na idéia de que cabe ao juiz, designadamente ao constitucional, verificar, à luz dos parâmetros da Constituição, se aquela composição feita pelo legislador é constitucionalmente aceitável.⁶⁹

Segundo a teoria da eficácia mediata ou indireta, “[...] cabe sobretudo ao legislador a tarefa de estender os direitos fundamentais para as relações privadas [...]”⁷⁰, e aos juízes, em determinados casos, quando autorizados a aplicar aos litígios entre particulares os direitos fundamentais, principalmente nos casos em que se defrontarem com “[...] cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados [...]”.⁷¹

A denominada teoria dos deveres de proteção, conforme uma parte da doutrina alemã, teria absorvido “[...] a questão da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas [...]”, pois “[...] deriva tão-somente da obrigação do Estado de proteger as pessoas de lesões e ameaças aos seus direitos provenientes de outros atores privados [...]”.⁷²

Para a teoria da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais em relação a terceiros – que interessa no caso do Brasil, notadamente quando se cogita de direitos sociais dos trabalhadores – dirigem-se os direitos fundamentais

[...] não apenas contra o Estado, mas também contra os (em cada caso, outros) sujeitos de direito privado. Os direitos fundamentais não carecem, assim, de qualquer transformação para o sistema de regras de direito privado, antes conduzindo, *sem mais*, as proibições de intervenção no tráfico jurídico-privado e a direitos de defesa em face de outros sujeitos de direito privado.⁷³

Então, “[...] alguns direitos fundamentais vinculam os particulares diretamente, independentemente da mediação do legislador ordinário”.⁷⁴ Não há necessidade, para sua concretização, diante das violações produzidas pelos particulares, de mediações concretizadoras.

Observe-se, no entanto, que Claus-Wilhelm Canaris, ao examinar os destinatários dos direitos fundamentais - se apenas o Estado ou também os particulares, focalizado o direito germânico – rejeita a tese da eficácia imediata em relação a terceiros, considerada a condução ao que o autor denomina “consequências dogmáticas insustentáveis”, representadas pela transposição de institutos de direito privado, tais como os contratos e a responsabilidade civil

⁶⁹ Ibid., 2006, p. 74-75.

⁷⁰ SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 327.

⁷¹ Ibid., 2006, p. 327.

⁷² Ibid., 2006, p. 327.

⁷³ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Reimpressão da edição de julho de 2003. Coimbra: Almedina, 2006, p. 53.

⁷⁴ SARMENTO, Daniel, op. cit., 2006, p. 327.

para o direito constitucional de modo que o descumprimento a uma singela obrigação de natureza cível passaria a constituir ofensa a direito fundamental.⁷⁵ Mas ao analisar a função dos direitos fundamentais como proibições de intervenção e imperativos de tutela para efeito de controle desses direitos nos atos estatais e dos sujeitos de direito privado, Canaris reafirma que “[...] apenas o Estado é destinatário dos direitos fundamentais, já que é também *sobre ele* que recai a obrigação de os proteger [...]”,⁷⁶ seguindo-se em razão disso que

[...] outros cidadãos são também atingidos e os direitos fundamentais produzem também – de certa forma por uma via indirecta – efeitos em relação a eles: justamente porque também no campo jurídico-privado o Estado, ou a ordem jurídica, estão, em princípio, vinculados a proteger um cidadão perante o outro.⁷⁷

Peces-Barba Martínez analisando o sistema jurídico espanhol e atento à influência da Escola de Direito Público alemã responsável pela organização jurídica dos direitos fundamentais como direitos subjetivos observa que se vem falando da *Drittwirkung der Grundrechte*, ou seja, da eficácia dos direitos fundamentais perante terceiros, advertindo no entanto, que não se está diante de um problema de eficácia mas sim de validade:

[...] se trata com efeito do âmbito de validade pessoal dos direitos, dos titulares dos mesmos e da validade material, quer dizer, das relações jurídicas às quais se aplicam. Não se deve falar tanto de eficácia frente a terceiros, o que não é correto, mas sim de âmbito de validade dos direitos fundamentais estendido a todas as relações jurídicas. A confusão se produziu porque se identificou um problema de validade, extensão dos direitos ao conjunto do Ordenamento frente à tese de que não são aplicáveis no âmbito do Direito privado, com um problema de eficácia, de carácter processual, como é a utilização do recurso de amparo para proteger os direitos fundamentais nas relações entre particulares, vinculado, por sua vez, a outro carácter prévio e mais geral sobre a idoneidade de um recurso perante o Tribunal constitucional para garantir os direitos fundamentais. Neste caso se podem distinguir claramente os dois temas, validade e eficácia, e uma posição realista que os identifique é pouco conveniente.⁷⁸

O principal argumento doutrinário de sustentação da validade das normas de direitos fundamentais perante as relações entre particulares reside no reconhecimento de que não é apenas o poder público o agressor desses direitos, mas também os “poderes sociais” aí incluídos “[...] outros indivíduos capazes de produzir malefícios e danos [...]”.⁷⁹

⁷⁵ CANARIS, Claus-Wilhelm, op. cit., 2006, p. 53-54.

⁷⁶ Ibid., 2006, p. 58.

⁷⁷ Ibid., 2006, p. 58.

⁷⁸ PECES-BARBA MARTÍNEZ. **Lecciones de derechos fundamentales**. Con la colaboración de Rafael de Asís Roig y María del Carmen Barranco Avilés. Madri: Dykinson, 2004, p. 334.

⁷⁹ Ibid., 2004, p. 339.

No que interessa ao campo das relações de trabalho, salienta Bilbao Ubillos⁸⁰ que foi o reconhecimento da existência de um “poder privado” que levou à admissão da incidência dos direitos fundamentais frente a terceiros, e que a teoria alemã da *Drittwirkung* dos direitos fundamentais teve como maior fonte as relações trabalhistas:

Esta doutrina nasce precisamente nos tribunais trabalhistas e segue encontrando entre os cultivadores desta disciplina os mais firmes apoios. O fato de o ordenamento trabalhista ter sido e continue sendo especialmente receptivo à ideia de polivalência destes direitos constitucionais não é casual. Se explica por uma nota de subordinação intrínseca à prestação do trabalhador.

A empresa, como organização econômica, estruturada hierarquicamente, gera uma situação de poder e, correlativamente, outra de subordinação. Os poderes do empresário (o poder diretivo e o disciplinar) constituem, portanto, uma ameaça potencial para os direitos fundamentais do trabalhador, dada a forte implicação da sua pessoa na execução da prestação laboral.⁸¹

Nesse contexto, os tribunais trabalhistas, destaca Bilbao Ubillos, “[...] nunca duvidaram da vigência desses direitos neste âmbito. Dão-na por certa. O que não obsta que muitas vezes, depois de analisar as circunstâncias do caso, considerem legítima a atuação empresarial questionada em juízo.”⁸²

O certo é que os patrões, mesmo dispondo de tais poderes, acham-se condicionados ao exercício dos direitos fundamentais dos trabalhadores, não mais prevalecendo a concepção autoritária do empregador. A Constituição e os direitos fundamentais dos trabalhadores ingressaram no espaço do trabalho em que a empresa tinha um território onde dominava livremente, impondo sua autoridade com força absoluta, autoritária e indiscutível, passando-se a considerar, em primeiro plano, o trabalhador, como cidadão e pessoa subordinada dotada de direitos fundamentais. Nesse desequilíbrio verificado nas relações laborais é que se encontra o fundamento para o ordenamento jurídico compensatório e igualador em favor da parte mais fraca, o trabalhador, seja sob o ângulo econômico, seja pela relação de subordinação ou dependência, relativamente ao empregador.⁸³

Tratando-se de direitos fundamentais, a contraposição público-privado se faz cada vez mais tênue, não se podendo ignorar o perigo que o poder privado, notadamente oriundo da supremacia econômica, significa para o mais fraco, de sorte que “[...] o Direito não pode

⁸⁰ BILBAO UBILLOS, Juan María. **La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares** – Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Madrid: Boletín Oficial del Estado – Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, p. 245.

⁸¹ Ibid., 1997, p. 245-247.

⁸² Ibid., 1997, p. 245, nota 29.

⁸³ Ibid., 1997, p. 247-248.

ignorar o fenômeno do poder privado [...]” e “[...] para ser coerente e eficaz, o sistema de garantias deve operar frente ao poder, sem adjetivos [...]”, que seja público ou privado.⁸⁴

Sarlet, seguindo essa mesma corrente de pensamento e focalizando o direito brasileiro, evidencia que apesar da limitação detectada no art. 5º, §1º da Constituição de 1988, que apenas proclama “[...] a imediata aplicabilidade das normas de direitos fundamentais [...]”,⁸⁵ em vez de mencionar expressamente a vinculação ao poder público e particulares, demonstra a amplitude desse laço, e afirma que tanto o poder público (através do legislador, dos órgãos administrativos e dos órgãos judiciais) como os particulares estão vinculados aos direitos fundamentais:

Para além de vincularem todos os poderes públicos, os direitos fundamentais exercem sua eficácia vinculante também na esfera jurídico-privada, isto é, no âmbito das relações jurídicas entre particulares. Esta temática, por sua vez, tem sido versada principalmente sob os títulos eficácia privada, eficácia externa (ou eficácia em relação a terceiros) ou horizontal dos direitos fundamentais [...].⁸⁶

E no sistema jurídico brasileiro, como sintetiza Sarmento,

[...] considerando a moldura axiológica da Constituição de 88, é indubitável que a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas é direta e imediata, ressalvados aqueles direitos que, pela sua própria natureza, só podem produzir efeitos em face do Estado (e. g., direitos do preso). A Carta de 88 não chancelou a clivagem absoluta entre o público e o privado, na qual se assentam as teses que buscam negar ou minimizar a incidência da Constituição e dos direitos fundamentais nas relações entre particulares.⁸⁷

Essa eficácia horizontal (nas relações privadas) dos direitos fundamentais é resultado da quebra do mito da igualdade formal entre os particulares, bem assim da consideração de que não mais o patrimônio mas sim a pessoa humana, provida de dignidade, é o centro do ordenamento jurídico. Daí que os direitos fundamentais, de meras liberdades que pediam prestações negativas do Estado, converteram-se em normas que demandam a observância por parte de todos aqueles abrangidos pelo ordenamento jurídico, quer sejam órgãos estatais, pessoas ou entes privados.⁸⁸ E nada obstante os questionamentos acerca do modo de

⁸⁴ Ibid., 1997, p. 250.

⁸⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 7. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 387.

⁸⁶ Ibid., 2007, p. 398.

⁸⁷ SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 328.

⁸⁸ FACHIN, Luiz Edson. Constituição e relações privadas: questões de efetividade no tríplice vértice entre o texto e o contexto. In: OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; MEZZARROBA, Orides; BRANDÃO, Paulo de Tarso (Org.). **Constituição e Estado social: os obstáculos à concretização da Constituição**. São Paulo: co-edição Coimbra Editora e Revista dos Tribunais, 2008. p.235-256, p. 238 e 248-249.

vinculação dos direitos fundamentais aos particulares – se direto ou indireto - a exemplo de vários direitos sociais “[...] os direitos dos trabalhadores que têm por destinatários os empregadores, em regra os particulares [...]”,⁸⁹ constituem exemplo inquestionável de validade e eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas, estando os particulares obrigados a satisfazê-los imediatamente, ressalvados os casos em que a própria Constituição condiciona essa eficácia à regulamentação pelo legislador.

⁸⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 7. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 400.

2 INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS TRABALHADORES

É no Estado de Direito que os direitos fundamentais encontram terreno próprio para reconhecimento e concretização. E esse Estado de Direito, que pressupõe um governo democrático - no caso brasileiro proclamado logo no primeiro artigo da Constituição de 1988 - eleito pelo voto secreto e livre da maioria, é quem deve garantir os referidos direitos, inclusive quando estiverem em confronto com a própria maioria representada no governo legitimado democraticamente, devendo o Poder Judiciário atuar conforme uma interpretação constitucional que leve à realização efetiva daqueles direitos.

2.1 Os direitos fundamentais sob o paradigma social: o Estado do Bem-Estar Social

Os direitos fundamentais merecem ser analisados sob o modelo do Estado do Bem-Estar Social - nada obstante a anunciada saturação desse paradigma¹ nos países de primeiro mundo - porque ainda não concretizados no Brasil tal como propostos na Constituição de 1988, tendo como ponto de partida a tese defendida por Bobbio quanto à afirmação histórica desses direitos fundamentais, uma vez que “[...] nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas [...]”.²

No Estado Liberal os direitos humanos “[...] não eram nada mais do que deveres de abstenção do Estado que deveria manter-se inerte para não violá-los”.³ Seu papel limitava-se a “[...] produzir direito, por meio da edição de leis [...]”⁴, de sorte que do Estado não se exigia

¹ SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006, p. 5.

² BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1996, p. 5.

³ SARMENTO, Daniel, op. cit., 2006, p. 8.

⁴ BERCOVICI, Gilberto. A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília: Senado Federal, v. 36, n. 142, p.35-51, abr./jun. 1999, p. 36.

a implementação de políticas públicas, mas apenas que respeitasse ou não interferisse nas liberdades e garantias e individuais.⁵

Essa postura decorria da ideologia liberal que identificava os direitos humanos com a “liberdade dos modernos” a partir do modelo do contrato social lockeano, segundo o qual os indivíduos conservavam seus “[...] direitos naturais, inatos e inalienáveis, que os governantes tinham de respeitar, e cuja infringência justificava até mesmo o exercício do direito de resistência [...]”,⁶ identificando-se o direito de propriedade como o direito absoluto a merecer a proteção estatal.

Essa situação do Estado de Direito formal separado da sociedade caracterizada pela função defensiva ou negativa do Estado, além de conservadora e incapaz de planejar o futuro e de interferir na realidade social bem como de resolver a situação de exploração do homem agravada pela industrialização, sofreu profunda mudança com o advento do Estado Social de Direito no final do Século XIX, em que se realça uma função ativa, voltada para o bem-estar do cidadão, de modo a “[...] assegurar, positivamente, o desenvolvimento da personalidade, intervindo na vida social, econômica e cultural [...]”.⁷

A principal tarefa do Estado Social não é abster-se de intervir nos direitos individuais, nem proteger o direito individual de propriedade mas sim projetar e executar políticas, aliando liberdade à solidariedade e assim promover a inclusão da maioria da população não proprietária mas beneficiária dessas políticas. Como realça Bercovici:

A base do Estado Social é a igualdade na liberdade e a garantia do exercício dessa liberdade. O Estado não se limita mais a promover a igualdade formal, a igualdade jurídica. A igualdade procurada é a igualdade material, não mais perante a lei, mas por meio da lei. A igualdade não limita a liberdade. O que o Estado garante é a igualdade de oportunidades, o que implica a liberdade, justificando a intervenção estatal.⁸

O enfraquecimento do Estado Liberal decorreu da constatação “[...] de que, até para o desfrute dos direitos individuais, era necessário garantir condições mínimas de existência para cada ser humano.”⁹ Surgiram então novos direitos, os denominados direitos sociais e econômicos, tais como a educação, a saúde, o trabalho e a previdência, voltados para o bem-

⁵ Ibid., 1999, p. 36.

⁶ SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006, p. 8.

⁷ BERCOVICI, Gilberto. A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília: Senado Federal, v. 36, n. 142, p. 35-51, abr./jun.1999, p. 37.

⁸ Ibid., 1999, p. 37.

⁹ SARMENTO, Daniel, op. cit., 2006, p. 17.

estar e para as mínimas condições de vida da população, demandando prestações positivas do Estado, realizáveis mediante políticas públicas.

A intervenção estatal deixou de ser uma ameaça para os direitos fundamentais e passou a ser uma necessidade para promoção desses direitos.

Como resume Sarmiento, “Não bastava mais o mero reconhecimento formal das liberdades humanas, sendo necessário assegurar as condições materiais mínimas para que tais liberdades pudessem ser efetivamente desfrutadas pelos seus titulares”.¹⁰ É que a dignidade humana, protegida pelos direitos fundamentais, sofre agressão quando as liberdades públicas são desrespeitadas e também nos casos em que as mínimas condições de vida não são promovidas.¹¹

E quando se cogita de políticas públicas voltadas para o trabalho, considerado como direito fundamental social, não se pode esquecer que, na sociedade capitalista contemporânea, como adverte Coutinho, a complexidade das relações tem levado a confusões entre capital e trabalho, a ponto de tomar-se

[...] a essencialidade do trabalho como o núcleo dos direitos fundamentais, sem perceber-se que em uma sociedade capitalista a viabilidade da concretização do trabalho está dimensionada pela propriedade – ser proprietário do capital ou ser proprietário somente da força de trabalho que realiza a mais-valia pela venda. Nesta medida, garantir um direito ao trabalho é viabilizar por meio de políticas públicas a oferta de empregos e os direitos dele decorrentes.¹²

Atente-se, porém, que não se cogita da oferta de quaisquer empregos – a exemplo daqueles caracterizados pela precarização das condições de trabalho, por darem continuidade a situações de exclusão social - mas sim de empregos compatíveis com a dignidade humana, estáveis e adequadamente remunerados, considerando que para o Estado do Bem-Estar Social o pleno emprego constitui uma das principais garantias.¹³

É no Estado Social que os direitos fundamentais, notadamente os sociais, apesar das dificuldades para sua concretização de um lado provocadas pela demanda por vultosos gastos estatais, e de outro pela tensão com a democracia, na medida em que o Poder Judiciário não eleito pelo povo é chamado para controlar omissões ou desvios atribuídos ao Executivo e ao

¹⁰ Ibid., 2006, p. 19.

¹¹ Ibid., 2006, p. 20.

¹² COUTINHO, Aldacy Rachid. A autonomia privada: em busca da defesa dos direitos fundamentais dos trabalhadores. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p.167-185, p. 170.

¹³ Ibid., 2006, p. 171.

Legislativo pertinentes a tais políticas recebem proteção com prioridade sobre o direito de propriedade, e forçam uma nova postura do poder público, necessária ao amparo dos interesses coletivos.

2.2 A Constituição dirigente e a crise do constitucionalismo social

A teoria da Constituição dirigente (*dirigierende Verfassung*) foi elaborada na Alemanha por Peter Lerche, para quem as constituições modernas possuem como característica “[...] uma série de diretrizes constitucionais que configuram imposições permanentes para o legislador [...]”¹⁴. O traço marcante dessa concepção repousa no cuidado em listar as normas vinculativas do legislador, bem como na “[...] conclusão de que as diretrizes permanentes (a Constituição Dirigente propriamente dita) possibilitariam a discricionariedade material do legislador.”¹⁵

Canotilho adaptou a referida teoria ao constitucionalismo português, ampliando e aprofundando a proposição de Lerche, de modo a concretizá-la na Constituição lusitana de 1976 “[...] de viés nitidamente socialista [...]”¹⁶ como fundamento para definição dos fins e objetivos do Estado e da sociedade, vindo também depois a influenciar fortemente a Constituição brasileira de 1988. Então, como resume o próprio Canotilho relativamente à Constituição portuguesa,

A Constituição da República de 1976 é uma **constituição programática** porque contém numerosas *normas-tarefa* e *normas-fim* (cfr., por exemplo, artigos 9º e 80º) definidoras de programas de acção e de linhas de orientação dirigidas ao Estado. Trata-se, pois, de uma lei fundamental não reduzida a um simples *instrumento de governo*, ou seja, um texto constitucional limitado à individualização dos órgãos e à definição de competências e procedimentos da acção dos poderes públicos. A ideia de ‘programa’ associava-se ao *carácter dirigente* da Constituição. A Constituição comandaria a acção do Estado e imporia aos órgãos competentes a realização das metas programáticas nela estabelecidas [...].¹⁷

Distinguindo-se do pensamento de Lerche, Canotilho, quando da formulação de sua tese, considera não somente uma parte da Constituição como dirigente, mas ela inteira, aproximando-se da ideia de constituição programática por ser “[...] entendida como um bloco

¹⁴ BERCOVICI, Gilberto. **Constituição econômica e desenvolvimento** - uma leitura a partir da Constituição de 1988. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 34.

¹⁵ *Ibid.*, 2005, p. 35.

¹⁶ STRECK, Lenio Luiz. Constituição e hermenêutica em países periféricos. In: OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; MEZZARROBA, Orides; BRANDÃO, Paulo de Tarso (Org.). **Constituição e Estado social**: os obstáculos à concretização da Constituição. São Paulo: co-edição Coimbra Editora e Revista dos Tribunais, 2008. p.197-218, p. 198.

¹⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 217. (Grafia e destaques conforme o original).

de normas constitucionais em que se definem fins e tarefas do Estado, se estabelecem directivas e estatuem imposições [...]”,¹⁸ sendo concebida por força de uma reconstrução da teoria material da Constituição “[...] como teoria social [...]”¹⁹ mediante “[...] a introdução de normas determinadoras de fins do Estado, de princípios político-programáticos e de imposições sociais [...]”.²⁰

Atribui-se ao dirigismo constitucional porém como aspecto negativo, a pretensão de substituir-se nas decisões políticas. No entanto, segundo Bercovici,

A Constituição dirigente não estabelece uma linha única de atuação para a política, reduzindo a direção política à execução dos preceitos constitucionais, ou seja, substitui a política. Pelo contrário, ela procura, antes de mais nada, estabelecer um fundamento constitucional para a política, que deve mover-se no âmbito do programa constitucional. Dessa forma, a Constituição dirigente não substitui a política, mas se torna a sua premissa material. [...] A função da Constituição dirigente é a de fornecer uma direção permanente e consagrar uma exigência de atuação estatal.²¹

Nessa linha de raciocínio, é a Constituição e não “[...] a vontade conjuntural dos governos [...]”,²² que deve definir os fins e as tarefas do Estado, pois afinal é ela que legitima o próprio poder político do Estado. Feita essa distinção de papéis, resta ao “[...] governo selecionar e especificar sua atuação a partir dos fins constitucionais, indicando os meios ou instrumentos adequados para a sua realização”.²³

As normas constitucionais dirigentes, portanto, voltam-se para a administração, apontando os caminhos da concretização política e afastando da lei fundamental a generalidade e a abstração. Como, mais uma vez, clarifica Bercovici:

A Constituição Dirigente busca racionalizar a política, incorporando uma dimensão materialmente legitimadora ao estabelecer um fundamento constitucional para a política. O núcleo da idéia de Constituição Dirigente é a proposta de legitimação material da Constituição pelos fins e tarefas previstos no texto constitucional. Em síntese, segundo Canotilho, o problema da Constituição Dirigente é um problema de legitimação.²⁴

¹⁸ Id. **Constituição dirigente e vinculação do legislador** – Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra Editora, 1994, p. 224.

¹⁹ Ibid., 1994, p. 14.

²⁰ Ibid., 1994, p. 42-43.

²¹ BERCOVICI, Gilberto A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília: Senado Federal, v. 36, n. 142, p. 35-51, abr./jun. 1999, p. 40.

²² Ibid., 1999, p. 40.

²³ Ibid., 1999, p.40.

²⁴ BERCOVICI, Gilberto. **Constituição econômica e desenvolvimento** - uma leitura a partir da Constituição de 1988. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 35.

Nesse contexto verifica-se que a Constituição dirigente, além de garantir os direitos existentes, contém “[...] um programa para o futuro [...]” na medida em que ao traçar as “[...] linhas de atuação para a política sem substituí-la destaca a interdependência entre Estado e sociedade [...].²⁵ Procura-se, fundamentalmente, através do Direito modificar a realidade social.²⁶

Porém as teses da Constituição dirigente de Lerche e Canotilho têm em comum “[...] a desconfiança do legislador. Ambos desejam encontrar um meio de vincular positiva ou negativamente o legislador à Constituição”.²⁷

Relativamente à força dirigente da Constituição sobre os direitos fundamentais, Canotilho²⁸ segue a doutrina segundo a qual distinguem-se os direitos que demandam prestações positivas estatais (notadamente os direitos econômicos, políticos e sociais) dos direitos que requerem somente uma omissão ou um não agir do Estado, isto é, que ele não interfira nas liberdades, direitos e garantias, considerando a diferença entre a “proibição de omissão” e a “pretensão de omissão”. Entre os problemas detectados para a satisfação das imposições constitucionais que justificam essa diferenciação, destacam-se as que são relativas à “legitimação do Estado”, inclusive acerca da discussão sobre qual o modelo de Estado, capitalista ou socialista, que está em melhores condições de assegurar os direitos que reclamam prestações positivas, e à “força determinante dos direitos a prestações”, onde é detectada

[...] a *aporia* da constituição dirigente: a um máximo de ‘desejabilidade constitucional’ de direitos económicos, sociais e culturais, corresponde, em geral, uma relativização dos mesmos direitos, derivada da *interpositio* necessária do legislador e da subordinação da efectividade constitucional à proclamada *reserva do possível* (em termos económicos, sociais e, naturalmente, também políticos).²⁹

A tais questionamentos jurídico-constitucionais, Canotilho responde asseverando a necessidade de uma mudança radical e material nas relações entre lei e constituição, de sorte a fazer a primeira locomover-se dentro dos direitos fundamentais, considerada a necessidade imperiosa de concretizá-los. Afirma também entre outras conclusões, que não se confundem direitos fundamentais prestacionais com “normas programáticas” e “imposições constitucionais”, salientando que os ditos direitos não podem ser amesquinados, quer seja

²⁵ Ibid., 2005, p. 35.

²⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador** – Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra Editora, 1994, p. 456.

²⁷ BERCOVICI, Gilberto, op. cit., 2005, p. 35.

²⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, op. cit., 1994, p. 365.

²⁹ Ibid., 1994, p. 365.

pela dependência da regulamentação do legislador, ou seja pelo princípio da reserva do possível, não se admitindo a omissão legislativa diante de uma expressa imposição, sob pena de inconstitucionalidade e passível de controle jurisdicional. Canotilho também destaca que essas medidas devem ter em conta o princípio da igualdade implementado pelo legislador mediante a criação de condições fáticas que eliminem as desigualdades sociais, culturais e econômicas.³⁰

Desde a formulação da referida tese, mudanças políticas e econômicas no cenário mundial marcaram o fortalecimento da globalização e do neoliberalismo. Cresceram também as críticas ao dirigismo constitucional, que foi aos poucos sendo enfraquecido e suplantando na sua força vinculativa, notadamente diante das teses “processuais procedimentais”.³¹ Canotilho ao fazer publicar a segunda edição da tese “Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador – Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas” registrou a “relativa” modificação de seu pensamento difundido na primeira edição, diante das necessidades impostas à teoria constitucional pela pós-modernidade, e afirmou no respectivo prefácio que a Constituição dirigente estava “morta”.

Assim, apontando os “pecados” do dirigismo constitucional, ou seja, “a da má utopia do sujeito projectante” ou a não consideração das conjunturas e da mutabilidade do mundo político e econômico real, uma certa estatização do projeto de modernidade, e o “autismo nacionalista e patriótico” contrastado pela quebra do dogma do Estado soberano bem ilustrado pela União Européia³², Canotilho resume os motivos que o levaram a proclamar a falência da Constituição dirigente:

A ‘internacionalização’ e a ‘europeização’, no caso português, e a internacionalização e a ‘marcosulização’, no contexto do Brasil, tornam evidente a transformação das ordens jurídicas nacionais em ordens jurídicas parciais, nas quais as constituições são relegadas para um plano mais modesto de ‘leis fundamentais regionais’. Mesmo que as constituições continuem a ser simbolicamente a *magna carta da identidade nacional*, a sua força normativa terá parcialmente que ceder perante novos fenotipos político-organizatórios, e adequar-se, no plano político e no plano normativo, aos esquemas regulativos das novas ‘associações abertas de estados nacionais abertos’.³³

³⁰ Ibid., 1994, p. 483-484.

³¹ STRECK, Lenio Luiz. A concretização de direitos e a validade da tese da Constituição dirigente em países de modernidade tardia. In: NUNES, Antônio José Avelãs; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). **Diálogos constitucionais: Brasil/Portugal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p.301-371, p. 331.

³² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador – Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, Prefácio, p. VIII-IX.

³³ Ibid., 2001, p. XI-XII. (Grafia conforme o original).

A Constituição dirigente, tal como implantada no constitucionalismo português, está portanto remetida a uma ideia ultrapassada pelo autor responsável por sua difusão:

A Constituição comandaria a acção do Estado e imporia aos órgãos competentes a realização das metas programáticas nela estabelecidas. Hoje, em virtude da transformação do papel do Estado, o programa constitucional assume mais o papel de legitimidade da *socialidade estatal* do que a função de um direito dirigente do centro político.³⁴

Percebe-se então que a nova postura teórica de Canotilho acerca da Constituição dirigente está alimentada pelos benefícios, notadamente de ordem econômica, trazidos a Portugal pelo seu ingresso na União Européia, e que justificam a troca das promessas de sua Constituição dirigente pela “internacionalização” e “europeização” dos luzitanos, incompatíveis com o nacionalismo e com a estatização presentes em sua Constituição de 1976.

Nada obstante reconhecer “lenta” e “tardamente” segundo o próprio autor, que o dirigismo constitucional constitui “[...] o caminho de ferro social e espiritual através do qual vai peregrinar a *subjectividade projectante* [...]” e que a “[...] má utopia do sujeito de progresso histórico alojou-se em constituições plano e balanço onde a propriedade estatal dos meios de produção se transmutava em ditadura partidária e coerção moral e psicológica [...]”,³⁵ Canotilho ressalva a possibilidade de subsistência da Constituição dirigente porém com outro significado: “[...] a ideia de directividade constitucional terá ainda hoje sentido quando inserida numa compreensão crítica próxima do chamado *constitucionalismo moralmente reflexivo*”.³⁶

Com efeito, “[...] este constitucionalismo moralmente reflexivo consiste na substituição de um direito autoritariamente dirigente, mas ineficaz, através de outras fórmulas que permitam completar o projecto da modernidade – onde ele não se realizou – nas condições complexas de pós-modernidade”.³⁷ Daí poder-se afirmar, ainda segundo Canotilho,

[...] que a Constituição dirigente está morta se o dirigismo constitucional for entendido como normativismo constitucional revolucionário capaz de, só por si, operar transformações emancipatórias... Alguma coisa ficou, porém, da programaticidade constitucional. Contra os que ergueram as normas programáticas a ‘linha de caminho de ferro’ neutralizadora dos caminhos plurais da implantação da

³⁴CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina 2003, p. 217-218. (Destaque e grafia conforme o original).

³⁵Id. **Constituição dirigente e vinculação do legislador** – Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. IX. (Grafia e destaque conforme o original).

³⁶Ibid., 2001, p. IX. (Grafia e destaque conforme o original).

³⁷Ibid., 2001, p. XXII. (Grafia e destaque conforme o original).

cidadania, acreditamos que os textos constitucionais devem estabelecer as premissas materiais fundantes das *políticas públicas* num Estado e numa sociedade que se pretendem continuar a chamar de direito, democráticos e sociais.³⁸

Observa-se que essa virada na mencionada teoria tem razões e objetivos que não se coadunam com a realidade brasileira³⁹ nem se amoldam a ela automaticamente. Basta que se atente para a grande distância existente entre a União Européia e o Mercosul, o qual não decolou desde sua criação e não tem os mesmos propósitos daquela.⁴⁰ A Constituição brasileira de 1988, apesar do seu dirigismo, não teve os laços revolucionários nem possui o mesmo “viés socialista” da Carta portuguesa de 1976. E os direitos fundamentais, particularmente os sociais, ainda têm um longo caminho até a realização mínima desejável, de sorte que a solução para o caso brasileiro não está em transferir o dirigismo contido na Constituição nacional para os instrumentos supranacionais ou comunitários, admitindo-se uma “supraconstituição dirigente”⁴¹ mas sim em desenvolver mecanismos internos de efetivação desse programa constitucional, notadamente pelas forças políticas com ele comprometidas.

Essa advertência quanto às particularidades do constitucionalismo brasileiro ditadas pela realidade política e social diferente dos paradigmas europeus é produto das Jornadas sobre a Constituição dirigente em Canotilho, realizadas no Paraná em fevereiro de 2002 e registradas em livro⁴². Esse encontro de constitucionalistas, segundo Grau,⁴³ foi provocado por declarações de Gilmar Ferreira Mendes ao ingressar no Supremo Tribunal Federal como ministro, no sentido de que Canotilho havia decretado a “morte” da Constituição dirigente. Dessa forma a Constituição de 1988 que segue o dito modelo consequentemente também perderia sua força normativa. Nesse evento, Canotilho, em videoconferência, respondendo a indagações de juristas brasileiros acerca da viragem em sua teoria, tendo como parâmetro o caso português, esclareceu que os sujeitos históricos (trabalhadores e forças armadas, principalmente) desapareceram do texto, perdendo a força transformadora que levou ao projeto de modernidade encarnado na Constituição dirigente, de sorte que se deve entender “morta” a Carta assim concebida, permanecendo, porém, “[...] algumas dimensões

³⁸ Ibid., 2001, p. XXIX-XXX. (Destaque do original).

³⁹ KRELL, Andreas Joachim. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha** - Os (des) caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 69.

⁴⁰ O próprio Canotilho reconhece a diferença entre os dois blocos econômicos. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador** – Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. XXVII.

⁴¹ GRAU, Eros Roberto. Resenha do Prefácio da 2. ed. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). **Canotilho e a constituição dirigente**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, item 10, [s.p.].

⁴² COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). **Canotilho e a constituição dirigente**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

⁴³ GRAU, Eros Roberto. Intervenções. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.), op. cit., 2005, p. 99-100.

importantes da programaticidade constitucional e do dirigismo constitucional [...]”,⁴⁴ ainda com o legislador vinculado ao programa constitucional, observando-se também que diante do enfraquecimento das constituições nacionais, a programaticidade constitucional se transferiu para o plano internacional, tornando-se indiscutível essa imperatividade sobre os direitos sociais dos trabalhadores como por exemplo a contida no Tratado de Amsterdã.⁴⁵ A situação brasileira diferenciada é reconhecida pelo próprio Canotilho:

Compreendo perfeitamente que, quando estamos a falar em direito mitigado, em direito reflexivo, em direito pós-moderno, em direito mite (*sic*), em direito desregulado, verdadeiramente estamos a passar por uma outra fase que ainda não é possível obter no Brasil. No fundo, estamos a imaginar uma teoria da constituição já pós-moderna, em que não existe centro, em que o Estado é um herói local, em que o Estado é um herói humilde, em que nós somos já uma parcela de um outro esquema organizativo. Estamos a esquecer que no Brasil a centralidade é ainda do estado de direito democrático e social, que a centralidade é ainda do texto constitucional, que é carta de identidade do próprio país, que são estes direitos, apesar de pouco realizados, que servem como uma espécie de palavra de ordem para a própria luta política.⁴⁶

Constata-se portanto que a Constituição dirigente pode estar morta ou não mais ser necessária nos países do primeiro mundo, notadamente nos integrantes de grandes blocos econômicos, como a União Européia, conforme o pensamento de Canotilho. Mas, no Brasil e demais países periféricos ou de modernidade tardia, ela ainda é necessária e está bem viva, considerada a necessidade de implementação da maioria dos direitos previstos nas respectivas constituições, particularmente na Constituição brasileira de 1988.

Mesmo entre os membros da União Européia, formada por Estados com realidades distintas, notadamente Portugal, não se pode desprezar algum dirigismo constitucional, necessário à proteção dos direitos fundamentais dos trabalhadores ameaçados pela flexibilização do direito do trabalho exigida pela competitividade da economia globalizada. A propósito, Nunes adverte para o risco de que a política do “arrocho salarial” e “[...] a política social, ou seja, a política de congelamento ou de desmantelamento [...]” do frágil “estado social” sejam vistas como as únicas em condições de atender às condições de competição da economia portuguesa.⁴⁷

⁴⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Videoconferência. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.), op. cit., 2005, p. 14.

⁴⁵ Ibid., 2005, p. 15-16.

⁴⁶ Ibid., 2005, p. 35.

⁴⁷ NUNES, Antônio José Avelãs. Notas sobre o chamado modelo econômico-social europeu. In: NUNES, Antônio José Avelãs; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). **Diálogos constitucionais: Brasil/Portugal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 1-14, p. 11.

Retomando o caso brasileiro, é notório que os direitos fundamentais dos trabalhadores, em particular, apesar de arrolados na Constituição e regulamentados na legislação ordinária, não são adequadamente cumpridos. Mas como observa Coutinho, “[...] ainda que, no Brasil as práticas sociais se distanciem do efetivo cumprimento das normas jurídicas, os princípios e regras se fazem presentes como exigências de realização, constituindo-se em um importante modelo identificatório. Uma viabilidade de se transladar para a realidade, um ser moldável”.⁴⁸

Em suma, na situação brasileira, considerados os esforços doutrinários visando a dar efetividade aos direitos fundamentais, “[...] ainda se compreende a Constituição de 1988 como sendo Dirigente, dotada de ‘força normativa’ e com imperatividade das normas ditas programáticas [...]”.⁴⁹ E assim se pode afirmar porque,

[...] em países como o Brasil, periféricos e que possuem uma Constituição democrática e ordenadora de políticas públicas de caráter humanitário e social, onde as promessas da Modernidade ainda não foram cumpridas, o dirigismo constitucional desempenha irrenunciáveis funções na coordenação de toda a prática jurídica com vistas a uma ação emancipatória e realizadora dos direitos fundamentais do homem no direcionamento da prática política e na vinculação da administração pública à implementação dos objetivos constitucionalmente idealizados, além da própria atividade legislativa.⁵⁰

Daí a importância de se manter no texto constitucional os direitos sociais, entre os quais o direito ao trabalho e à segurança social, que, embora não se realizem apenas por força dessas normas constitucionais, não podem ser negados e encontram nessas normas a necessária vinculação para as políticas legislativas.⁵¹

É importante ressaltar que as “dimensões sociais da Constituição”, nas palavras de Canotilho, não de estar presentes senão na Constituição nacional, nos tratados internacionais, tais como os que regem a União Européia, e que essa “dimensão jurídica”, impossível de realizar-se meramente pela letra da lei, deve ser transferida pelo jurista “[...] para a prática jurídica e política”.⁵²

⁴⁸ COUTINHO, Aldacy Rachid. A autonomia privada: em busca da defesa dos direitos fundamentais dos trabalhadores. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p.167-185, p. 174.

⁴⁹ MARRAFON, Marco Aurélio. Hermenêutica e sistema na construção do espaço constitucional. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; LIMA, Martônio Mont’Alverne Barreto (Org.). **Diálogos constitucionais: Direito, neoliberalismo e desenvolvimento em países periféricos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 347-373, p. 358.

⁵⁰ Ibid., 2006, p. 358-359.

⁵¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Canotilho e a constituição dirigente**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 36.

⁵² Ibid., 2005, p. 37.

No Brasil o dirigismo constitucional encontra raiz na necessidade de transformar-se e reconstruir-se o país após o regime ditatorial inaugurado em 1964. Justifica-se então a prodigalidade de direitos, notadamente os sociais contidos no Texto de 1988. E, na medida em que a Constituição representou por si mesma um fator de transformação, não se pode considerá-la arbitrária ou um mal capaz de engessar a visão do mundo, de modo que seu dirigismo continuará a existir enquanto for historicamente necessário e útil como reconhece Canotilho.⁵³ Mas a Constituição dirigente caducará dissolvida pela sociedade, segundo o jurista lusitano, se perder a “força reflexiva”, ou seja, a “[...] capacidade de conformação da própria realidade social [...]”.⁵⁴

Porém é preciso ressaltar nesse contexto, que a crise do constitucionalismo dirigente, enfim, do próprio constitucionalismo social, não se deve meramente ao envelhecimento das proposições formuladas por ocasião da elaboração da Constituição, nem às dificuldades de natureza econômica, notadamente no que se refere à concretização dos direitos sociais e econômicos nela prometidos. Na verdade, como adverte Lima,

[...] O desgaste de uma constituição dirigente – como aquelas da América Latina dos anos 80 – não decorre da inefetividade comprovada pela distância entre as extensas listas de direitos sociais e a realidade. Este desgaste tem sua explicação mais razoável no fato de inexistir, na sociedade respectiva, forças políticas comprometidas com sua implementação ou mesmo forças que não sejam capazes, novamente como diz Losurdo, de fazerem frente ao projeto de ‘des-emancipatório’ que sobreviverá também a qualquer momento constituinte progressista e incluyente.⁵⁵

Observa-se, de mais a mais, que essas sociedades redemocratizadas, entre as quais a brasileira, não puderam impor as promessas constitucionais diante da “[...] despolitização da economia [...]” e da “[...] influência espacial do capitalismo financeiro [...]”⁵⁶ geradas pela globalização, transformadas que foram, independentemente da vontade própria, em receptáculos de medidas macroeconômicas decorrentes de imposições externas dos mercados dominantes⁵⁷. Daí a necessidade da convivência nessas sociedades, como detecta Lima, “[...] dos elementos emancipatórios e ‘des-emancipatórios’ [...]”, de sorte a exigir-lhes “[...] a mobilização política e contínua de seus atores que histórica e objetivamente insistiram na

⁵³ Ibid., 2005, p. 39.

⁵⁴ Ibid., 2005, p. 40.

⁵⁵ LIMA, Martônio Mont’Alverne Barreto. Idealismo e efetivação constitucional: a impossibilidade da realização da Constituição sem a política. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; LIMA, Martônio Mont’Alverne Barreto (Org.). **Diálogos constitucionais: Direito, neoliberalismo e desenvolvimento em países periféricos** Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.375-385, p. 380-381.

⁵⁶ Ibid., 2006, p. 381.

⁵⁷ Ibid., 2006, p. 381.

construção da democracia constitucional [...]”.⁵⁸ Ou seja, essas democracias se acham limitadas pelas forças neoliberais que comandam a globalização, mas não podem dispensar “[...] a política democrática includente [...]”⁵⁹ para preservar a força da Constituição.

Isso significa que somente será possível a sobrevivência da constituição dirigente se assim o quiser a sociedade por considerá-la ainda vigente e presentes seus motivos inspiradores. Para tanto, esses motivos precisam ser permanentemente readaptados à realidade, não necessariamente nos moldes neoliberais⁶⁰, mas com vistas a aproximar os ideais constitucionalmente consagrados à realidade, dispensados o idealismo meramente retórico e as singelas interpretações argumentativas.

2.3 Interpretação democrática e realização dos direitos fundamentais dos trabalhadores

Apesar de sofrer limites jurídicos impostos pelos direitos fundamentais, o Estado de Direito está vinculado à sua defesa e promoção. Isso decorre das premissas que identificam o princípio democrático, isto é, a premissa “majoritária”, que tem a ver com eleição dos governantes pela maioria para o exercício do poder, dando-lhes portanto legitimação ou a “premissa de parceria” que se identifica “[...] com o regime em que a todos os cidadãos é dada a oportunidade de se constituírem em parceiros activos e iguais de um autogoverno colectivo [...]”, e a premissa “garantista”, em que o Estado de Direito tem a inarredável missão de proteger as liberdades individuais diante do poder político.⁶¹

Consideradas tais premissas, é preciso não esquecer as palavras de Baracho, segundo as quais “a interpretação é um processo intelectual por meio do qual, partindo da forma linguística contida no ato normativo, chega-se à determinação de seu conteúdo normativo e de seu significado”.⁶² E relativamente aos direitos fundamentais exige-se a realização de uma interpretação

[...] a partir de uma compreensão que vá *para além* do seu carácter tradicional como ‘direitos jurídico-subjectivos’ ou ‘direitos de defesa’ em prol de uma ‘compreensão constitucional’ que tenha em conta o ‘sentido jurídico-subjectivo’ desses direitos e pretensões em seu conjunto. Que os compreenda, afinal, na sua “função” como

⁵⁸ Ibid., 2006, p. 381.

⁵⁹ Ibid., 2006, p. 384.

⁶⁰ Ibid., 2006, p. 382.

⁶¹ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais**: trunfos contra a maioria. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 32-33.

⁶² BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Direito processual constitucional** – Aspectos contemporâneos. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 81.

expressando um ‘sistema’ ou ‘ordem concreta de valores’ com todas as consequências daí advenientes.⁶³

Quando se cogita de interpretação da Constituição no contexto da jurisdição constitucional com vistas à concretização dos direitos fundamentais sociais, Streck, inspirado na hermenêutica filosófica de Gadamer, dá relevo à linguagem, à capacidade do intérprete “[...] de compreender as condições de possibilidade [...]” do “[...] próprio processo de compreensão [...]”, tendo em conta que “[...] o problema da interpretação jurídica, enquanto problema normativo, é um problema da concreta realização normativa do direito [...]”.⁶⁴

Para que se possa alcançar essa concreta realização da norma, Bidart Campos renunciava que a interpretação deve fazer convergir os direitos fundamentais previstos na Constituição com os direitos humanos oriundos do direito internacional, e operar-se de modo elástico, amplo e generoso, a fim de que, quando produzida pelo Judiciário, seja orientada por um “[...] ativismo judicial e um realismo jurídico destinados a maximizar o sistema integral dos direitos”.⁶⁵ Consta ainda, a sua recomendação para que nesse processo interpretativo ágil e ativo seja buscado na Constituição “[...] um complexo normativo composto de normas (desde o preâmbulo, quando houver, até o último artigo), de princípios gerais e de valores [...]”, para, assim, chegar-se “[...] ao conjunto de ideias, de critérios, de valorações, que formam o espírito ou a filosofia política da constituição”.⁶⁶

Observa-se na doutrina de Bidart Campos, acerca da interpretação dos direitos humanos, uma grande confiança no Judiciário para reparar as omissões inconstitucionais do Estado, representadas pelo não cumprimento das obrigações que lhe são destinadas como sujeito passivo dos direitos sociais, denominadas pelo referido autor como obrigações ativamente universais. Tais direitos, como todos os outros, uma vez ofendida a Constituição pela omissão ou inação estatal, devem ser reparados judicialmente, e “[...] o ativismo judicial, sem uma receita única nem uniforme, poderá em cada caso e ante cada situação, superar muitos dos obstáculos, pelo menos alguns, já que não todos”.⁶⁷

⁶³ QUEIROZ, Cristina. **Direitos fundamentais sociais** – Funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 199. (Citação conforme a grafia do original).

⁶⁴ STRECK, Lenio Luiz. A concretização de direitos e a validade da tese da Constituição dirigente em países de modernidade tardia. In: NUNES, Antônio José Avelãs; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). **Diálogos constitucionais: Brasil/Portugal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 301-371, p. 338.

⁶⁵ BIDART CAMPOS, Germán J. **La interpretación del sistema de derechos humanos**. Buenos Aires: Ediar, 1994, p. 45.

⁶⁶ Ibid., 1994, p. 45.

⁶⁷ Ibid., 1994, p. 51.

Essa confiança não se detém diante da possibilidade de um governo dos juízes, como ressalta o próprio Bidart Campos cujo pensamento revela a defesa do ativismo judicial, mas com prudência, obviamente, na luta pelo direito e com vistas à concretização das atuais necessidades coletivas de bem-estar e de justiça da sociedade, em liberdade equilibrada com a igualdade de oportunidades, que devem ser ministradas pelo Estado razoavelmente, atendendo-se de forma solidária os menos favorecidos, de sorte a corrigirem-se as injustiças formadas ao longo da história porque são incompatíveis com a dignidade humana e com a democracia.⁶⁸

No entanto, cabe nesse aspecto fazer um contraponto com a advertência formulada por Lima a partir da constatação de que é na política que se deve realizar a Constituição e não no Poder Judiciário, que não é eleito pelo povo. A interpretação constitucional, notadamente a levada a efeito na jurisdição constitucional, mesmo ao determinar a ação estatal conforme o dirigismo da Constituição, não pode perder de vista o critério democrático, de modo que “[...] as cortes constitucionais funcionarão sem ultrapassar o legislador, eleito pelo povo em voto direto, igual e secreto [...]”, salientando-se que a “[...] política democrática includente é que manterá a força constitucional, não a retórica”.⁶⁹

Ao focalizar o papel do Poder Judiciário, Queiroz por sua vez afirma que ele não pode ser confundido com as atribuições do Poder Legislativo. Aquele não é meramente um aplicador ou executor da norma elaborada pelo Legislativo mas sim em sua essência, o intérprete dessa norma, o que não afasta a noção muito bem sedimentada no direito anglo-saxão, segundo a qual cabe aos tribunais decidirem sobre questões jurídicas, e não acerca de questões políticas, devendo resolver os litígios que lhes são submetidos de conformidade com a competência que lhe é reservada constitucionalmente.⁷⁰ Recorde-se que os direitos e liberdades fundamentais assentam-se nos princípios da dignidade e da igualdade, e possuem matriz constitucional, exigindo observância, notadamente pelo Estado, o qual, como se sabe, nem sempre assim age, fazendo-se necessário então que se atribua ao Poder Judiciário a missão de resguardar esses direitos quando “[...] subtraídos à ‘barganha política’, não podendo mais ser instrumentalizados para ‘fins’ da luta política [...]”.⁷¹ Ainda assim, o

⁶⁸ Ibid., 1994, p. 52-53.

⁶⁹ LIMA, Martônio Mont’Alverne Barreto. Idealismo e efetivação constitucional: a impossibilidade da realização da Constituição sem a política. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; LIMA, Martônio Mont’Alverne Barreto (Org.). **Diálogos constitucionais: Direito, neoliberalismo e desenvolvimento em países periféricos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 375-385, p. 384.

⁷⁰ QUEIROZ, Cristina. **Direitos fundamentais sociais** – Funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 200.

⁷¹ Ibid., 2006, p. 201.

intérprete constitucional não está livre para sobrepor-se ao contido na Constituição, devendo curvar-se às “[...] regras e princípios jurídicos aplicáveis ao caso [...]”.⁷²

Embora parte da doutrina assevere que deve estar carregada de ponderação e ser cotejada com outros bens protegidos constitucionalmente (daí falar-se das cláusulas e princípios da reserva do possível, proibição de retrocesso social, equilíbrio financeiro e orçamentário, entre outros), a interpretação dos direitos fundamentais sociais, particularmente quando voltada para a aplicação de direitos que demandam prestações positivas do Estado com desembolso de dinheiros públicos de valor expressivo, deve considerar todo o sistema jurídico, sem porém descuidar da tutela “estrita” e “rigorosa” desses direitos, de sorte a abranger todo o “círculo de situações jurídicas protegidas” no dizer de Queiroz⁷³, e não apenas o direito subjetivo, detectando-se nesse aspecto, “[...] uma forte limitação da liberdade política do legislador [...]”, e que “[...] os direitos fundamentais se concebem hoje muito mais como uma ‘questão de justiça’ do que como uma ‘questão política’ [...]”.⁷⁴

Os direitos fundamentais sociais, a exemplo dos direitos de defesa clássicos, de acordo com Queiroz,⁷⁵ possuem um “núcleo indisponível” pelo intérprete, representado, no caso, pela prestação a que o Estado está obrigado a satisfazer. Porém, é preciso que os tribunais exerçam plenamente a competência dada pela Constituição e resolvam as questões aparentemente reservadas aos órgãos políticos através dos instrumentos adequados, inclusive daqueles destinados à defesa dos interesses coletivos, garantindo-lhes a justiciabilidade e a efetividade, de sorte a bem realizar-se o controle da constitucionalidade das ações e omissões estatais.

Quem confere caráter objetivo aos direitos fundamentais é a Constituição, na medida em que também prevê a jurisdição constitucional, garantindo-lhes proteção como bens jurídicos que são.

É preciso enfatizar no caso do Brasil que o motivo determinante da consagração de inúmeros direitos fundamentais, especialmente os sociais, no texto da Constituição de 1988 repousa no fato de a realidade social demonstrar que a maioria da população ainda não teve acesso a esses bens jurídicos. Assim, a Constituição representa mais que o instrumento depositário do reconhecimento desses direitos – denunciando, portanto, a sua carência junto à

⁷² Ibid., 2006, p. 201.

⁷³ Ibid., 2006, p. 202.

⁷⁴ Ibid., 2006, p. 202.

⁷⁵ Ibid., 2006, p. 203-204.

sociedade - também aquele que estabelece um “novo dever ser”, oriundo “[...] do processo constituinte, como algo que constitui, que deve exsurgir uma nova sociedade, não evidentemente rebocando a política, mas permitindo que a política seja feita de acordo com a Constituição”.⁷⁶

É normal, então, que determinadas decisões sejam afastadas do processo político, isto é, os direitos focalizados são postos em situação mais elevada que as decisões da maioria, de modo a fazer dos direitos fundamentais um sistema representativo do “[...] critério último de validade de toda a ordem jurídica”.⁷⁷

Duas concepções são destacadas por Novais⁷⁸ relativamente aos direitos fundamentais em cotejo com a democracia e o Estado de Direito.

A primeira, mais difundida, “[...] sustenta a integração ou assimilação entre direitos fundamentais e democracia no conceito de Estado de Direito *democrático* [...]” – e esta foi a opção de várias constituições, como a brasileira (art. 1º), a portuguesa (art. 2º) e a espanhola (art. 1º) - “[...] ou num conceito de democracia *adjectivada* que integra substancialmente a presença e a garantia dos direitos fundamentais [...]”⁷⁹ de modo que seus adeptos “[...] propugnam uma concepção *deliberativa* de democracia, ... reconhecem – com diferentes matizes – o fundamento material dos direitos fundamentais na sua qualidade de condições da democracia [...]”⁸⁰. Há, ainda, dentro dessa primeira concepção, quem defenda “[...] a existência de uma dimensão *substancial* da democracia (os direitos fundamentais) que acresce à dimensão *formal* ou *procedimental* (a regra da maioria) [...]”.⁸¹

Nesse contexto, os direitos fundamentais estão diretamente relacionados com a democracia e com o Estado de Direito; há conexão entre a “liberdade pessoal” e a “liberdade política” de modo que o sistema político funciona segundo a aceitação da regra da maioria e o verdadeiro Estado de Direito depende da existência da democracia. De outra parte, a democracia exige o Estado de Direito em que são cultivados os direitos fundamentais. Porém, se esses direitos não

⁷⁶ STRECK, Lenio Luiz. A concretização de direitos e a validade da tese da Constituição dirigente em países de modernidade tardia. In: NUNES, Antônio José Avelãs; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). **Diálogos constitucionais: Brasil/Portugal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 301-371, p. 340.

⁷⁷ QUEIROZ, Cristina. **Direitos fundamentais sociais** – Funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 206.

⁷⁸ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 18.

⁷⁹ Ibid., 2006, p. 18. (Grafia conforme o original).

⁸⁰ Ibid., 2006, p. 18, nota 4.

⁸¹ Ibid., 2006, p. 18, nota 4.

puderem ser exercidos por uma parte da população, não há se falar da participação de todos, nem da prevalência da regra da maioria, da igualdade e do poder democrático.⁸²

A outra concepção⁸³ afasta-se da ideia de harmonia entre democracia e Estado de Direito, para admitir que, em vez disso, tem-se uma colisão ou, no mínimo, uma tensão entre eles, tensão esta que decorre da ameaça que a maioria investida no poder, inclusive democraticamente, pode representar para os direitos fundamentais em determinadas situações. Exemplo disso se viu no século XX, no Estado autocrático (anticapitalista), e atualmente no Estado islâmico. Há sempre a possibilidade de, mesmo nos Estados democráticos, os direitos fundamentais sofrerem ingerências do poder político, refletidas nas leis aparentemente conforme a Constituição e nos atos da Administração Pública e do próprio Poder Judiciário, restritivos daqueles direitos.

O Estado de Direito e a democracia também podem ser colocados em choque nos casos em que, com apoio na própria Constituição, o Poder Judiciário, cujos membros não são eleitos, impõe restrições ou determinações a órgãos eleitos legitimamente para governar, em nome da proteção dos direitos fundamentais:

[...] E pode inibir esse poder democrático tanto mais quanto, em segundo lugar, a indeterminação ou carácter *principal* de grande parte das normas constitucionais de direitos fundamentais se traduza, tendencialmente, em alargamento objectivo da margem de decisão do juiz constitucional relativamente ao legislador democrático, já que este fica obrigado a observar aquelas normas na necessária, mas incerta, interpretação/concretização que delas vier a fazer o juiz constitucional.⁸⁴

Nessa linha de pensamento, é possível identificar ainda outra situação de submissão do princípio democrático aos direitos fundamentais no Estado de Direito, também analisado como tensão entre constitucionalismo e democracia. Esta situação ocorre quando se consideram os limites impostos pela Constituição, notadamente a dirigente, ao legislador eleito pela maioria, interferindo na sua competência legislativa, com a oposição de obstáculos intransponíveis relativamente ao núcleo substantivo desses direitos.⁸⁵ Nem mesmo a autoridade democrática desse legislador permite que ultrapasse os direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais sociais, inclusive os de natureza trabalhista, submetidos a interpretação como bens protegidos juridicamente colocam-se sob o crivo do Judiciário. Daí

⁸² Ibid., 2006, p. 19-20.

⁸³ Ibid., 2006, p. 20-21.

⁸⁴ Ibid., 2006, p. 21.

⁸⁵ Ibid., 2006, p. 22.

ser pertinente a conclusão de que esses direitos fundamentais sociais constitucionalmente previstos “[...] não precluem a ‘deliberação democrática’, mas impõem que seja dada ‘atenção democrática’ a ‘interesses humanos fundamentais’ que de outro modo poderiam quedar negligenciados no ‘processo político’ ordinário [...]”.⁸⁶

Streck adverte⁸⁷ acerca da interpretação constitucional que é preciso ter cuidado para que a “baixa compreensão” sobre o significado da Constituição no Estado Democrático de Direito leve os direitos fundamentais, inclusive sociais, igualmente a uma “baixa aplicação”. O intérprete precisa conhecer a Constituição e seus institutos, e necessita ter consciência do papel da jurisdição constitucional para que possa interpretar a Constituição não como se fosse um texto legal qualquer, ou tente adaptá-la ao que já dispõem os códigos, mas sim ao contrário.

Não é difícil constatar, assim, que a análise da jurisdição constitucional deve estar atravessada por essa perspectiva hermenêutica. Numa palavra: a inserção da justiça constitucional no contexto da realização dos direitos fundamentais-sociais – compreendida essa realização/concretização de forma subsidiária, na omissão dos poderes encarregados para tal – deve levar em conta, necessariamente, o papel assumido pela Constituição no interior do novo paradigma instituído pelo Estado Democrático de Direito. Daí a necessidade de se admitir um certo grau de deslocamento da esfera de tensão em direção à justiça constitucional.⁸⁸

É inegável também, como observa Krell, que “talvez o maior impedimento para uma proteção mais efetiva dos Direitos Fundamentais no Brasil seja a atitude ultrapassada de grande parte dos juristas para com a interpretação constitucional cuja base até hoje consiste no *formalismo* jurídico”⁸⁹, de modo a se dar mais valor aos conceitos abstratos do que à finalidade e à realidade a que se destina a norma.

Embora não confie no Poder Judiciário quer seja porque ainda não o considere preparado adequadamente para interpretar a Constituição, ou porque não lhe deveria caber esta missão, mas sim aos órgãos políticos, Streck defende a sua intromissão visando a garantir a concretização dos direitos fundamentais nos casos de violações de direitos e quando do descumprimento das obrigações positivas impostas ao Estado, uma vez que “[...] as promessas de modernidade contidas no texto da Constituição não podem ficar à mercê de vontades

⁸⁶ QUEIROZ, Cristina. **Direitos fundamentais sociais** – Funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 213.

⁸⁷ STRECK, Lenio Luiz. A concretização de direitos e a validade da tese da Constituição dirigente em países de modernidade tardia. In: NUNES, Antônio José Avelãs; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). **Diálogos constitucionais: Brasil/Portugal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 301-371, p. 340-341.

⁸⁸ Ibid., 2004, p. 342-343.

⁸⁹ KRELL, Andreas Joachim. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha** - Os (des) caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 71.

políticas *ad hoc* dos Poderes Legislativo e Executivo [...]”.⁹⁰ Para o referido autor, isso não equivale à jurisdicionalização da política, mas apenas a “[...] levar em conta o ponto de estofó que existe entre Estado e Constituição, representado por essa incindibilidade, e não pela substituição da Teoria do Estado pela Teoria da Constituição”.⁹¹

Acresça-se, particularmente quanto aos direitos fundamentais dos trabalhadores, segundo a opinião de Coutinho, que eles “[...] são construídos, diuturnamente, a cada nova ação social, como conquista e resultado de processos reivindicatórios, servindo como instrumento de coesão social. Não são inatos, naturais ou inerentes à pessoa, capturados historicamente [...]”⁹², ao contrário do que apregoa a ideologia liberal, de sorte que, quando se cogita da aplicação desses direitos, não se estará fazendo favor ou meramente protegendo a parte mais fraca dentro da relação de trabalho mas sim reconhecendo os “[...] direitos fundamentais do cidadão-trabalhador, fortalecido em um Estado Democrático de Direito”.⁹³

E a experiência vem demonstrando que tem sido aviltada a condição humana do trabalhador para solucionar o grave problema gerado pelas medidas econômicas com a exploração da mão de obra em nome da competitividade e eficiência. Mas a “[...] sociedade pós-industrial [...]”, em que são detectadas práticas escravocratas ao lado do “[...] trabalho livre [...]”⁹⁴ exige como resposta a esse quadro a urgente eficácia dos direitos fundamentais. Daí que, quando se cogita da interpretação dos direitos fundamentais dos trabalhadores, não se pode prescindir da atuação do Poder Judiciário, devendo-se buscar a máxima concretização desses direitos perante o poder público e nas relações entre particulares.

⁹⁰ STRECK, Lenio Luiz. A concretização de direitos e a validade da tese da Constituição dirigente em países de modernidade tardia. In: NUNES, Antônio José Avelãs; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). **Diálogos constitucionais: Brasil/Portugal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 301-371, p. 342, nota 58.

⁹¹ Ibid., 2004, p. 346.

⁹² COUTINHO, Aldacy Rachid. A autonomia privada: em busca da defesa dos direitos fundamentais dos trabalhadores. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p.167-185, p.173.

⁹³ Ibid., 2006, p. 177.

⁹⁴ Ibid., 2006, p. 169.

3 O MANDADO DE SEGURANÇA COMO VIA DE DEFESA JUDICIAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS TRABALHADORES PERANTE A JUSTIÇA DO TRABALHO

A positivação dos direitos fundamentais no direito interno dos estados permite que sejam reivindicados perante os órgãos do Poder Judiciário nacional. Esses direitos precisam de garantias para que sejam efetivados quando não satisfeitos. Nisso repousa sua justiciabilidade. Uma dessas garantias é o mandado de segurança, que embora não se destine de modo específico e somente à proteção de direitos fundamentais, uma vez que serve para reparar, também, lesão ou ameaça de lesão a direitos sem esse traço de fundamentalidade, bastando que se apresentem como líquidos e certos, praticados por autoridade do poder público, constitui relevante meio judicial previsto na própria Constituição de 1988 para aquela efetivação, sendo consideradas suas características de rapidez, rito sumário e presteza.

3.1 O mandado de segurança como instrumento de defesa dos direitos fundamentais dos trabalhadores

A proclamação de direitos fundamentais deve estar acompanhada de garantias para sua fruição sob pena de se converterem em meras promessas.

O reconhecimento constitucional dos direitos fundamentais não é suficiente, desde que não vem acompanhado de garantias que assegurem a efetividade do livre exercício de tais direitos. As liberdades adquirem maior valor quando existem garantias que as tornam eficazes.

O sistema de proteção dos direitos fundamentais concretiza-se na sua viabilização em sede jurisdicional.¹

O processo constitucional se apresenta no sistema protetivo dos direitos fundamentais oferecendo a tutela jurisdicional através de procedimentos ordinários e procedimentos

¹ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Direito processual constitucional** – Aspectos contemporâneos. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 53.

alternativos, sendo estes de natureza especial, dotados de peculiaridades caracterizadas “[...] pela preferência e sumariedade [...]”.² Com efeito,

Todos os direitos necessitam de garantias processuais para a sua efetiva concretização, sendo que algumas delas são sumárias. As garantias necessitam de proteção prática, concreta ou efetiva, para que não fiquem apenas como afirmações teóricas ou abstratas. As garantias constitucionais e processuais são criadas para amparo e proteção dos direitos constitucionais afetados por leis, atos do Executivo ou decisões judiciais. As ações judiciais dão eficácia prática aos direitos proclamados e garantidos. Com o surgimento dos instrumentos processuais, os direitos constitucionais passaram a ter melhores mecanismos de defesa e efetivação.³

Nesse contexto, tem-se o mandado de segurança, garantia constitucional prevista no art. 5º, LXIX e LXX, da Constituição de 1988, nos seguintes termos:

LXIX - conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por ‘habeas-corpus’ ou ‘habeas-data’, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do poder público;
LXX - o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por:
a) partido político com representação no Congresso Nacional;
b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados;⁴

Como observa Buzaid, o mandado de segurança “[...] foi elevado no Brasil à eminência de garantia constitucional [...]”.⁵ Embora encontre antecedentes no direito comparado, no *mandamus* anglo-americano e no *amparo* mexicano, “[...] o mandado de segurança é uma criação do direito brasileiro [...]”,⁶ obtida a partir de construções doutrinárias e jurisprudenciais inspiradas no *habeas corpus*, e foi consagrado pela primeira vez no texto constitucional em 1934, passando a figurar, exceto na Carta 1937, em todas as constituições brasileiras que se seguiram.⁷

Seu processamento foi regulamentado primeiramente pela Lei n. 191, de 16 de janeiro de 1936; depois, pelo Decreto-Lei n. 6, de 16 de novembro de 1937, e pela Lei n. 1.533, de 31 de dezembro de 1951⁸ que vigorou com alterações até recentemente quando foi revogada pela

² Ibid., 2006, p. 59.

³ Ibid., 2006, p. 472.

⁴ BRASIL. Presidência da República. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao_Compilado.htm>. Acesso em: 03 set. 2009.

⁵ BUZOID, Alfredo. **Do mandado de segurança** - Do mandado de segurança Individual. São Paulo: Saraiva, 1989. v. I, p. 3.

⁶ Ibid., 1989, p. 25.

⁷ Ibid., 1989, p. 28 e 30.

⁸ Ibid., 1989, p. 30.

Lei n. 12.016, de 7 de agosto de 2009, publicada em 10 de agosto de 2009, que disciplina o mandado de segurança individual e coletivo entre outras providências.⁹ Para Bastos e Martins,

O mandado de segurança constitui uma forma judicial de tutela dos direitos subjetivos, ameaçados ou violados, seja qual for a autoridade responsável. É um recurso técnico-jurídico que pressupõe determinada evolução no processo de controle do poder estatal e, conseqüentemente, da repercussão deste sobre os indivíduos, cujos direitos só foram efetivamente protegidos com o advento do liberalismo, inspirador de solenes Declarações de Direitos e de Constituições escritas.¹⁰

O mandado de segurança tem natureza “[...] *de ação civil de rito sumário especial*, destinado a afastar ofensa a direito subjetivo individual ou coletivo, privado ou público, através de ordem corretiva ou impeditiva da ilegalidade [...]”¹¹. Reveste-se “[...] dos atributos de verdadeira ação [...]”¹², em que se destaca a “[...] possibilidade de compelir a autoridade pública a praticar ou deixar de praticar algum ato [...]”¹³, distinguindo-se das demais ações “[...] pela índole do direito que visa a tutelar [...]”¹⁴, ou seja, o direito líquido e certo. São seus pressupostos constitucionais: ^{a)} direito líquido e certo, individual ou coletivo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*; ^{b)} ato ilegal ou abusivo ^{c)} praticado por autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do poder público. De modo resumido, tem-se, quanto ao primeiro desses pressupostos, que

Direito líquido e certo é o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração. Por outras palavras, o direito invocado, para ser amparável por mandado de segurança, há de vir expresso em norma legal e trazer em si todos os requisitos e condições de sua aplicação ao impetrante: se a sua existência for duvidosa; se a sua extensão ainda não estiver delimitada; se o seu exercício depender de situações e fatos ainda indeterminados, não rende ensejo à segurança, embora possa ser defendido por outros meios judiciais.¹⁵

Como sintetiza Agrícola Barbi,

[...] o conceito de direito líquido e certo é tipicamente *processual*, pois atende ao modo de ser de um direito subjetivo no *processo*: a circunstância de um determinado direito subjetivo realmente existir não lhe dá a caracterização de liquidez e certeza;

⁹ BRASIL. Presidência da República. Lei n. 12.016, de 7 ago. 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12016.htm>. Acesso em: 01 out. 2009.

¹⁰ BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed. atualizada, São Paulo: Saraiva, 2001. 2. v., p. 343.

¹¹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, "Habeas Data"**. 13. ed. ampliada e atualizada pela Constituição de 1988. São Paulo: RT, 1989, p. 8.

¹² BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva, op. cit., 2001, p. 345.

¹³ BUZAID, Alfredo. **Do mandado de segurança - Do mandado de segurança Individual**. São Paulo: Saraiva, 1989. v. I, p. 67.

¹⁴ Ibid., 1989, p. 74.

¹⁵ MEIRELLES, Hely Lopes, op. cit., 1989, p. 14.

esta só lhe é atribuída se os fatos em que se fundar puderem ser provados de forma incontestável, certa, no *processo* [...].¹⁶

Esse direito líquido e certo deve situar-se fora do raio de proteção de outras garantias constitucionais especiais, isto é, o *habeas corpus* porque é destinado à proteção da liberdade de locomoção (Constituição, art. 5º, LXVIII), e o *habeas data* cuja finalidade é “[...] assegurar o conhecimento de registros concernentes ao postulante e constantes de repartições públicas ou particulares acessíveis ao público para retificação de seus dados pessoais [...]”¹⁷, conforme art. 5º, LXXII, também da Constituição. Embora não haja expressa referência, obviamente o mandado de segurança não poderá ser impetrado no lugar do mandado de injunção, especialmente porque este último – também uma garantia constitucional, mas de utilidade específica – pressupõe, ao contrário da existência de um direito líquido e certo, a impossibilidade de exercício dos direitos e liberdades constitucionais alusivas à nacionalidade, à soberania e à cidadania, por falta de norma regulamentadora (Constituição, art. 5º, LXXI).

O ato agressivo ou ameaçador a esse direito líquido e certo deve padecer de ilegalidade ou abuso de poder. “[...] Ilegal é todo ato *contrário* à lei [...]”¹⁸ “A *ilegalidade* exigida hoje para a concessão do mandado de segurança não tem caráter especial: é a mesma ilegalidade necessária à proteção do direito pelas demais vias processuais”¹⁹. Segundo Buzaid, quanto ao abuso de poder, também constitui um modo de violar a lei²⁰ e “[...] é no desempenho da função que se verifica o abuso, seja pela preterição de forma legal, seja na adoção de alguma medida exorbitante da lei ou que excede de sua alçada, configurando-se já a incompetência”.²¹

O terceiro pressuposto constitucional tem a ver com a fonte do ato omissivo ou comissivo, ameaçador ou agressivo a direito líquido e certo, que deve emanar de “autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do poder público” (Constituição, art. 5º, LXIX, parte final).

¹⁶ BARBI, Celso Agrícola. **Do mandado de segurança**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 61.

¹⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, "Habeas Data"**. 13. ed. ampliada e atualizada pela Constituição de 1988. São Paulo: RT, 1989, p. 147.

¹⁸ BUZOID, Alfredo. **Do mandado de segurança - Do mandado de segurança Individual**. São Paulo: Saraiva, 1989. v. I, p. 108.

¹⁹ BARBI, Celso Agrícola, op. cit., 1993, p. 62.

²⁰ BUZOID, Alfredo, op. cit., 1989, p. 108.

²¹ Ibid., 1989, p. 108-109.

“Por *autoridade* entende-se a pessoa física investida de *poder de decisão* dentro da esfera de competência que lhe é atribuída pela norma legal”.²² Não se confunde com o simples agente público porque é quem “[...] detém, na ordem hierárquica, *poder de decisão* e é competente para praticar *atos administrativos decisórios*, os quais se ilegais ou abusivos, são suscetíveis de impugnação por mandado de segurança quando ferem direito líquido e certo [...]”,²³ salientando-se que são atos de autoridade “[...] os que trazem em si uma decisão e não apenas execução”.²⁴

São, portanto, autoridades, as do Poder Executivo, federais, estaduais e municipais, isto é, toda “[...] pessoa que exerça função pública, ou detenha em suas mãos uma fração de autoridade [...]”²⁵; do Poder Legislativo, notadamente “[...] aquela a que toca a direção dos trabalhos dos corpos legislativos [...]”²⁶; do Poder Judiciário, tanto no exercício da atividade jurisdicional como administrativa,²⁷ e do Ministério Público.

Além dessas autoridades públicas propriamente ditas, podem ser alvo de mandado de segurança os “[...] *administradores ou representantes de autarquias e de entidades paraestatais* [...]”²⁸, enfim, todos os agentes de pessoa jurídica no exercício de atribuições do poder público.

Observe-se que a nova Lei do Mandado de Segurança (Lei n. 12.016/09) procura dar clareza e amplitude à expressão autoridade pública, estabelecendo, no art. 1º, que é considerada para seus efeitos a autoridade de qualquer categoria “e sejam quais forem as funções que exerça”, e, no art. 6º, §3º, considera “autoridade coatora aquela que tenha praticado o ato impugnado ou da qual emane a ordem para sua prática”. Têm equiparação a essas autoridades “os representantes ou órgãos de partidos políticos e os administradores de entidades autárquicas, bem como os dirigentes de pessoas jurídicas ou as pessoas naturais no exercício de atribuições do poder público, somente no que disser respeito a essas atribuições” (art. 1º, §1º). Exclui, porém, do controle judicial via mandado de segurança, “os atos de gestão comercial praticados pelos administradores de empresas públicas, de sociedade de

²² MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, "Habeas Data"**. 13. ed. ampliada e atualizada pela Constituição de 1988. São Paulo: RT, 1989, p. 10.

²³ Ibid., 1989, p. 10.

²⁴ Ibid., 1989, p. 10.

²⁵ BUZAID, Alfredo. **Do mandado de segurança - Do mandado de segurança Individual**. São Paulo: Saraiva, 1989. v. I, p. 115-116.

²⁶ Ibid., 1989, p. 126.

²⁷ Ibid., 1989, p. 136.

²⁸ MEIRELLES, Hely Lopes, op. cit., 1989, p. 10-11.

economia mista e de concessionárias de serviço público” (art. 1º, §2º).²⁹ Isso significa que, para efeito de mandado de segurança, excetuados os casos em que pratiquem atos de gestão comercial, ou seja, alusivos a vendas de produtos e serviços, os administradores de empresas públicas, de sociedade de economia mista e de concessionárias de serviço público enquadram-se no conceito de autoridade pública.

Nesse contexto, uma vez concretizados tais requisitos constitucionais – isto é, lesão ou ameaça de lesão a direito líquido e certo, individual ou coletivo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, praticada por ato comissivo ou omissivo ilegal ou abusivo, de autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do poder público - na matéria sujeita à competência da Justiça do Trabalho (matéria trabalhista), tal como alinhada no art. 114 da Constituição, estará aberta a possibilidade de impetrar-se mandado de segurança visando à proteção dos direitos dos trabalhadores em face do poder público, notadamente quando no papel de empregador, inclusive para fins de obtenção de vantagens pecuniárias, que serão pagas depois que a sentença condenatória passar em julgado, a teor do disposto no art. 14, §3º, da Lei n. 12.016/09.

Merecem ser destacados no novo disciplinamento do mandado de segurança levado a efeito pela Lei n. 12.016/09 os seguintes aspectos, que interessam à proteção dos direitos na seara trabalhista: possibilidade de impetração individual por terceiro (art. 3º); vedação de concessão do mandado de segurança quando se tratar de ato do qual caiba recurso administrativo com efeito suspensivo desde que não se exija caução, de decisão judicial da qual caiba recurso com efeito suspensivo e de decisão judicial transitada em julgado (art. 5º); autorização ao juiz para que ao despachar a petição inicial “suspenda o ato que deu motivo ao pedido, quando houver fundamento relevante e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, caso seja finalmente deferida, sendo facultado exigir do impetrante caução, fiança ou depósito, com o objetivo de assegurar o ressarcimento à pessoa jurídica” (art. 7º, III); proibição de concessão de medida liminar e tutela antecipada nos casos de reclassificação ou equiparação de servidores públicos e de concessão de aumento ou de extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza (art. 7º, §§2º e 5º); possibilidade de admissão do litisconsorte ativo somente até a véspera do despacho da inicial (art. 10, §1º); duplo grau de jurisdição obrigatório para a sentença concessiva da segurança (art. 14, §1º); impossibilidade de execução provisória da sentença nos mesmos casos em que estiver vedada a concessão da

²⁹ BRASIL. Lei n. 12.016, de 7 ago. 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12016.htm>. Acesso em: 01 out. 2009.

liminar ou tutela antecipada (art. 14, §3º); pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias assegurados em sentença concessiva de mandado de segurança a servidor público da Administração direta ou autárquica federal, estadual e municipal restrito às prestações que se vencerem a contar da data do ajuizamento da inicial (art. 14, §4º); prioridade na tramitação dos processos de mandado de segurança, exceto sobre o *habeas corpus* (art. 20); prazo decadencial para a impetração em cento e vinte dias (art. 23); e configuração do crime de desobediência, sem prejuízo de outras sanções, contra quem descumprir as decisões proferidas em mandado de segurança (art. 26).

3.1.1 Mandado de segurança individual

Até a promulgação da Constituição de 1988, o mandado de segurança prestava-se apenas à defesa do direito individual, líquido e certo.

E “*direito individual*, para fins de mandado de segurança, é o que pertence a quem o invoca e não apenas à sua categoria, corporação ou associação de classe. É direito *próprio* do impetrante. Somente este direito legitima a impetração”.³⁰ Em outras palavras: “[...] os direitos individuais são aqueles cuja fruição esgota-se no âmbito específico das pessoas consideradas de forma atomizada [...]”, como, por exemplo, o direito de determinado locatário ocupar o imóvel, observadas as cláusulas contratuais.³¹

O mandado de segurança individual, assim, destina-se à proteção do direito individual e tem como impetrante o próprio titular do direito líquido e certo, violado ou ameaçado de lesão por ato de autoridade pública.

Note-se que a Lei n. 12.016/09 traz nova e interessante regra no art. 3º ao permitir a impetração do mandado de segurança individual não diretamente pelo titular do direito primitivo: “o titular de direito líquido e certo decorrente de direito, em condições idênticas, de terceiro poderá impetrar mandado de segurança a favor do direito originário, se o seu titular não o fizer, no prazo de 30 (trinta) dias, quando notificado judicialmente”³², observado o prazo decadencial de cento e vinte dias. Essa autorização tem grande valia, por exemplo, nos concursos públicos, para fazer respeitar, judicialmente, o direito líquido e certo à nomeação, sem causar quebra da ordem de classificação dos aprovados no certame.

³⁰ MEIRELLES, Hely Lopes, op. cit., 1989, p. 13.

³¹ CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. **Direito processual constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 20.

³² BRASIL. Lei n. 12.016, de 7 de agosto de 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12016.htm>. Acesso em: 01 out. 2009.

O impetrante do mandado de segurança individual pode ser o trabalhador que veja, por exemplo, ameaçado ou agredido, pelo poder público empregador, um dos seus direitos fundamentais alinhados nos arts. 5º e 7º a 11, da Constituição, individualmente considerado, como exemplos, o direito à ampla defesa no processo administrativo disciplinar e o direito de não ser compelido a filiar-se a sindicato.

Também pode ser impetrante o empregador que, por exemplo, nos termos do art. 114, VII, da Constituição, tenha direito líquido e certo violado por ato ilegal ou abusivo, decorrente de penalidade administrativa imposta pelos órgãos de fiscalização do trabalho.

3.1.2 Mandado de segurança coletivo

Trata-se de instituto novo, criado pela Constituição de 1988³³, para proteção dos direitos coletivos líquidos e certos, insuscetíveis de amparo através do processo tradicional de solução individual dos conflitos.³⁴

A sua finalidade é “[...] facilitar o acesso a juízo, permitindo que pessoas jurídicas defendam o interesse de seus membros ou associados sem necessidade de um mandato especial”³⁵, valendo-se do instituto da substituição processual, em que se postula, em nome próprio, direito alheio, atendendo-se, assim, às necessidades do mundo contemporâneo “[...] em que a lesão a direitos se dá de forma massificada e padronizada [...]”, de modo a “[...] resolver todas essas situações numa única ação [...]”.³⁶ Mandado de segurança individual e mandado de segurança coletivo

[...] tem pontos comuns e diferença específica. São pontos comuns: - existência do mesmo instrumento de tutela jurídica de direito líquido e certo e a garantia constitucional. Distinguem-se entre si, no entanto, quer pela legitimidade ativa, quer pelo objeto, quer pela natureza do direito ou do interesse jurídico tutelado [...].³⁷

Os pressupostos constitucionais de ambos são os mesmos: ^{a)} direito líquido e certo não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*; ^{b)} ato ilegal ou abusivo ^{c)} praticado por

³³ BUZAID, Alfredo. **Considerações sobre o mandado de segurança coletivo**. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 4; BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed. atualizada, São Paulo: Saraiva, 2001. 2 v., p. 376-377, e ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo - Tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos**. 2. ed. rev. atual. São Paulo: RT, 2007, p. 209.

³⁴ BARBI, Celso Agrícola. **Do mandado de segurança**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 288.

³⁵ BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva, op. cit., 2001, p. 377.

³⁶ Ibid., 2001, p. 377.

³⁷ BUZAID, Alfredo, op. cit., 1992, p. 5.

autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do poder público. Em sendo assim, é possível dizer-se que o mandado de segurança coletivo

[...] é uma ação judicial impetrada por partido político, organização sindical, entidade de classe ou associação constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, fundando-se em direito líquido e certo ameaçado ou violado por ilegalidade ou abuso de poder, praticado por autoridade pública.³⁸

O mandado de segurança coletivo recebeu disciplina processual através da Lei n. 12.016/09. Antes disso, vinha sendo processado pelo Judiciário à semelhança do mandado de segurança individual, observadas as diferenciações constitucionais quanto à titularidade e ao direito protegido (coletivo).

“*Direito coletivo*, para fins de mandado de segurança, é o que pertence a uma coletividade ou categoria representada por partido político, por organização sindical, por entidade de classe ou por associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano [...]”.³⁹

Acerca do conceito de direitos coletivos, Correia adverte que “[...] na sua concepção *lata*, englobam tanto os direitos coletivos *stricto sensu* quanto os interesses – para alguns, direitos – difusos”.⁴⁰ Afirma o mesmo autor que não se deve confundir a noção de direito coletivo com os sentidos impróprios muitas vezes dados à expressão, como nos casos em que a entidade representante do grupo está defendendo interesse seu, e não da categoria representada, ou naqueles em que apenas se somam os interesses individuais dos membros da categoria como ocorre no litisconsórcio ativo em que são detectados interesses individuais homogêneos.⁴¹ Então, a correta ideia de direitos coletivos em sentido estrito corresponde à transindividualidade em que a “[...] determinação dos titulares é relativamente possível, já que se encontram ligados por sólidas razões e não de forma efêmera e contingente [...]”.⁴² Esses direitos são ainda “[...] intransmissíveis, insuscetíveis de renúncia, indivisíveis quanto ao seu objeto e defendidos, na via processual, pela substituição processual [...]” em que se dispensa a autorização individual dos integrantes do grupo, considerada a autorização para agir dada pela própria lei.⁴³ Em sentido lato, identificam-se como direitos coletivos os direitos difusos, isto

³⁸ Ibid., 1992, p. 10.

³⁹ MEIRELLES, Hely Lopes **Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, "Habeas Data"**. 13. ed. ampl. e atual. pela Constituição de 1988. São Paulo: RT, 1989, p. 15.

⁴⁰ CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. **Direito processual constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 20.

⁴¹ Ibid., 1998, p. 20-21.

⁴² Ibid., 1998, p. 21.

⁴³ Ibid., 1998, p. 22.

é, aqueles que, também “[...] transindividuais, caracterizam-se pela ligação mais circunstancial dos seus titulares.”⁴⁴

Superando as diversas opiniões doutrinárias acerca do alcance da expressão direitos coletivos, a Lei n. 12.016/09 esclareceu o que podem ser direitos líquidos e certos defensáveis através do mandado de segurança coletivo em seu art. 21, I e II: “coletivos, assim entendidos, para efeito desta Lei, os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular grupo ou categoria de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica básica” e “individuais homogêneos, assim entendidos, para efeito desta Lei, os decorrentes de origem comum e da atividade ou situação específica da totalidade ou de parte dos associados ou membros do impetrante”.⁴⁵ Esses conceitos assemelham-se ao contidos no art. 81, parágrafo único, da Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor).

Admite-se, então, através do mandado de segurança coletivo, tanto a proteção de direitos coletivos, propriamente ditos ou em sentido estrito, como a proteção coletiva de direitos individuais, desde que homogêneos, caracterizados pela divisibilidade e pela possibilidade de serem individualizados, dotados, portanto, de titularidade determinada.

Observa-se que ficaram excluídos da defesa através do mandado de segurança coletivo, segundo a Lei n. 12.016/09, os direitos coletivos em sentido lato, ou seja, os difusos “[...] transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato”.⁴⁶ Isso se explica pela incompatibilidade entre a indeterminação dos titulares do direito que caracteriza a situação difusa, e a idéia de certeza e liquidez do direito exigida pelo mandado de segurança. Os direitos difusos podem ser defendidos adequadamente através da ação civil pública.

No campo das relações de trabalho o mandado de segurança coletivo encontra abundantes hipóteses de utilidade, para proteção de direitos líquidos e certos de natureza coletiva, observados sempre os requisitos constitucionais dessa ação, sejam direitos coletivos em sentido estrito, por exemplo, o piso salarial de determinada categoria profissional ou a preservação da liberdade para exercício do seu direito de greve, sejam em sentido amplo, os

⁴⁴ Ibid., 1998, p. 22.

⁴⁵ BRASIL. Presidência da República. Lei n. 12.016, de 7 de agosto de 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12016.htm>. Acesso em: 01 out. 2009.

⁴⁶ BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078compilado.htm>. Acesso em: 05 out. 2009.

denominados direitos individuais homogêneos como a cobrança de adicional noturno devido a determinados empregados, suprimido ilegalmente pelo empregador público.

3.1.2.1 O papel dos sindicatos

Ao detalhar os legitimados para impetração do mandado de segurança coletivo, a Lei n. 12.016/09, no art. 21, coerentemente com o disposto no art. 5º, LXX, da Constituição, e com a jurisprudência firmada sobre o assunto, contempla o

[...] partido político com representação no Congresso Nacional, na defesa de seus interesses legítimos relativos a seus integrantes ou à finalidade partidária, ou por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há, pelo menos, 1 (um) ano, em defesa de direitos líquidos e certos da totalidade, ou de parte, dos seus membros ou associados, na forma dos seus estatutos e desde que pertinentes às suas finalidades, dispensada, para tanto, autorização especial.⁴⁷

Apesar de seu destaque como instituição responsável pela defesa “[...] dos interesses sociais e individuais indisponíveis [...]”, nos termos do art. 127 da Constituição,⁴⁸ entre os quais se encontram os direitos coletivos e os individuais homogêneos, estes últimos desde que impregnados de relevante natureza social, o Ministério Público não consta do rol dos legitimados à impetração do mandado de segurança coletivo. Mas, como salienta Bueno,

O silêncio do art. 21, *caput*, da Lei n. 12.016/2009 não afasta a legitimidade ativa do Ministério Público para a impetração do mandado de segurança coletivo. Ela, embora não seja prevista expressamente pelo inciso LXX do art. 5º da Constituição Federal, decorre imediatamente das finalidades institucionais daquele órgão tais quais definidas pelos arts. 127 e 129, III, da mesma Carta e, infraconstitucionalmente, pelo art. 6º, VI, da Lei Complementar n. 75/1993, para o Ministério Público da União, e no art. 32, I, da Lei n. 8.625/1993, para o Ministério Público dos Estados.⁴⁹

Independente dessa discussão sobre a legitimidade ativa, busca-se corrigir a omissão no tocante ao Ministério Público, bem como assim no que diz respeito à legitimação da Defensoria Pública quando as duas instituições estiverem no exercício de suas atribuições constitucionais, através de Emenda Constitucional, conforme Propostas de Emenda

⁴⁷BRASIL. Lei n. 12.016, de 7 de agosto de 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12016.htm>. Acesso em: 01 out. 2009.

⁴⁸BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao_Compilado.htm>. Acesso em: 03 set. 2009.

⁴⁹ BUENO, Cassio Scarpinella. **A nova Lei do Mandado de Segurança**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 127.

Constitucional n. 74/07, de autoria do Senador Demóstenes Torres, e n. 84/07 do Senador José Maranhão, ambas relatadas pelo Senador Inácio Arruda em curso no Senado Federal.⁵⁰

Note-se que, relativamente aos sindicatos, por força do art. 8º, III, da Constituição, a eles, em geral, “cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas.”⁵¹

Entre as diversas questões polêmicas sobre os legitimados para o mandado de segurança coletivo, o Supremo Tribunal Federal proclamou não se aplicar aos entes sindicais a exigência de funcionamento há pelo menos um ano para impetração do mandado de segurança coletivo⁵² (mas somente para as associações). O STF também proclamou que “a entidade de classe tem legitimação para o mandado de segurança ainda quando a pretensão veiculada interesse apenas a uma parte da respectiva categoria” (Súmula 630), e que “a impetração de mandado de segurança coletivo por entidade de classe em favor dos associados independe da autorização destes” (Súmula 629).⁵³

Observe-se que o Supremo Tribunal Federal distingue a legitimação extraordinária constitucional para impetração do mandado de segurança coletivo, tal como prevista no art. 5º, LXX, da Constituição, da legitimação comum para representação coletiva, em juízo, dos associados, pelas respectivas associações, objeto do art. 5º, XXI, também da Constituição, e, por isso, assentou o entendimento de que não se aplica ao mandado de segurança coletivo a “[...] exigência inscrita no art. 2º-A da Lei nº 9.494/97, de instrução da petição inicial com a relação nominal dos associados da impetrante e da indicação dos seus respectivos endereços [...]”⁵⁴

Outro aspecto relevante sobre o mandado de segurança coletivo, alusivo à “pertinência temática” entre os fins da entidade de classe impetrante e o objeto da impetração, acha-se deslindado pelo Supremo Tribunal Federal, no sentido de que

⁵⁰ BRASIL. Senado Federal. Propostas de Emenda Constitucional n. 74 e 84, de 2007. Disponíveis em: <http://www.senado.gov.br/sf/atividade/materia/Consulta.asp?STR_TIPO=PEC&TXT_NUM=74&TXT_ANO=2007&Tipo_Cons=6&IND_COMPL=&FlagTot=1>. Acesso em: 06 out. 2009.

⁵¹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao_Compilado.htm>. Acesso em: 03 set. 2009.

⁵² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Proc. Recurso Extraordinário n. 198.919-0-DF, 1. Turma, relator Min. Ilmar Galvão, julgado em 15 jun. 1999. **Diário de Justiça da União**, Brasília, DF, 24 set. 1999. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE\\$.SCLA.%20E%20198919.NUME.%29%20OU%20%28RE.ACMS.%20ADJ2%20198919.ACMS.%29&base=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE$.SCLA.%20E%20198919.NUME.%29%20OU%20%28RE.ACMS.%20ADJ2%20198919.ACMS.%29&base=baseAcordaos)>. Acesso em: 05 out. 2009.

⁵³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmulas 629 e 630. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigoBd.asp#visualizar>>. Acesso em: 05 out. 2009.

⁵⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Proc. Mandado de Segurança n. 23.769-BA, Pleno, relatora Min. Ellen Gracie, julgado em 03 abr. 2002. **Diário de Justiça da União**, Brasília, DF, 30 abr. 2004, p. 33. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 06 out. 2009.

[...] o objeto do mandado de segurança coletivo será um direito dos associados, independentemente de guardar vínculo com os fins próprios da entidade impetrante do writ, exigindo-se, entretanto, que o direito esteja compreendido nas atividades exercidas pelos associados, mas não se exigindo que o direito seja peculiar, próprio, da classe [...].⁵⁵

Isso significa que esse direito reivindicado tanto pode estar relacionado com os fins do impetrante como estar atrelado à atividade de seus associados. Cumpre observar, também, que

[...] o mandado de segurança coletivo, como garantia constitucional fundamental que é, deve ter sua eficácia potencializada em grau máximo. As eventuais limitações que possa merecer, que não decorram expressa ou implicitamente da própria Constituição, supõem fundamento razoável e previsão específica em lei.⁵⁶

O papel dos sindicatos como legitimados ativos para impetração do mandado de segurança coletivo é, assim, relevante e expressamente contemplado no art. 5º, LXX, “b”, da Constituição.

Essa importância, no âmbito do mandado de segurança, não se esgota na defesa dos direitos coletivos líquidos e certos, e na defesa coletiva de direitos individuais homogêneos, mas, também, no plano dos direitos individuais não homogêneos, por força do disposto no art. 8º, III, da Constituição, observando-se que, nesse caso, incidirá a figura da representação processual, para a qual será necessária autorização do titular do direito para que a entidade aja em seu nome. Saliente-se ainda, que nas relações de trabalho vigora a Lei n. 5.584, de 26 de junho de 1970, que no art. 14, defere aos sindicatos a incumbência de prestar assistência judiciária ao trabalhador necessitado, assim considerado aquele que receber salário mensal não superior a dois salários mínimos ou que esteja em situação econômica que não lhe permita demandar em juízo sem prejuízo de seu sustento ou da família.

3.2 Mandado de segurança e competência da Justiça do Trabalho

A legislação trabalhista refere-se ao mandado de segurança somente para indicar a competência dos Tribunais Regionais do Trabalho e do Tribunal Superior do Trabalho. Nada diz acerca dessa competência para os órgãos de primeiro grau da Justiça do Trabalho (Juízes das Varas do Trabalho).

⁵⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Proc. Mandado de Segurança n. 22.132-RJ, Pleno. Relator Min. Carlos Velloso, julgado em 21 ago. 1996. **Diário de Justiça**, Brasília, DF, 18 nov. 1996, p. 39848. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 06 out. 2009.

⁵⁶ ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo** - Tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 2. ed. rev. atual. São Paulo: RT, 2007, p. 219.

A Consolidação das Leis do Trabalho⁵⁷, no art. 678, I, “b”, 3, com texto dado pela Lei n. 5.442, de 24 de maio de 1968, defere ao Pleno dos Tribunais Regionais do Trabalho a competência originária para processar e julgar os mandados de segurança.

A competência do Tribunal Superior do Trabalho está disciplinada pela Lei n. 7.701, de 21 de dezembro de 1988⁵⁸, de modo que cabe à sua Seção de Dissídios Coletivos, originariamente, julgar os mandados de segurança impetrados contra atos praticados por Ministros em processo de dissídio coletivo (art. 2º, I, “d”), e, em última instância, os recursos ordinários interpostos das decisões dos Tribunais Regionais do Trabalho, em mandados de segurança referentes a dissídios coletivos (art. 2º, II, “b”); e à Seção de Dissídios Individuais compete julgar, originariamente, “os mandados de segurança, de sua competência originária, na forma da lei” (art. 3º, I, “b”)⁵⁹, e em última instância, os recursos ordinários das decisões dos Tribunais Regionais do Trabalho proferidas nos processos de sua competência originária (art. 3º, III, “a”), entre os quais, os mandados de segurança referidos na Consolidação das Leis do Trabalho, art. 678, I, “b”, 3, que não digam respeito a dissídio coletivo.

Além disso, a Lei Orgânica da Magistratura Nacional (Lei Complementar nº 35, de 14 de março de 1979), no art. 21, VI, estabelece que compete, privativamente, aos tribunais, “[...] julgar, originariamente, os mandados de segurança contra seus atos, os dos respectivos Presidentes e os de suas Câmaras, Turmas ou Seções”⁶⁰.

Cabimento do mandado de segurança na Justiça do Trabalho, natureza do regime jurídico de trabalho dos servidores públicos e competência da Justiça do Trabalho são temas interdependentes, mas sujeitos a enfoques distintos, tendo como marco temporal a Emenda

⁵⁷BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm>. Acesso em: 01 set. 2009.

⁵⁸BRASIL. Lei n. 7.708, de 21 de dezembro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7701.htm#art4>. Acesso em: 01 set. 2009.

⁵⁹ Mas quem, efetivamente, disciplina essa competência, na falta de lei, é o Regimento Interno do Tribunal Superior do Trabalho. Assim, cabe ao respectivo Órgão Especial, em matéria judiciária, “julgar mandado de segurança impetrado contra atos do Presidente ou de qualquer Ministro do Tribunal, ressalvada a competência das Seções Especializadas”, e “julgar os recursos interpostos contra decisões dos Tribunais Regionais do Trabalho em mandado de segurança de interesse de Juízes e servidores da Justiça do Trabalho” (art. 69, I, “b” e “c”). E compete à Subseção II (órgão fracionado da Seção de Dissídios Individuais), originariamente, “julgar os mandados de segurança contra os atos praticados pelo Presidente do Tribunal, ou por qualquer dos Ministros integrantes da Seção Especializada em Dissídios Individuais, nos processos de sua competência” (art. 71, III, “a”, 2), e, em última instância, “julgar os recursos ordinários interpostos contra decisões dos Tribunais Regionais em processos de dissídio individual de sua competência originária” (art. 71, III, “c”, 1), entre os quais os mandados de segurança decididos pelos Regionais em matéria que não se refira a dissídio coletivo. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/DGCJ/IndiceResolucoes/ResAdm/1295.html>>. Acesso em: 01 set. 2009.

⁶⁰BRASIL. Lei Complementar n. 35, de 14 de março de 1979. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp35.htm>. Acesso em: 01 set. 2009.

Constitucional n. 45/04, que alterou, entre outros dispositivos, o art. 114 da Constituição da República de 1988.

3.2.1 Situação anterior à Emenda Constitucional n. 45, de 30 de dezembro de 2004

Antes da Emenda Constitucional n. 45/04, que trata da reforma do Poder Judiciário, não se tinha referência explícita, no texto constitucional, à competência da Justiça do Trabalho para mandado de segurança. Quem cuidava disso era a legislação ordinária, na Consolidação das Leis do Trabalho e Lei n. 7.701/88 antes mencionadas, e, implicitamente, a Lei Complementar n. 35/79.

3.2.1.1 Critérios para definição da competência

A competência é necessária para demarcar os “limites de atuação de cada um dos juízes no exercício da função jurisdicional”⁶¹ própria do Estado e exercida pelo Poder Judiciário.

A competência interna segue classificação guiada por critérios lógicos em razão do território, das pessoas, da matéria, do valor da causa e funcional.⁶²

Quando se cogita de mandado de segurança, que, além de garantia constitucional, é uma ação, não se deve esquecer a teoria geral do processo, de sorte que

O juiz, quando do julgamento do pedido do autor de qualquer ação, deverá, antes de entrar no mérito, examinar os requisitos relativos à existência ou estabilidade da relação jurídico-processual, bem como aqueles relativos às condições da ação (CPC, art. 267, IV e VI).

O primeiro pressuposto processual a ser examinado é o do ‘juiz competente’. E o ‘juiz competente’, no caso da ação de mandado de segurança, é firmado pela ‘autoridade coatora’.

Nas ações não-especiais, se assim podemos dizer para diferenciar, a competência do órgão julgante é fixada de acordo com a matéria em lide, com o valor da causa, com o território, com a pessoa do litigante. Já no mandado de segurança, o critério é sobretudo firmado *ratione muneris*, isto é, tendo em conta a ‘função’ ou o ‘cargo’ da autoridade coatora. À evidência, mesmo comandado pelo cargo ou função da autoridade coatora, outros elementos, todos secundários, influirão na fixação do juiz natural do mandado de segurança. Desse modo, o ‘território’ em que se acha sediada a autoridade coatora e a própria matéria, como se dá, por exemplo, com mandado de segurança impetrado na Justiça Eleitoral. Mas, de qualquer sorte, a tônica da competência advém sempre do cargo ou função do impetrado.⁶³

⁶¹ CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. **Direito processual constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 63.

⁶² *Ibid.*, 1998, p. 65.

⁶³ MACIEL, Adhemar Ferreira. Observações sobre autoridade coatora no mandado de segurança. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). **Mandados de segurança e de injunção**. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 167-197, p. 178.

Focalizando a relação processual do mandado de segurança, nesse sentido também são as palavras de Agrícola Barbi:

A determinação da competência para o julgamento dos mandados de segurança está assentada, segundo Castro Nunes, em dois princípios: *a)* o da qualificação da autoridade coatora como ‘federal’ ou ‘local’; *b)* o da ‘hierarquia’ daquela autoridade. É, em princípio, uma competência estabelecida pela qualidade e graduação daquelas pessoas e não pela natureza da questão a ser apreciada no mandado de segurança.⁶⁴

Meirelles é incisivo em torno da mesma linha de pensamento: “[...] para a fixação do juízo competente em mandado de segurança, não interessa a natureza do ato impugnado; o que importa é a sede da autoridade coatora e a sua categoria funcional, reconhecida nas normas de organização judiciária pertinentes [...]”.⁶⁵ E acresce Meirelles:

Observamos, finalmente que com impropriedade se têm denominado de mandado de segurança ‘criminal’, ‘eleitoral’, ‘trabalhista’ os que são impetrados perante essas Justiças. Há manifesto equívoco nessas denominações, pois todo mandado de segurança é *ação civil*, regida sempre pelas normas da Lei 1.531/51 (*sic*) e do Código de Processo Civil, qualquer que seja o juízo competente para julgá-los. Para fins de segurança não importa a origem do ato impugnado nem a natureza das funções da autoridade coatora, visto que todos se sujeitam ao preceito nivelador do inciso LXIX, do art. 5º, da Constituição da República.⁶⁶

Constata-se, então, a prevalência do critério orientado pela sede e pela categoria funcional da autoridade impetrada, para fixação da competência para conhecer do mandado de segurança, sobejando a matéria questionada como critério complementar, de modo a direcionar a impetração para a Justiça comum ou uma das especializadas.

3.2.1.2 A jurisprudência ignorada do Supremo Tribunal Federal

Tal linha de pensamento acha-se imbricada com a própria questão do cabimento do mandado de segurança para dirimir questões trabalhistas, resolvida com resposta negativa, a qual teve seu ápice na Súmula 195 do antigo Tribunal Federal de Recursos, que preconizava não ser o mandado de segurança a via processual idônea para dirimir litígios trabalhistas. Essa Súmula manteve-se prestigiada na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

Mandado de segurança. Reclamação trabalhista. Continua em vigor a Súmula 195 do extinto Tribunal Federal de Recursos, que dispõe: o mandado de segurança não é

⁶⁴ BARBI, Celso Agrícola. **Do mandado de segurança**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 133.

⁶⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, "Habeas Data"**. 13. ed. ampl. e atual. pela Constituição de 1988. São Paulo: RT, 1989, p. 45.

⁶⁶ *Ibid.*, 1989, p. 47.

meio processual idôneo para dirimir litígios trabalhistas. Mandado de segurança não conhecido.⁶⁷

Então, nesse passo, não tinha cabimento mandado de segurança para atacar os atos praticados por autoridade pública na qualidade de empregador.

O dito entendimento, porém, ignorava a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que, com fundamento na doutrina de Agustín Gordillo, não mais considera a teoria da dupla personalidade do Estado, de modo a ter em conta que é sempre pública a atividade do Estado. Confira-se o seguinte aresto nesse sentido:

Ementa - 1. Mandado de segurança: cabimento: ato de autoridade: dispensa de servidor público por decreto presidencial. A atividade estatal é sempre pública, ainda que inserida em relações de direito privado e sobre elas irradiando efeitos; sendo, pois, ato de autoridade, o decreto presidencial que dispensa servidor público, embora regido pela legislação trabalhista, a sua desconstituição pode ser postulada em mandado de segurança [...].⁶⁸

Conseqüentemente, para o Supremo Tribunal Federal deve ser admitido o mandado de segurança também para controle dos atos de ordem privada, desde que produzidos por ação ou omissão de autoridade pública, donde se incluem aqueles relacionados com a celebração, execução e extinção de contratos de trabalho pelo poder público, observada, quanto à competência originária, a combinação dos critérios de hierarquia e qualificação da autoridade coatora, como feito no mesmo MS n. 21.109-1-DF, com a matéria questionada, tal qual decidido no acórdão proferido sob a seguinte ementa:

Competência - mandado de segurança. A competência para processar e julgar mandado de segurança impetrado por ex-empregado contra empregador, muito embora sociedade de economia mista, de estatura federal, em fase de liquidação, é da Justiça do Trabalho, por enquadrar-se no artigo 114 da Constituição Federal.⁶⁹

A posição adotada em tais decisões do Supremo Tribunal Federal, seja quanto ao cabimento do mandado de segurança para solucionar questões trabalhistas, seja quando à

⁶⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Proc. MS n. 648-1990-0012531-6/DF, 1. Seção. Rel. Min. José de Jesus Filho, julgado em 24 Set. 1991. **Diário de Justiça da União**, Brasília, DF, 11 maio 1992, p. 6399. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=sumula+195+TFR&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=>>>. Acesso em: 02 set. 2009.

⁶⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Proc. MS n. 21.109-1-DF, Pleno. Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgado em 08 maio 1991. **Diário de Justiça da União**, Brasília, DF, 19 fev. 1993, p. 02033. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 02 set. 2009.

⁶⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Proc. MS-AgRg n° 21.200-4-DF, Pleno, rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 24 set. 1992. **Diário de Justiça da União**, Brasília, DF, 10 set. 1993, p. 18375. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(21200.NUME. OU 21200.ACMS.\)\('MARCO AURÉLIO'\).NORL. OU 'MARCO AURÉLIO'.NORV. OU 'MARCO AURÉLIO'.NORA. OU 'MARCO AURÉLIO'.ACMS.\)&base=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(21200.NUME. OU 21200.ACMS.)('MARCO AURÉLIO').NORL. OU 'MARCO AURÉLIO'.NORV. OU 'MARCO AURÉLIO'.NORA. OU 'MARCO AURÉLIO'.ACMS.)&base=baseAcordaos)>. Acesso em: 02 set. 2009.

possibilidade de considerar-se a matéria (trabalhista) para definição da competência, permaneceu ignorada tanto pelo Superior Tribunal de Justiça - responsável por dirimir os conflitos de competência entre Justiça Comum e Justiça do Trabalho à luz do art. 105, I, “d”, da Constituição da República de 1988 – seja pelos próprios órgãos da Justiça trabalhista, como demonstrado no item 3.2.1.3.

3.2.1.3 Entendimento dominante na Justiça do Trabalho e a mitigação do mandado de segurança

Em consequência do critério *ratione muneris* e diante da interpretação dada às disposições da Consolidação das Leis do Trabalho, da Lei n. 7.701/88 e da Lei Complementar n. 35/79, acima referidas, para fixação da competência em mandado de segurança, a impetração foi amesquinhada na Justiça do Trabalho, com apoio da jurisprudência capitaneada pelo Tribunal Superior do Trabalho, no sentido de restringi-la ao controle de atos dos juízes e tribunais trabalhistas, restando os atos praticados pelas demais autoridades, mesmo que em matéria trabalhista, para a competência da Justiça Estadual ou da Justiça Federal, conforme a qualidade do coator. Disso é exemplo o seguinte aresto:

Mandado de segurança coletivo. Ato de presidente de sociedade de economia mista. Incompetência da Justiça do Trabalho.

1. O mandado de segurança coletivo da competência do Judiciário Trabalhista é unicamente o que ataca ato das respectivas autoridades (artigo 21, VI, da LC n. 35/79).
2. O que fixa a competência da Justiça do Trabalho, no caso, não é a natureza da matéria, a qualidade da entidade sindical do impetrante, ou provir de empregador o ato impugnado: a tônica é dada apenas pelo ato de autoridade atacado, que, no caso, para determinar a competência da Justiça do Trabalho deve emanar da própria Justiça do Trabalho.
3. Recurso ordinário a que se nega provimento.⁷⁰

Observa-se, pois, que o trabalhador, individual ou coletivamente, vítima de ato ilegal ou abusivo de autoridade pública, não encontrava apoio na Justiça do Trabalho para resguardar-se de lesão ou ameaça de lesão a seu direito líquido e certo.

A garantia do mandado de segurança, antes da Emenda Constitucional n. 45/04, nos foros trabalhistas, achava-se restrita ao ataque de atos administrativos praticados pelos juízes ou tribunais da Justiça do Trabalho, tais como os relativos a concursos públicos para ingresso nos quadros dessa Justiça e disputas por promoções na carreira da magistratura.

⁷⁰ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Proc. TST-RO-MS n. 328.699/1996, SBDI2. Relator Ministro João Oreste Dalazen, julgado em 16 jun. 1998. **Diário de Justiça da União**, Brasília, DF, 14 ago. 1998. Disponível em: <http://brs02.tst.jus.br/cgi-bin/nph-brs?d=BLNK&s1=Ato+e+presidente+e+sociedade+e+economia+e+mista+e+Incompet%EAncia+&s2=ju01.base.&u=http://www.tst.gov.br/jurisprudencia/brs/npit/n_nspitge n_un.html&p=1&r=1&f=G&l=0>. Acesso em: 02 set. 2009.

Outra utilização da impetração, muito frequente, aliás, dava-se como simples sucedâneo de agravo de instrumento para hostilizar decisões judiciais interlocutórias irrecorríveis de imediato no processo do trabalho, considerado o disposto no art. 893, §1º, da Consolidação das Leis do Trabalho, particularmente as antecipações de tutela e liminares, expressamente reconhecidas na Súmula 414 do Tribunal Superior do Trabalho.

3.2.1.4 Posição da doutrina

Ao tratar da Justiça do Trabalho e socorrendo-se de antiga jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, Agrícola Barbi abona o entendimento de que, na ausência de normas sobre a competência para o mandado de segurança, deve-se ter “[...] assentado o princípio de que o juízo competente para conhecer da medida é o de primeira instância, seguindo-se a graduação hierárquica dos tribunais no mecanismo das instâncias desta Justiça Especializada”,⁷¹ ressaltando-se a competência originária dos Tribunais Regionais do Trabalho e do Tribunal Superior do Trabalho.

Teixeira Filho⁷², no entanto, nega competência para conhecer de mandado de segurança aos órgãos de primeiro grau da Justiça do Trabalho – antigas Juntas de Conciliação e Julgamento, hoje Juízes do Trabalho – tanto que os arts. 652 e 653, da Consolidação das Leis do Trabalho, omitiram-se de mencionar o mandado de segurança entre as ações confiadas à competência originária desses órgãos. E explica essa negação de competência porque:

[...] se for coatora alguma autoridade vinculada à administração (federal, estadual ou municipal), à legislatura (idem), ou à organização judiciária que não seja a do Trabalho, a incompetência desta Justiça especializada chega a ser ofuscante, devendo ser mencionado, no caso de autoridade coatora ser federal, o art. 109, VIII, da Constituição da República, que comete a competência aos juízes federais; se a autoridade coatora for efetivamente da Justiça do Trabalho, haverá, mesmo assim, incompetência da Juntas de Conciliação e Julgamento em virtude da *hierarquia*, pois se dita autoridade for de primeiro grau a competência será do Tribunal Regional; se de segundo ou de terceiro graus, a competência para apreciar a ação de segurança será do Tribunal Superior do Trabalho.⁷³

Esse pensamento demonstra a prevalência da qualidade e do *status* funcional da pessoa do impetrado como elemento colocado em primeiro lugar para fixação da competência da Justiça do Trabalho em mandado de segurança. Embora represente a maioria entre os doutrinadores trabalhistas, não se harmoniza com a idéia de quem, atento à jurisprudência do

⁷¹ BARBI, Celso Agrícola. **Do mandado de segurança**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 138.

⁷² TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. **Mandado de segurança na justiça do trabalho individual e coletivo**. São Paulo: LTr, 1992, p. 177.

⁷³ Ibid., 1992, p. 177.

Supremo Tribunal Federal (item 3.2.1.2 acima), admite o mandado de segurança para dirimir questões trabalhistas e afirma que, “[...] na falta de regra especial, compete à Justiça do Trabalho de primeiro grau conhecer do mandado de segurança cuja lide seja de natureza trabalhista [...]”.⁷⁴

3.2.2 *Competência da Justiça do Trabalho para o mandado de segurança segundo o novo artigo 114, IV, da Constituição da República*

O novo art. 114, IV, da Constituição da República, introduzido pela Emenda Constitucional n. 45/04, traz a expressa competência da Justiça do Trabalho para processar e julgar os mandados de segurança, “[...] quando o ato questionado envolver matéria sujeita à sua jurisdição.”⁷⁵

É indubitável, a partir daí, que todos os órgãos dessa Justiça estão habilitados ao deslinde de mandados de segurança, não apenas quando tiverem por objeto atos praticados por juízes e tribunais do trabalho mas sim quando se referirem às ações alinhadas nos demais incisos do referido art. 114.

3.2.2.1 *Prevalência do critério material*

A Emenda Constitucional n. 45/04, ao dar nova redação art. 114, IV, da Constituição, alterou o tradicional parâmetro orientado pela pessoa do coator, utilizado por força da jurisprudência então dominante para definição da competência da Justiça do Trabalho para processar e julgar mandados de segurança, passando a dar prioridade ao critério da matéria discutida, pondo fim a divergências e consolidando no texto constitucional a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal publicada em 1993, acima transcrita.

Observa Chaves que essa inovação permite o manejo do mandado de segurança não apenas como sucedâneo recursal e contra atos dos magistrados trabalhistas, como vinha ocorrendo largamente, abrindo-se a possibilidade de impetração “[...] também para o Primeiro

⁷⁴ MEIRELES, Edilton. Mandado de segurança na relação de emprego. In: BUENO, Cassio Scarpinella; ALVIM, Eduardo Arruda; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Aspectos polêmicos e atuais do mandado de segurança 51 anos depois**. São Paulo: RT, 2002. p. 238-245, p. 245.

⁷⁵ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao_Compilado.htm>. Acesso em: 03 set. 2009.

Grau (*sic*) de jurisdição, nos casos de autoridades públicas federais vinculadas à fiscalização do trabalho, bem assim relacionadas com o registro sindical”.⁷⁶

Esse critério em razão da matéria atrai, também, para a Justiça do Trabalho, os mandados de segurança impetrados pelos trabalhadores, ou seus representantes, diretamente contra os atos praticados pelos empregadores públicos – situação não admitida anteriormente - e, ainda, outros atos de autoridade (além dos magistrados trabalhistas e do poder público empregador) que se refiram a matéria trabalhista, tais como os praticados pelos membros do Ministério Público do Trabalho decorrentes da atuação nos inquéritos civis e demais procedimentos investigatórios que lhes são atribuídos por lei, atos que, pelo anterior critério prioritário do *status* funcional do impetrado, eram controlados via mandado de segurança pelos juízes federais de primeira instância.

Da mesma forma a impetração contra atos das autoridades da fiscalização trabalhista, nesses casos encontrando-se fundamento no item IV e também no item VII, do novo art. 114 da Constituição, podendo figurar como impetrante tanto um trabalhador, vítima de omissão da fiscalização, por exemplo, como os empregadores que tenham sofrido abuso de poder ou ilegalidade por autoridades do Ministério do Trabalho e Emprego.

A concentração do controle dos atos do poder público, através do mandado de segurança em matéria trabalhista perante a Justiça do Trabalho, traz a grande vantagem de abolir o anterior sistema que permitia a cisão da jurisdição nessa matéria, causando transtornos que levavam a paradoxos capazes de gerar decisões distintas porque proferidas por juízes diferentes. Por exemplo, a discussão em sede de mandado de segurança perante o juiz federal sobre o registro sindical de determinada entidade junto ao Ministério do Trabalho e Emprego, e perante o juiz do trabalho, via reclamação trabalhista na qual o trabalhador invocava a qualidade de estável por força do exercício de encargo de direção na entidade sindical cujo registro estava sendo discutido na outra esfera do Judiciário.

⁷⁶ CHAVES, Luciano Athayde. Dos ritos procedimentais das novas ações na Justiça do trabalho. In: COUTINHO, Grijalbo Fernandes; FAVA, Marcos Neves. (Coord). **Justiça do trabalho: Competência Ampliada**. São Paulo: LTr, 2005. p. 316-330, p. 323-324.

3.2.2.2 O critério da sede funcional e *status* da autoridade coatora

Esse critério, antes da Emenda Constitucional n. 45/04, como visto, situava-se em primeiro lugar para definição da competência da Justiça do Trabalho em mandado de segurança.

Na vigência dessa Emenda, com a preponderância do critério orientado em razão da matéria, ele passou a ter papel secundário, porém útil para fixação da competência hierárquica entre os órgãos da Justiça do Trabalho.

Dessa forma, excluída a competência originária do Tribunal Superior do Trabalho e dos Tribunais Regionais do Trabalho, alinhada no art. 678, I, “b”, 3, da Consolidação das Leis do Trabalho e na Lei n. 7.701/88, em matéria trabalhista, reconhece-se a competência funcional originária dos juízes das Varas do Trabalho.

Tratando-se de matéria trabalhista e fazendo-se uma interpretação sistemática que considere o art. 114, IV, da Constituição,⁷⁷ no caso de autoridades com foro previsto no Superior Tribunal de Justiça, notadamente os Ministros de Estado (Constituição da República, art. 105, “b”), chega-se à conclusão de que os mandados de segurança contra seus atos serão processados e julgados por tribunal de estatura equivalente, isto é, o Tribunal Superior do Trabalho.⁷⁸

O mesmo raciocínio é feito para outras autoridades com foro nos Tribunais de Justiça, conforme a legislação estadual, a exemplo dos Governadores e Secretários de Estado cujos mandados de segurança quando versarem matéria trabalhista devem ser julgados

⁷⁷ O Supremo Tribunal Federal, ao dispor sobre o exercício do direito de greve no serviço público, aplicou raciocínio semelhante, espelhando-se na competência originária do Tribunal Superior do Trabalho e dos Tribunais Regionais do Trabalho em questões sobre dissídios coletivos dos trabalhadores do setor privado, de âmbito nacional e regional, de maneira que, tratando-se de greve no serviço público de âmbito nacional ou que alcance mais de um Estado ou região da Justiça Federal, a competência para a ação será do Superior Tribunal de Justiça e, se de âmbito local ou regional, do Tribunal de Justiça do Estado ou do Tribunal Regional Federal – este no caso de servidores federais. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Proc. Mandado de Injunção n. 708/DF. Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 25 out. 2007. **Diário de Justiça da União**, Brasília, DF, 31 out. 2008. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=mandado e segurança e competência e ato e ministro e matéria e trabalhista&base=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=mandado+e+segurança+e+competência+e+ato+e+ministro+e+materia+e+trabalhista&base=baseAcordaos)>. Acesso em: 04 set. 2009.

⁷⁸ O Superior Tribunal de Justiça, no entanto, tem acórdão em sentido contrário, isto é, afirmando sua competência originária para conhecer de mandado de segurança quando apontado como coator o Ministro do Trabalho e Emprego, mesmo em matéria trabalhista (questionamento de registro sindical). BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Proc. MS n. 10295.2005.0001694-2/DF, 1. Seção, rel. Min. Denise Arruda, julgado em 23 nov. 2005. **Diário de Justiça da União**, Brasília, DF, 12 dez. 2005, p. 251. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=compet%Eancia+mandado+seguran%E7a+ato+ministro+estado+mat%E9ria+trabalhista&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=6>>. Acesso em: 04 set. 2009. Esse julgado está equivocado por dois motivos: primeiramente porque a regra contida no art. 114, IV, da Constituição, é posterior à prevista no art. 105, I, “b”, da mesma Carta, revogando-a no que pertine à competência trabalhista, e, em segundo lugar, porque a competência da Justiça do Trabalho é que advém de regra especial, e, não, a do Superior Tribunal de Justiça.

originariamente por um tribunal de grau equivalente, ou seja, o Tribunal Regional do Trabalho com jurisdição no respectivo Estado.

Deve ser registrada a exceção a essa regra da competência em razão da matéria quando se tratar da competência originária do Supremo Tribunal Federal, que tem competência para todas as matérias e se rege, no tocante ao mandado de segurança, pelo critério do *status* funcional da autoridade coatora nos termos do art. 102, I, “d” da Constituição, ou seja, quando figurar como impetrado, além desse mesmo Tribunal, o Presidente da República, as Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, o Tribunal de Contas da União e o Procurador Geral da República. Aliás, assim reconheceu o referido Tribunal no Proc. MS n. 21.109-1-DF:

[...] 3. S.T.F.: Competência: Mandado de segurança contra ato do Presidente da República, embora versando matéria trabalhista. A competência originária para julgar mandado de segurança é determinada segundo a hierarquia da autoridade coatora e não, segundo a natureza da relação jurídica alcançada pelo ato coator. A competência do Supremo Tribunal Federal, órgão solitário de cúpula do Poder Judiciário nacional, não se pode opor a competência especializada, ‘*ratione materiae*’, dos seus diversos ramos [...].⁷⁹

3.2.2.3 Subsiste a competência meramente em razão da pessoa do impetrado, na Justiça do Trabalho (art. 21, VI, da Lei Complementar n. 35/79)?

Merece ser perquirido se o critério em razão da matéria adotado pelo novo art. 114, IV, da Constituição invalida a regra contida no art. 21, VI, da Lei Orgânica da Magistratura Nacional, que dá aos tribunais competência privativa para originariamente julgar mandados de segurança cujo objeto sejam atos praticados por seus órgãos. Nesse caso, não se considera a matéria discutida.

Na vigência da Emenda Constitucional n. 45/04 o antigo dispositivo da Lei Complementar focalizada deve ser lido em cotejo com o novo art. 114, IV, da Constituição, de modo a não se desprezar o critério material nele realçado, concluindo-se que, ressalvada a competência intocável do Supremo Tribunal Federal, quando se tratar de ato trabalhista à luz do elenco do mesmo art. 114, deve-se reconhecer a competência da Justiça do Trabalho por um de seus tribunais para processar e julgar originariamente o mandado de segurança impetrado contra os demais tribunais. A hipótese será rara, mas não impossível na prática.

⁷⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Proc. MS n. 21.109-1-DF, Pleno. Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgado em 08 maio 1991. **Diário de Justiça da União**, Brasília, DF, 19 fev. 1993, p. 02033. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 02 set. 2009.

3.2.3 A situação dos servidores públicos submetidos ao regime jurídico único

Chamado a interpretar o novo texto do art. 114 da Constituição, decorrente da Emenda Constitucional n. 45/04, o Supremo Tribunal Federal, na medida cautelar à ADI n. 3.395-6-DF, reafirmou seu posicionamento de que os litígios havidos entre o poder público e servidores públicos, fundados em relação jurídica estatutária ou administrativa, são da competência da Justiça comum e não da Justiça do Trabalho:

EMENTA: INCONSTITUCIONALIDADE. Ação direta. Competência. Justiça do Trabalho. Incompetência reconhecida. Causas entre o Poder Público e seus servidores estatutários. Ações que não se reputam oriundas de relação de trabalho. Conceito estrito desta relação. Feitos da competência da Justiça Comum. Interpretação do art. 114, inc. I, da CF, introduzido pela EC 45/2004. Precedentes. Liminar deferida para excluir outra interpretação. O disposto no art. 114, I, da Constituição da República, não abrange as causas instauradas entre o Poder Público e servidor que lhe seja vinculado por relação jurídico-estatutária.⁸⁰

Quanto ao regime jurídico que enlaça a Administração Pública aos servidores públicos, a redação original do art. 39 da Constituição da República de 1988 previa que União, Estados, Distrito Federal e Municípios instituissem regime jurídico único e planos de carreira para os servidores da Administração Pública direta, bem como autarquias e fundações públicas. Em 1998 a Emenda Constitucional n. 19 introduziu profunda alteração na redação do artigo, abolindo completamente a obrigatoriedade desse regime único, de sorte que tais entidades ficaram livres para seguir mais de um regime - administrativo e contratual trabalhista - podendo, inclusive, adotá-los concomitantemente.

No entanto, o Supremo Tribunal Federal, também em medida cautelar, acolheu a arguição de inconstitucionalidade formal da modificação efetuada pela Emenda Constitucional n. 19/98, e restaurou, com efeito *ex nunc*, o conteúdo original do art. 39 da Constituição (ADI/MC n. 2135/DF), preservando, porém, até final julgamento da ADI, a validade dos atos já praticados com fundamento nas leis que tenham sido editadas enquanto vigorou a referida Emenda.

⁸⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Proc. n. ADI/MC 3.395-6-DF, rel. Min. Cezar Peluso, julgado em 05 abr. 2006. **Diário de Justiça da União**, Brasília, DF, 10 nov. 2006, p. 49. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(3395.NUM.E.OU.3395.ACMS.\)&base=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(3395.NUM.E.OU.3395.ACMS.)&base=baseAcordaos)>. Acesso em: 03 set. 2009.

3.2.3.1 Os servidores da Administração Pública direta, autárquica e fundacional: o compulsório regime jurídico único de natureza administrativa (STF/ADI 2135/DF)

Ao suspender cautelarmente por inconstitucionalidade formal a vigência do *caput* do art. 39 da Constituição com a redação dada pela Emenda n. 19/98, o Supremo Tribunal Federal reconheceu que, por ocasião da elaboração dessa Emenda, a figura do contrato de emprego público que se pretendia instituir não recebeu a necessária votação majoritária de três quintos dos Deputados Federais, em primeiro turno de votação, como se constata em trecho da ementa do respectivo acórdão:

[...] 1. A matéria votada em destaque na Câmara dos Deputados no DVS nº 9 não foi aprovada em primeiro turno, pois obteve apenas 298 votos e não os 308 necessários. Manteve-se, assim, o então vigente *caput* do art. 39, que tratava do regime jurídico único, incompatível com a figura do emprego público. 2. O deslocamento do texto do § 2º do art. 39, nos termos do substitutivo aprovado, para o *caput* desse mesmo dispositivo representou, assim, uma tentativa de superar a não aprovação do DVS nº 9 e evitar a permanência do regime jurídico único previsto na redação original suprimida, circunstância que permitiu a implementação do contrato de emprego público ainda que à revelia da regra constitucional que exige o *quorum* de três quintos para aprovação de qualquer mudança constitucional [...].⁸¹

Tal decisão significa, na prática, que a adoção do regime jurídico único é compulsória para a Administração Pública direta, autárquica e fundacional de União, Estados, Distrito Federal e Municípios, e que esse regime jurídico único é, obrigatoriamente, o de natureza administrativa ou estatutária, não podendo mais os referidos entes adotar o regime contratual da Consolidação das Leis do Trabalho.

3.2.3.2 A exclusão do pessoal sob regime administrativo do direito de ação perante a Justiça do Trabalho

A natureza do regime jurídico regedor das relações entre Administração Pública e seus servidores é determinante para a fixação da competência da Justiça do Trabalho para deslindar as respectivas questões, inclusive através do mandado de segurança.

E a consequência do reconhecimento compulsório do regime jurídico único de natureza estatutária no serviço público, desde a ADI/MC n. 2135-DF, é que não compete à Justiça do

⁸¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Proc. n. ADI/MC 2.135-DF, rel. Min. Ellen Gracie, julgado em 02 ago. 2007. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 07 mar. 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%282135.NUME.%20OU%202135.A.CMS.%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 07 set. 2009.

Trabalho e sim à Justiça comum, Federal ou Estadual, dirimir os litígios entre as pessoas jurídicas de direito público interno e respectivos servidores.

Não têm, portanto, os servidores públicos, à luz do pensamento do Supremo Tribunal Federal consagrado na ADI/MC n. 2135-DF, direito de ação perante a Justiça do Trabalho, ressalvados os litígios pertinentes ao período em que vigorou a Emenda Constitucional n. 19/98, considerado o efeito *ex nunc* dado à proclamação cautelar da inconstitucionalidade formal no tocante ao texto emendado do art. 39 da Constituição.

3.2.3.3 Os empregados das sociedades de economia mista e empresas públicas

A restrição ao direito de escolha do regime jurídico único às pessoas jurídicas de direito público interno, levada a efeito pela decisão cautelar acima transcrita, praticamente esvazia a competência da Justiça do Trabalho quando se cogita de mandado de segurança que tem como finalidade, como é cediço, o controle judicial dos atos de autoridade pública, eivados de ilegalidade ou abuso de poder, impetrado pelo trabalhador para defesa de direito líquido e certo em face do empregador público.

Tal competência, nessa hipótese, fica reduzida aos mandados de segurança contra atos dos entes da Administração Pública indireta, dotados de personalidade jurídica de direito privado (empresas públicas e sociedades de economia mista) que seguem o regime da Consolidação das Leis do Trabalho, à luz do art. 173, §1º, II, da Constituição da República.

Mas, para que se possa chegar a tal conclusão, é preciso perquirir a possibilidade de manejo do mandado de segurança contra atos desses entes da Administração Pública indireta, considerada sua personalidade jurídica de direito privado.

O problema tem relevância porque, se não for admitida a impetração em casos tais, nem mesmo os empregados das referidas entidades da Administração Pública poderão socorrer-se do mandado de segurança diante dos atos ilegais e abusivos praticados por seus dirigentes com ofensa a direito líquido e certo, tornando, por completo, inadmissível o mandado de segurança na Justiça do Trabalho, como instrumento de proteção judicial do empregado em face do empregador público.

Com efeito, o Tribunal Superior do Trabalho entendia que o ato produzido por órgãos da Administração Pública direta e indireta, especificamente por empresas públicas e sociedades de

economia mista, referente às relações de trabalho, não era passível de mandado de segurança, visto não se tratar de ato de autoridade, como exemplificam os dois arestos seguintes:

Mandado de segurança - Relação empregatícia – Punição disciplinar - Sociedade de economia mista - Não conhecimento. A administração pública, direta ou indireta, quando contrata empregados, submete-se às regras e princípios que são próprios de relação jurídica de direito privado. Os atos que pratica não estão atrelados ao seu poder de império, porque não oriundos de autoridade, mas sim de empregador, que, no polo da relação de emprego, tem direitos e obrigações disciplinados pela CLT e legislação complementar. Logo, a recorrida, empresa de economia mista, praticou atos de gestão, no regime particular e não publicístico, ainda que norteados pela finalidade pública, de forma que o mandado de segurança revela-se totalmente inadequado, como remédio jurídico para impugná-los, como bem decidiu o v. acórdão regional. Recurso não provido.⁸²

Mandado de segurança coletivo - Cabimento - Empresa concessionária do poder público. A eventual lesão, causada pela empresa concessionária de serviço público a direito de seus empregados, ainda que líquido e certo, não será passível de mandado de segurança, pois decorre de atos de gestão privada, e não, do exercício da autoridade pública, delegada. Esta limitação, que se assenta na própria caracterização do remédio adotado, impede se resguardem direitos vinculados ao contrato de trabalho, situados, portanto, fora das lindes conceituais do mandado, pois derivam, não do exercício da atividade delegada, mas daquela relacionada com a simples gestão privada. Para defesa desses direitos, há remédio próprio, a reclamação.⁸³

Observa-se que esse posicionamento⁸⁴ não admitia mandado de segurança para dirimir litígio trabalhista (tal como fazia a mencionada Súmula 195 do extinto Tribunal Federal de Recursos) e que não considerava o ato dos dirigentes das empresas públicas e sociedades de economia mista ato de autoridade porque seria de mera gestão e, como tal, insuscetível de ataque via mandado de segurança, era fiel ao pensamento reinante à época, o qual adotava a doutrina repudiada pelo Supremo Tribunal Federal, conforme processos n. MS-21.109-1-DF, rel. Min. Sepúlveda Pertence, e n. MS-AgRg 21.200-4-DF, rel. Min. Marco Aurélio, referidos no item 3.2.1.2 acima.

Desta forma, porque “a atividade estatal é sempre pública, ainda que inserida em relações de direito privado e sobre elas irradiando efeitos” (STF, MS-21.109-1-DF), de modo a configurar

⁸² BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Proc. n. RO-MS 344247/1997, SBDI-2, rel. Min., Milton Moura França, julgado em 03 jun. 1998. **Diário de Justiça da União**, Brasília, DF, 28 ago. 1998, p. 325. Disponível em: <http://brs02.tst.jus.br/cgi-bin/nph-brs?d=BLNK&s1=mandado+e+seguran%E7a+e+cabimento+e+ato+e+sociedade+e+economia+e+mista&s2=ju01.base.&u=http://www.tst.gov.br/jurisprudencia/brs/nspit/n_nspitgen_un.html&p=1&r=3&f=G&l=0>. Acesso em: 07 set. 2009.

⁸³ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Proc. n. AG-MS 11713/1990, SDC. Rel. Min. Hylo Gugel, julgado em 25 jun. 1991. **Diário de Justiça da União**, Brasília, DF, 16 ago. 1991, p. 10868. Disponível em: <[http://www.tst.gov.br/jurisprudencia/brs/nspit/n_nspitgen_un.html&p=1&r=16&f=G&l=0](http://brs02.tst.jus.br/cgi-bin/nph-brs?d=BLNK&s1=mandado+e+seguran%E7a+e+cabimento+e+ato+e+empresa+e+p%FAblica&s2=ju01.base.&u=http://www.tst.gov.br/jurisprudencia/brs/nspit/n_nspitgen_un.html&p=1&r=16&f=G&l=0)>. Acesso em: 07 set. 2009.

⁸⁴ MACIEL, Adhemar Ferreira. Observações sobre autoridade coatora no mandado de segurança. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). **Mandados de segurança e de injunção**. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 167-197, p. 191-192, fiel à jurisprudência do extinto Tribunal Federal de Recursos, bem retrata a idéia de impossibilidade de caracterização, como ato de autoridade, daquele praticado por órgão da administração pública em uma relação trabalhista, e, conseqüentemente, não reparável mediante mandado de segurança.

ato de autoridade aquele que dispensar servidor público submetido à legislação trabalhista, podendo a sua desconstituição ser postulada em mandado de segurança, o qual, ressalvada a competência originária do Supremo Tribunal Federal, insere-se na competência da Justiça do Trabalho.

Portanto, a antiga corrente de pensamento restritiva do mandado de segurança em situações tais se acha superada.

Ressalte-se que os atos praticados por agentes das sociedades de economia mista e empresas públicas são considerados atos de autoridade pública, para efeito de mandado de segurança:

Para fins de mandado de segurança, contudo, consideram-se *atos de autoridade* não só os emanados das autoridades públicas propriamente ditas, como, também, os praticados por *administradores ou representantes de autarquias e de entidades paraestatais*, e, ainda, os de pessoas naturais ou jurídicas com funções delegadas, como são os *concessionários de serviços de utilidade pública* no que concerne a essas funções (art. 1º, §1º). Não se consideram atos de autoridade, passíveis de mandado de segurança, os praticados por pessoas ou instituições particulares, cuja atividade seja apenas *autorizada* pelo Poder Público, como são as organizações hospitalares, os estabelecimentos bancários, e as instituições de ensino, salvo quando desempenham atividade *delegada* (STF, Súmula 510).⁸⁵

“Ato de autoridade, destarte, é toda manifestação do Poder Público no desempenho de sua função ou a pretexto de exercê-la”⁸⁶, e “[...] as *decisões* dos dirigentes (das empresas públicas e sociedades de economia mista) equiparam-se a atos de autoridade para efeito de ajuizamento de mandado de segurança, ação popular e ação civil pública [...]”.⁸⁷ Então,

[...] é cabível a impetração de segurança contra empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações instituídas pelo Poder Público, submetidas a regime de direito privado. Basta para tanto que elas, à sua qualidade de pessoas jurídicas privadas, venha agregar a condição de delegatárias de serviço público, a qualquer título (concessão, autorização ou permissão).⁸⁸

Observa-se, portanto, para efeito de submissão a mandado de segurança, que a distinção entre atos de gestão e atos de império é irrelevante, em sintonia com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal acima apreciada, e que o simples fato de tratar-se de ato de empresa

⁸⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, "Habeas Data"**. 13. ed. ampl. e atual. pela Constituição de 1988. São Paulo: RT, 1989, p. 10-11.

⁸⁶ BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed. atualizada, São Paulo: Saraiva, 2001. 2 v., p. 361.

⁸⁷ MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2009, p. 92.

⁸⁸ BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva, op. cit., 2001, p. 363.

pública ou sociedade de economia mista também não impede ou exclui o cabimento do referido mandado.⁸⁹

Na vigência do regime constitucional de 1988 não é correta a singela repetição de frases prontas no sentido de que a Administração Pública, notadamente por suas pessoas jurídicas de direito privado, quando contrata trabalhadores sob a disciplina da Consolidação das Leis do Trabalho, iguala-se, em tudo, às empresas privadas, despidendo-se da qualidade de poder público. E assim porque, mesmo adotando o regime de pessoal das empresas privadas, deve submissão aos princípios constitucionais inscritos no art. 37 da Constituição, salientando-se a observância do concurso público para contratação de empregados, proibição de acumulação de empregos, cargos e funções públicas ao seu pessoal, equiparação de seus empregados a funcionários públicos para efeito de crimes contra a Administração Pública, responsabilização por improbidade administrativa e limite de remuneração a esses empregados.⁹⁰

A esse rol de particularidades, em contraste com as empresas privadas, acresça-se a submissão desses entes da Administração Pública indireta, no plano federal, à Lei do Processo Administrativo (Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999)⁹¹ e, em especial, a situação da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, empresa pública que, nada obstante a personalidade jurídica de direito privado, goza dos privilégios processuais e fiscais reservados à Fazenda Pública (isenção de custas processuais, prazo em quádruplo para contestar e em dobro para recorrer, além do pagamento das condenações judiciais através de precatório), como lhe reconheceu o Supremo Tribunal Federal⁹², por força do monopólio postal sob os seus cuidados. Nesse contexto, deve-se admitir o cabimento do mandado de segurança contra atos dos dirigentes das empresas públicas e sociedades de economia mista, alusivos a contratos de trabalho.

⁸⁹ A atual jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho não mais restringe o mandado de segurança na esfera trabalhista. Exemplo do manejo dessa ação, por empregado, contra ato de empresa pública empregadora, para defesa do direito líquido à apuração de falta disciplinar com observância do devido processo legal, é visto no Proc. n. AI-RR 376/2007-003-22-40, 2. Turma, relator Ministro Renato de Lacerda Paiva, julgado em 26 ago. 2009. DEJT 18 set. 2009. Disponível em: <<http://brs02.tst.jus.br/cgi-bin/nph-brs?s1=4893314.nia.&u=/Brs/it01.html&p=1&l=1&d=blnk&f=g&r=1>>. Acesso em: 28 set. 2009.

⁹⁰ MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2009, p. 93 e 279.

⁹¹ BRASIL. Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9784.htm>. Acesso em: 05 out. 2009.

⁹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Proc. Recurso Extraordinário n. 220.906/DF, Pleno, relator Ministro Maurício Corrêa, julgado em 11 nov. 2000. **Diário de Justiça da União**, Brasília, DF, 14 nov. 2002, p. 15. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=correios+e+fazenda+e+p%FAblica&pagina=3&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 05 out. 2009.

4 APORTES DA AUTORA: CASOS CONCRETOS DE MANDADO DE SEGURANÇA NA JUSTIÇA DO TRABALHO

A pouca exploração doutrinária do tema objeto desta dissertação abre oportunidade para que na busca de um diálogo entre a teoria e a prática sejam aventadas situações de cabimento do mandado de segurança na Justiça do Trabalho, tendo em conta sua competência em razão da matéria determinada pelo art. 114, IV, da Constituição, com novo texto dado pela Emenda Constitucional n. 45/04.

4.1 A relevância, para a defesa dos direitos fundamentais dos trabalhadores, da adoção do critério material para definição da competência da Justiça do Trabalho quanto ao mandado de segurança

Como se viu no capítulo 3, até a promulgação da Emenda Constitucional n. 45/04, o mandado de segurança, apesar de seu elevado *status* de garantia constitucional destinada à defesa de direito líquido e certo ameaçado ou agredido por ato de autoridade do poder público, não tinha aplicação na Justiça do Trabalho para a defesa direta dos próprios direitos dos trabalhadores, notadamente seus direitos fundamentais, prestando-se quase que exclusivamente para atacar decisões dos juízes, não recorríveis de imediato, proferidas nas ações trabalhistas.

Assim, o novo paradigma inserido no art. 114, item IV, da Constituição, representado pela eleição do critério material (trabalhista) como traço definidor da competência da referida Justiça para conhecer do mandado de segurança, colocando-se acima do antigo critério ditado pela qualidade e hierarquia da autoridade impetrada, tem aspectos de relevância bem delineados.

O primeiro relaciona-se com a viabilização da reivindicação ou defesa do próprio direito fundamental, individual ou coletivo, previsto para os trabalhadores em suas relações com o poder público através do mandado de segurança. Trata-se de uma alternativa entre várias ações de rito comum já colocadas à disposição desses jurisdicionados, tal como a reclamação trabalhista, com a vantagem de, considerado seu rito especial, outorgar uma

prestação jurisdicional mais rápida, sem delongas probatórias e de execução ou cumprimento também mais célere, simplificado e eficiente como ocorre com as ações mandamentais.

Outro aspecto relevante consiste na unificação da jurisdição sobre temas trabalhistas na Justiça do Trabalho, trazendo para esse foro especializado questões outras que, nada obstante o aspecto trabalhista, achavam-se confiadas à Justiça comum, como as ações sobre representação sindical e as referentes a penalidades administrativas impostas pela fiscalização trabalhista aos empregadores cujo desfecho interfere diretamente nas relações entre trabalhador e empregador, definindo, por exemplo, respectivamente, o direito à estabilidade de representante sindical no emprego e à configuração de laço empregatício apontado pela citada fiscalização.

4.2 Direitos fundamentais defensáveis em mandado de segurança na seara trabalhista

A escolha do critério material como determinante para a competência da Justiça do Trabalho em mandado de segurança, à luz dos incisos do art. 114 da Constituição da República, permite sejam alinhadas algumas situações de cabimento do referido mandado, considerada a classificação dos direitos fundamentais dos trabalhadores em: específicos trabalhistas, não específicos trabalhistas, mas integrados às relações de trabalho, e inespecíficos não trabalhistas, como indicado no capítulo 1.

a) Quando se tratar de ato comissivo ou omissivo, lesivo ou ameaçador a direito líquido e certo do empregado¹, praticado na formação, execução, alteração ou extinção do contrato de trabalho - de natureza trabalhista, portanto - por autoridade pública, dentro da relação de trabalho (na qualidade de empregador), tais como:²

- dispensa imotivada de empregado público portador de garantia de emprego, a exemplo da gestante, do empregado eleito para direção da comissão interna de prevenção de acidentes e do dirigente sindical, ou, ainda que motivada essa dispensa, não precedida de inquérito judicial para apuração de falta grave (Constituição, art. 8º, VIII, e art. 10, II, “a” e “b”, do ADCT; art. 853 da Consolidação das Leis do Trabalho);

- obstáculo à fruição do seguro desemprego (art. 7º, II, da Constituição), sonogando-se a documentação necessária à sua postulação junto ao estabelecimento bancário pagador;

¹ Aqui compreendidos os direitos que não dependem de regulamentação ou já estão regulamentados na legislação infraconstitucional.

² Localizam-se nesse rol a ameaça e a agressão a direitos específicos trabalhistas.

- não efetivação dos depósitos do fundo de garantia do tempo de serviço (art. 7º, III, da Constituição);
- não pagamento do salário mínimo fixado em lei (art. 7º, IV, da Constituição);
- inobservância do piso salarial da categoria profissional (art. 7º, V, da Constituição);
- redução salarial não negociada coletivamente³ (art. 7º VI, da Constituição) com as entidades sindicais representantes da categoria profissional dos trabalhadores da empresa pública ou da sociedade de economia mista empregadora;
- inadimplemento do décimo terceiro salário (art. 7º, VIII, da Constituição);
- inobservância do adicional noturno (art. 7º, IX, da Constituição);
- descontos salariais ilegais (art. 7º, X, da Constituição), tais aqueles para saldar dívidas não alimentícias;
- negação à participação nos lucros e resultados, bem como na gestão da empresa - sociedade de economia mista ou empresa pública (art. 7º, XI, da Constituição);
- desrespeito ao salário-família (art. 7º, XII, da Constituição);
- descumprimento da jornada de trabalho (art. 7º, XIII e XIV, da Constituição), com a exigência de jornada diária exaustiva acima do previsto em lei;
- desatenção ao repouso semanal remunerado (art. 7º, XV, da Constituição);
- inobservância da remuneração do serviço extraordinário de valor superior, no mínimo, a cinquenta por cento da remuneração pela hora normal de trabalho (art. 7º, XVI, da Constituição);
- desrespeito ao direito de gozo e remuneração das férias anuais (art. 7º, XVII, da Constituição);
- inobservância da licença à gestante e da licença paternidade (art. 7º, XVIII e XIX, da Constituição, e art. 10, §1º, do ADCT);

³ O poder público, enquanto empregador, ressalvadas as empresas públicas e sociedades de economia mista, não pode firmar acordos e convenções coletivas de trabalho com os sindicatos de servidores (STF, ADI n. 492-1-DF).

- desrespeito a medidas legais de proteção do mercado de trabalho da mulher (art. 7º, XX, da Constituição e Lei n. 7.799/99), a exemplo da não oferta, pela empresa, de cursos de formação de mão de obra também a mulheres;

- descumprimento do aviso prévio (art. 7º, XXI, da Constituição e art. 487 da Consolidação das Leis do Trabalho) por ocasião da despedida imotivada do trabalhador pelo empregador;⁴

- não observância das normas de saúde, higiene e segurança no trabalho⁵ (art. 7º, XXII, da Constituição, e arts. 154 e seguintes, da Consolidação das Leis do Trabalho), como exemplo o não fornecimento de equipamento de proteção individual ou coletivo exigido para o exercício de atividade insalubre ou perigosa;

- inobservância dos adicionais⁶ de periculosidade e insalubridade (art. 7º, XXIII, da Constituição e arts. 192 e 193, da Consolidação das Leis do Trabalho) devidos aos empregados que trabalharem em condições perigosas ou insalubres;

- não reconhecimento de acordos e convenções coletivas de trabalho⁷ (art. 7º XXVI, da Constituição), por exemplo, exigindo-lhes registro em Cartório quando basta o depósito no Ministério do Trabalho e Emprego (art. 614, §1º, da Consolidação das Leis do Trabalho);

- desrespeito à isonomia salarial nas funções e nos critérios de admissão (art. 7º, XXX, da Constituição), tal como o empregador pagar salários diferentes a trabalhadores que desempenhem a mesma função com a mesma perfeição (art. 461 e parágrafos, da Consolidação das Leis do Trabalho);

⁴ Na jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, apesar de o art. 37 da Constituição exigir motivação dos atos praticados pela administração pública, inclusive empresas públicas e sociedades de economia mista, ainda prevalece o entendimento de que tais entidades podem dispensar trabalhadores imotivadamente. Confira-se a Orientação Jurisprudencial n. 247, da SBDI-1 (BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Orientação Jurisprudencial**, n. 247, da Seção de Dissídios Individuais 1. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/Cmjpn/livro_html_atual.html#SBDI-1>. Acesso em: 23 out. 2009).

⁵ No entanto, quando se cogita de reparação por danos morais e materiais sofridos pelo trabalhador, individual ou coletivamente, causados pelo empregador público, não se vislumbra, na prática, o cabimento do mandado de segurança para esse fim, uma vez que depende de providências e requisitos difíceis de serem enquadrados no conceito de “direito líquido e certo”, tais a dilação probatória e a apuração da extensão do dano e fixação de seu valor.

⁶ O adicional de penosidade ainda carece da regulamentação exigida pelo art. 7º, XXIII, da Constituição, relativamente aos trabalhadores regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho.

⁷ Reitere-se que o poder público, enquanto empregador, exceto quando se tratar de empresas públicas e sociedades de economia mista, não pode firmar acordos e convenções coletivas de trabalho com os sindicatos de servidores (STF, ADI n. 492-1-DF).

- discriminação negativa ao trabalhador com deficiência (art. 7º, XXXI, da Constituição), por exemplo, com o pagamento de salário menor que os demais empregados ou lhe negando uma promoção somente por causa da deficiência;

- distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os respectivos profissionais (art. 7º, XXXII, da Constituição);

- desrespeito à proteção do trabalho do menor (art. 7º, XXXIII, da Constituição), por exemplo, recusando a aprendizagem ao trabalhador maior de quatorze anos de idade;

- formulação de exigências não autorizadas acerca de registro sindical, bem como interferência ou intervenção na organização sindical (art. 8º, I, da Constituição),⁸ a exemplo do apoio patronal a determinado candidato a encargo de direção do sindicato;

- recusa injustificada à realização do desconto em folha de pagamento dos empregados, a título de contribuição para custeio do sistema confederativo sindical, bem como da contribuição sindical compulsória (art. 8º IV, da Constituição, e art. 579 da Consolidação das Leis do Trabalho);⁹

- inobservância da liberdade de filiação sindical (art. 8º, V, da Constituição), tal como o ato de dar emprego ou dispensar somente quem não for sindicalizado¹⁰;

- recusa à prerrogativa-dever dos sindicatos de participação nas negociações coletivas de trabalho (art. 8º, VI, da Constituição);

- desrespeito ao exercício do direito coletivo de greve, tal como o ato do empregador público contra seus empregados ou o sindicato de sua categoria profissional que cerceie ou tente dificultar o exercício do direito de greve (art. 9º da Constituição) com a aplicação de punições ou, mesmo, demissão arbitrária, aos grevistas – caso típico para defesa em mandado de segurança coletivo;

⁸ Nesses casos, a competência da Justiça do Trabalho para o mandado de segurança também se fundamenta nos itens III e IV, do art. 114, da Constituição, e o Estado pode figurar como devedor dessas obrigações enquanto poder público responsável pelo registro sindical (Ministério do Trabalho e Emprego) e também na qualidade de empregador.

⁹ Nessa hipótese, o credor imediato da prestação não é o trabalhador mas sim o ente sindical, e a competência da Justiça do Trabalho para o mandado de segurança se fundamenta nos itens III e IV, do art. 114, da Constituição.

¹⁰ SÜSSEKIND, Arnaldo, **Direito constitucional do trabalho**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 236, enfatiza, a propósito, que é nula “[...] qualquer cláusula de convenção coletiva ou de outro instrumento normativo, regulamento de empresa ou contrato individual de trabalho que subordine a admissão em emprego ou a aquisição de direitos à condição de ser trabalhador sindicalizado (*closed shop*) ou de não sindicalizar-se (*yellow dog contract*)”.

- inobservância do direito do empregado de participação nos colegiados dos órgãos públicos (art. 10 da Constituição), tal como o Conselho Curador do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço;

- desrespeito ao direito de representação nas empresas com mais de duzentos empregados (art. 11 da Constituição);

- desrespeito ao direito de não ser submetido a trabalho forçado ou em condições análogas à escravidão (arts. 1º, III, e 5º, III, da Constituição, e Convenções n. 29 e 105, da Organização Internacional do Trabalho), tal como a retenção do trabalhador no local de trabalho por conta de dívidas contraídas perante o empregador, ou por força de proibição de saída mediante vigilância, inclusive armada.

b) Quando se tratar de ato comissivo ou omissivo, lesivo ou ameaçador a direito líquido e certo do empregado não arrolado como direito trabalhista, mas comum a todas as pessoas, porém invocável nas relações de trabalho, passando, assim, a integrar o catálogo de direitos referentes a essas relações, individual ou coletivamente, praticado na formação, execução, alteração ou extinção de um contrato de trabalho, por autoridade pública dentro da relação de trabalho (na qualidade de empregador), tais como¹¹:

- contratação de empregado sem observância da ordem de classificação no concurso para o emprego público (art. 37, II, da Constituição);

- desrespeito ao direito à igualdade em geral (art. 5º e I, da Constituição), por exemplo, preferência, não autorizada constitucionalmente, por empregados de determinada etnia ou origem familiar nacional ou estrangeira;

- desrespeito ao direito de inclusão e manutenção no trabalho à pessoa com deficiência (art. 27 da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, aprovada, em nível de Emenda Constitucional, pelo Decreto Legislativo n. 186, de 2008, e Decreto n. 3.298/99), por exemplo, não contratação de trabalhadores com deficiência, segundo a cota compulsória que deve ser cumprida por empresas com mais de cem empregados em seus quadros;

¹¹ Nesse elenco encontram-se a lesão e a ameaça de lesão a direitos fundamentais inespecíficos dos trabalhadores, mas alçados às relações de trabalho (veja item 1.2.1.2).

- descumprimento do direito ao ambiente de trabalho adequado e à saúde no trabalho (arts. 225 e 200, II e VIII, da Constituição).¹²

c) Quando se cuidar de ato comissivo ou omissivo, lesivo ou ameaçador a direito líquido e certo do empregado – direito esse não específico dos trabalhadores, nem integrado ao rol de direitos fundamentais trabalhistas, uma vez que titulado por todas as pessoas, mas que, apesar dessa largueza e generalidade, pode ser invocado em um plano geral de aplicação das normas constitucionais e legais inclusive por quem for parte estranha à relação de trabalho, de modo que a sanção ao infrator é encontrada não nas leis trabalhistas mas sim no respectivo sistema legal em que se der a infração através de ato praticado na formação, execução, alteração ou extinção de um contrato de trabalho, por autoridade pública dentro da relação de trabalho (na qualidade de empregador), como os exemplos a seguir¹³:

- imposição de penalidade disciplinar ou despedida do emprego sem observância do devido processo legal ou do direito de defesa do empregado (art. 5º, LIII, LIV, LV e LVI, da Constituição, e Lei n. 9.784/99, no plano federal);

- desrespeito à liberdade de manifestação de pensamento (art. 5º, IV, da Constituição);

- desrespeito à liberdade de consciência e crença (art. 5º, VI e VIII, da Constituição), tal como a preferência para contratação ou a dispensa de trabalhadores somente porque professam determinada crença;

- desrespeito ao direito à intimidade, vida privada honra e imagem (art. 5º, X, da Constituição), enfim, a exposição do empregado a situações constrangedoras decorrentes “[...] do excesso ou abuso no exercício do poder diretivo do empregador [...]”¹⁴, tais como a realização de revistas íntimas ou vexatórias pelo empregador nos empregados, a vigilância através de câmeras instaladas nos banheiros da empresa, a exigência de exames HIV, bem como as ofensas morais e a exploração da imagem do trabalhador;

- quebra do direito à inviolabilidade do sigilo de correspondência e comunicações pessoais do empregado (art. 5º, XII, da Constituição), como em cartas e *e-mails* pessoais;

¹² Observe-se que o Estado pode figurar como devedor das obrigações decorrentes desses direitos enquanto apenas poder público (sistema único de saúde) e na qualidade de empregador;

¹³ Nesse rol encontram-se a lesão e a ameaça de lesão a direitos fundamentais inespecíficos não trabalhistas (veja item 1.2.1.3).

¹⁴ COUTINHO, Aldacy Rachid. Proteção constitucional da vida privada. In: NUNES, Antônio José Avelãs; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). **Diálogos constitucionais**: Brasil/Portugal. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 173-180, p. 178.

- desrespeito ao direito de reunião dos trabalhadores (art. 5º, XVI, da Constituição);
- desrespeito ao direito à propriedade intelectual do trabalhador (art. 5º, XXIX, da Constituição);¹⁵
- desatenção ao direito de petição e de certidões (art. 5º, XXXIV, da Constituição) do empregado perante o empregador público;
- perseguição (punição e demissão, por exemplo) ou recusa de emprego a trabalhadores que tenham movido ação trabalhista para defesa de seus direitos contra o empregador, conduta que ofende, por via oblíqua, a inafastabilidade do controle judicial (art. 5º, XXXV, da Constituição);
- não repressão à discriminação e ao racismo (art. 5º, XLI e XLII, da Constituição), tolerando-se ou estimulando-se tais práticas no local de trabalho, por prepostos do empregador, de outros trabalhadores ou mesmo de clientes, contra o empregado;
- constrangimento da liberdade de ir e vir e fixar o lugar de residência (art. 5º, XV, da Constituição), por exemplo, exigir que o empregado resida nas proximidades do local de trabalho para livrar-se dos encargos com o transporte do trabalhador (fornecimento de vale transporte);
- desrespeito à liberdade para formar a família (art. 226, da Constituição), tal como a preferência por empregados sem cônjuge ou sem filhos e a exigência de atestados de esterilização das trabalhadoras;
- desrespeito à liberdade de contratação (art. 5º, II, da Constituição) com a imposição de cláusulas ilegais no contrato de trabalho, por exemplo, vedando pedido de demissão e a subsequente admissão em outra empresa na mesma cidade.

c) Quando o ato ameaça ou agrida direito líquido e certo do empregado, embora sem o traço de direito fundamental, mas com liquidez e certeza demonstradas no âmbito da relação de trabalho, tais como:

- o relativo a anistia (Lei n. 8.878, de 11 de maio de 1994), a exemplo da recusa à readmissão do trabalhador anistiado;

¹⁵ Veja a Lei n. 9.279/96, arts. 88 a 93, sobre as invenções realizadas por empregados.

- o que determine o afastamento do emprego tido, indevidamente, como inacumulável com outro emprego, cargo ou função pública (art. 37, XVI e XVII, da Constituição);
- o que determine a retenção salarial a pretexto de cumprimento do teto máximo de remuneração no serviço público (art. 37, XI, da Constituição);¹⁶
- o que se refira a promoção ou enquadramento do empregado nos quadros funcionais;
- e o ato que decida incidentes, pretensões e impugnações pertinentes à realização de concurso público para ingresso nos empregos públicos como exigido pelo art. 37, II, da Constituição.¹⁷

d) Cabe o mandado de segurança, individual ou coletivo, também, para cobrar os efeitos financeiros de direitos com repercussão patrimonial em favor dos empregados. Observe-se que a nova Lei do Mandado de Segurança, Lei n. 12.016/09, consolidando a legislação vigente até então, afastou, de modo claro, antigos obstáculos de natureza doutrinária e jurisprudencial¹⁸ e admite expressamente tal finalidade para essa ação, proibindo, tão somente, a concessão de liminar e de tutela antecipada, bem como a execução provisória quando a impetração se referir a reclassificação ou equiparação de servidores públicos, e à elevação ou à extensão de vantagens ou pagamentos de qualquer natureza (art. 7º, §§2º e 5º, e art. 14, §3º, dessa Lei).

¹⁶ Sobre essa matéria, o Tribunal Superior do Trabalho entende que, quanto ao pessoal, “[...] as empresas públicas e as sociedades de economia mista estão submetidas à observância do teto remuneratório previsto no inciso XI do art. 37 da CF/1988, sendo aplicável, inclusive, ao período anterior à alteração introduzida pela Emenda Constitucional nº 19/1998”. BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Orientação Jurisprudencial**, n. 339, da Seção de Dissídios Individuais 1. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/Cmjpn/livro_html_atual.html#SBDI-1>. Acesso em: 23 out. 2009.

¹⁷ Os atos de autoridade praticados no concurso para o preenchimento de empregos públicos situam-se na denominada “etapa pré-contratual”, onde ainda não se pode falar em direitos específicos trabalhistas nem em direitos inespecíficos alçados à relação de trabalho - como adverte Rodríguez Mancini, Jorge. **Derechos fundamentales y relaciones laborales**. Buenos Aires: Astrea, 2004, p. 203 - de sorte que a solução para o conflito deve ser buscada na legislação não trabalhista que rege os atos da administração pública nos concursos públicos.

¹⁸ A exemplo da restrição contida na Súmula 269 do Supremo Tribunal Federal, segundo a qual o mandando de segurança não é substitutivo da ação de cobrança. Mas continua vigente a limitação temporal prevista na Lei n. 5.021/66, art. 1º, reiterada no art. 14, §4º, da Lei n. 12.016/09, de sorte que somente serão pagas por força da condenação em mandado de segurança as parcelas vencidas a partir da data do ajuizamento da ação, sobejando as verbas pretéritas a essa data para cobrança em ação de rito comum. Essa restrição tem a ver com a disponibilidade imediata dos recursos financeiros para satisfazer a sentença mandamental, e, logicamente, não alcança as entidades cujos bens não são insuscetíveis de apreensão judicial e penhora, tais as sociedades de economia mista e as empresas públicas (exceto os Correios, que estão equiparados à Fazenda Pública).

4.3 As penalidades administrativas aplicadas pelos órgãos de fiscalização do trabalho

A Emenda Constitucional n. 45/04 trouxe também para a competência material da Justiça do Trabalho “as ações relativas às penalidades administrativas impostas aos empregadores pelos órgãos de fiscalização das relações de trabalho” (novo art. 114, VII, da Constituição).

Antes da referida Emenda Constitucional tais ações estavam confiadas à competência da Justiça Federal comum, por força do art. 109, I e VIII, da Constituição.

A atual regra tem a grande vantagem de unificar a jurisdição em torno de questões jurídicas imbricadas, permitindo que sejam dirimidas pelo mesmo ramo do Judiciário - o Trabalhista - bem assim a aplicação dos institutos processuais da conexão e continência, evitando a entrega de soluções judiciais contraditórias. É que, no regime anterior à citada Emenda Constitucional, não raramente se constatavam situações como as ilustradas no exemplo seguinte.

A fiscalização do Ministério do Trabalho e Emprego autuava e multava determinada empresa porque mantinha em serviço trabalhadores sem registro (anotação na carteira de trabalho). Enquanto a empresa autuada providenciava, junto ao juiz federal, em ação contra a União, a anulação dessa autuação, valendo-se de argumentos que afastariam o vínculo de emprego, os empregados buscavam, na Justiça do Trabalho, em ação contra a empresa, o reconhecimento desse vínculo e suas repercussões financeiras. O juiz federal, após examinar, incidentalmente, matéria trabalhista (fora, portanto, do seu dia a dia), dava procedência à pretensão da empresa e decretava a invalidade da autuação, reconhecendo, conseqüentemente, a inexistência de laço empregatício com aquelas pessoas flagradas em serviço. Os trabalhadores, por outro lado, obtinham êxito na Justiça do Trabalho, que, ao contrário do juiz federal, detectou a presença da relação de trabalho. Mediante tal paradoxo, qual sentença deveria ser cumprida?

A vinda das ações referentes às autuações da fiscalização trabalhista para a competência da Justiça do Trabalho permite que não se repitam situações da espécie.

Estas ações protegem de imediato os direitos do empregador autuado e não do trabalhador. Mas, indiretamente, as sentenças respectivas produzem efeitos junto aos trabalhadores envolvidos, principalmente nos casos de autuações capazes de repercutir nas

relações de emprego, como as referentes a vínculo de emprego, ultrapassagem da jornada máxima de trabalho, fornecimento de equipamentos de proteção contra acidentes de trabalho, labor em horário noturno, em condições insalubres ou perigosas, entre outros.

As ações disponíveis às empresas são as anulatórias de autuação ou de imposição de penalidade, cautelares, embargos à execução das penalidades (multas), e, também, uma vez preenchidos seus requisitos, o mandado de segurança impetrado contra ato da autoridade administrativa trabalhista.

É possível cogitar, ainda, nessa área da fiscalização trabalhista, da impetração de mandado de segurança pelos trabalhadores (ou suas entidades representativas), perante a Justiça do Trabalho, na defesa de direitos trabalhistas, por exemplo, contra ato omissivo da autoridade do Ministério do Trabalho e Emprego consistente da não realização de fiscalizações nas empresas a quem se impute o descumprimento de normas trabalhistas, tais como as de segurança e saúde no trabalho. Nesse caso o Estado é o devedor da prestação na sua função de fiscalização, e não na qualidade de empregador, mas, ainda assim, a competência para conhecer do mandado de segurança é da Justiça do Trabalho, conforme vigente art. 114, IV e VII, da Constituição, considerada a matéria trabalhista objeto da impetração.

4.4 Direitos também reconhecidos aos trabalhadores, exigíveis do Estado

Sobejaram do item 4.2, acima, direitos, liberdades e garantias fundamentais também reconhecidos aos trabalhadores, exigíveis do Estado não empregador, inclusive através de mandado de segurança aforado na Justiça comum, uma vez que não dizem respeito a matéria trabalhista, não envolvem litígios entre trabalhador e empregador e o devedor da prestação não é o empregador.

Podem ser alinhados, nesse contexto, os seguintes atos estatais que também desafiam mandado de segurança quando ameacem ou agridam direitos líquidos e certos a:¹⁹

- aposentadoria (art. 7º, XXIV, da Constituição) e demais prestações da seguridade social (arts. 193 e seguintes, da Constituição);

¹⁹ Um desses direitos é a exclusão de prisão civil por dívida (art. 5º, LXVII, da Constituição), que é defensável, porém, através de *habeas corpus* na Justiça do Trabalho, conforme art. 114, IV, da Constituição, quando a coação derivar de matéria sujeita à jurisdição trabalhista.

- assistência gratuita aos filhos dos trabalhadores menores de cinco anos (art. 7º, XXV, da Constituição);
- educação e formação para o trabalho (arts. 6º e 214, IV, da Constituição);
- profissionalização e integração, no trabalho, à criança e ao adolescente, inclusive com deficiência (art. 227 da Constituição);
- repressão à discriminação e ao racismo (art. 5º, XLI e XLII);
- liberdade de exercício de trabalho, ofício ou profissão (art. 5º, XIII, da Constituição).

E não se poderia deixar de mencionar que o trabalhador também pode reivindicar ou valer-se, quando estiver litigando perante a Justiça do Trabalho, dos direitos e garantias processuais reconhecidas aos cidadãos em geral, além do mandado de segurança (Constituição, arts. 5º, LXIX e LXX, e 114, IV), tais como: assistência jurídica gratuita aos necessitados (arts. 5º, LXXIV, e 134, da Constituição), razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII, da Constituição), inafastabilidade do controle judicial (art. 5º, XXXV), devido processo legal com ampla defesa (art. 5º, LIII, LIV, LV e LVI), impetração de *habeas corpus* (arts. 5º, LXVIII e 114, IV), mandado de injunção (art. 5º, LXXI) e de *habeas data* (arts. 5º, LXXII e 114, IV).

4.5 O direito social ao trabalho e o mandado de segurança

O art. 6º da Constituição contempla o trabalho entre os direitos sociais.

O direito ao trabalho, sob o ângulo coletivo, implica a demanda por políticas de pleno emprego, de modo que todos possam ter acesso aos meios básicos de obtenção do sustento próprio e de seus dependentes, e também para que, em contrapartida, cumpram o dever de fazer funcionar a sociedade, na qual um depende do trabalho do outro - direito e dever traduzidos no binômio subsistência e solidariedade²⁰.

Os direitos sociais são direitos coletivos, exercitados, via de regra, através do Estado, como se viu no capítulo 1, e é nesse contexto que deve ser examinada a possibilidade de ser reivindicado judicialmente o direito ao trabalho, em especial através do mandado de segurança contra o empregador do setor público. Um exemplo prático e pioneiro que pode servir de

²⁰ RODRÍGUEZ MANCINI, Jorge. **Derechos fundamentales y relaciones laborales**. Buenos Aires: Astrea, 2004, p. 161.

paradigma de proteção ao direito ao trabalho foi o caso resolvido pelo Tribunal Superior do Trabalho, em grau de recurso, a partir da despedida em massa (mais de quatro mil trabalhadores) levada a efeito pela Empresa Brasileira de Aeronáutica, EMBRAER S.A., por causa da crise econômica enfrentada pelo setor de atuação da referida empresa privatizada.

Entre os vários fundamentos expostos no acórdão, o referido Tribunal considerou o direito ao trabalho previsto no art. 6º da Constituição e condenou a demissão massificada sem prévia negociação com a entidade sindical representativa dos trabalhadores, apesar da inexistência de regulamentação, no Brasil, do instituto das demissões coletivas²¹ – estas bastante diferentes “[...] da dispensa individual, em sua estrutura, dimensão, profundidade, efeitos, impactos e repercussões.”²²

Consideradas as peculiaridades do caso, o mesmo Tribunal optou por não invalidar a despedida coletiva *sub judice*, cuja consequência deveria ser a reintegração dos trabalhadores no emprego, mas fixou, para casos futuros, a premissa de que a negociação coletiva é necessária para esse tipo de dispensa de trabalhadores. Essa negociação coletiva é que buscará não só controlar os motivos alegados pela empresa para a despedida coletiva, como também estabelecer compensações para os trabalhadores atingidos. Protege-se, assim, o direito ao trabalho.

O acórdão focalizado destaca em sua ementa que o mundo contemporâneo registra cada vez mais problemas e reivindicações massivas, que demandam também solução em massa, e a sociedade vem a sofrer maiores danos quando essas pretensões não são atendidas, de sorte que deve o Direito abandonar a concepção individualista de resolução dos conflitos e abraçar a concepção coletiva – que não se harmoniza com a prática descontrolada das demissões em massa, de grande impacto social, econômico, familiar e junto à comunidade – uma vez que

[...] Na vigência da Constituição de 1988, das convenções internacionais da OIT ratificadas pelo Brasil relativas a direitos humanos e, por consequência, direitos trabalhistas, e em face da leitura atualizada da legislação infraconstitucional do país, é inevitável concluir-se pela presença de um Estado Democrático de Direito no Brasil, de um regime de império da norma jurídica (e não do poder incontrastável privado), de uma sociedade civilizada, de uma cultura de bem-estar social e respeito

²¹ As dispensas individuais seguem o sistema orientado pelo art. 7º, I, da Constituição, combinado com o art. 10, I, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, e fartamente regulamentadas na legislação infraconstitucional.

²² BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Proc. n. RODC-309/2009-000-15-00.4. SDC. Relator Min. Maurício Godinho Delgado, julgado em 10 ago. 2009. Publicado em 04 set. 2009. Disponível em: <<http://aplicacao.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RODC%20-%20309/2009-000-15-00.4&base=acordao&rowid=AAAdFEAA9AAAAXWAAc&dataPublicacao=04/09/2009&query=>>>. Acesso em: 28 out. 2009.

à dignidade dos seres humanos, tudo repelindo, imperativamente, dispensas massivas de pessoas, abalando empresa, cidade e toda uma importante região [...].²³

Por esses motivos, o Tribunal Superior do Trabalho estabeleceu como condição para a dispensa em massa de trabalhadores a realização de negociação coletiva com o sindicato laboral, sem a qual não terá validade. E, para chegar a tal conclusão, teve em conta disposições e princípios consagrados na Constituição, pertinentes à dignidade da pessoa humana, valorização do trabalho e do emprego, submissão da propriedade privada à função socioambiental e necessidade de intervenção sindical nas questões coletivas de trabalho²⁴.

Esse caso foi resolvido em processo de dissídio coletivo, consideradas suas particularidades e o ineditismo da questão no Judiciário trabalhista brasileiro, contando, inclusive, com a formulação de pedidos voltados para a criação de normas pela Justiça do Trabalho, dentro do seu poder normativo (art. 114, §2º, da Constituição), que só podem ser analisados em dissídio coletivo.

No entanto, a partir da premissa estabelecida no referido acórdão, isto é, de que a negociação coletiva constitui requisito de validade para a dispensa em massa de trabalhadores, constata-se a viabilidade processual de que sejam objeto de mandado de segurança coletivo outras despedidas coletivas levadas a efeito depois da citada decisão, sem a referida cautela, por empregadores com natureza de empresa pública e sociedade de economia mista (ato de autoridade), visando à nulidade das dispensas.

Vislumbra-se, assim, a partir desse paradigma, a possibilidade de a defesa do direito social ao trabalho dar-se através de mandado de segurança impetrado contra ato do poder público empregador.

²³ Ibid., acesso em: 28 out. 2009

²⁴ Ibid., acesso em: 28 out. 2009.

CONCLUSÃO

Considerados o problema formulado e respectivos desdobramentos alinhados na Introdução, em cotejo com a análise desenvolvida nos capítulos desta dissertação, é possível obter as seguintes conclusões:

1) a Constituição brasileira de 1988 traz extenso rol de direitos individuais e sociais fundamentais, assegurados mediante as garantias constitucionais, entre outras, o mandado de segurança, as quais viabilizam a reivindicação desses direitos perante os órgãos jurisdicionais, quando não adimplidos, para que não se tornem singelas proclamações ou promessas desprovidas de efeito concreto;

2) os direitos sociais, de titularidade difusa, previstos no art. 6º da Constituição, são direitos coletivos, exercidos não contra o Estado mas sim através dele. Os demais, previstos nos arts. 7º a 11, representam um elenco mínimo de direitos, destinados especialmente aos trabalhadores urbanos e rurais, ou seja, aqueles submetidos a uma relação jurídica de emprego com um empregador público ou privado. Esse catálogo de direitos dos trabalhadores, somado às Convenções da Organização Internacional do Trabalho sobre direitos de sindicalização e de negociação coletiva, abolição do trabalho forçado, igualdade salarial para trabalho igual de homens e mulheres, não discriminação no emprego ou ocupação, idade mínima para trabalho e piores formas de trabalho infantil, ratificadas pelo Brasil e consideradas como direitos humanos dos trabalhadores, traduzem a síntese dos direitos individuais e coletivos dos trabalhadores brasileiros, com *status* de direitos fundamentais;

3) os direitos e liberdades fundamentais dos trabalhadores são exigíveis do Estado, enquanto poder público e quando figurar como empregador, conforme a natureza da prestação focalizada. Identificam-se no texto constitucional, notadamente nos arts. 7º a 11, os direitos fundamentais específicos trabalhistas, isto é, aqueles que incidem diretamente sobre os sujeitos da relação de trabalho, decorrentes do fenômeno da constitucionalização do Direito do Trabalho na Constituição de 1988. Verificam-se também os direitos não específicos das

relações trabalhistas, assim denominados porque endereçados pela Constituição a todas as pessoas, mas que foram integrados a essas relações, podendo ser invocados pelos respectivos sujeitos. Outros direitos fundamentais que se aplicam às relações de trabalho são os inespecíficos não trabalhistas, isto é, os que correspondem a todas as pessoas, inclusive empregadores e trabalhadores, mas que não estão listados pela Constituição entre os direitos trabalhistas específicos e, apesar de sua generalidade e amplitude, são invocáveis nas relações laborais a partir da aplicação geral das normas constitucionais;

4) não é correto afirmar, de um lado, que os direitos sociais demandam apenas prestações positivas estatais, na maioria das vezes exigindo vultosos gastos – decorrendo, daí, a grande dificuldade para sua efetivação – e, de outro, que os direitos individuais, civis e políticos se satisfazem com singelas obrigações negativas. Na verdade, o exercício de determinados direitos e liberdades individuais, civis e políticos, a exemplo da liberdade de ir e vir, do direito à inviolabilidade de domicílio e do direito a voto, requer muito mais que um não agir estatal, pois aqueles não se realizam sem a efetivação de direitos sociais como a segurança e a moradia, que constituem, no fundo, pressupostos para sua fruição, além de demandarem expressivos gastos (recorde-se as grandes despesas feitas com a segurança pública e as eleições, por exemplo), salientando-se que cabe ao Estado destinar recursos financeiros e promover políticas e outras medidas que forem necessárias à concretização desses direitos voltados para a satisfação de necessidades básicas do homem;

5) na verdade, a partir da estrutura desses direitos, constata-se que tanto os direitos e liberdades individuais, como os direitos sociais coletivos, trazem em si um complexo de obrigações negativas e positivas, de sorte que determinadas obrigações do Estado são comuns às duas categorias de direitos, a ponto de, em alguns casos, satisfazer-se tanto um direito individual, como um direito social, com a mesma conduta estatal, quer seja positiva ou negativa. Nesse contexto, considera-se um esquema de três níveis de obrigações do Estado perante os direitos fundamentais: obrigações de respeito, de proteção e de satisfação. Assim, no primeiro nível, o Estado não deve opor obstáculo ao gozo dos direitos. No segundo, o Estado deve impedir que terceiros interfiram na fruição desses direitos. E, quanto às obrigações de satisfação, desdobram-se em obrigações de garantia e obrigações de promoção, sendo que garantir significa assegurar acesso ao bem pelo titular do direito incapaz de fazê-lo sozinho, enquanto a promoção tem a ver com o dever estatal de criar condições para que esse titular tenha acesso ao bem. Nessas obrigações de satisfação destaca-se, notadamente quanto aos direitos fundamentais específicos

dos trabalhadores, o dever do Estado de estabelecer regulamentação, para que possam ser plenamente exercidos, tais como a formulação de normas que disciplinem o registro de entidades sindicais e a fixação de consequências jurídicas (reintegração no emprego ou indenização) para o desrespeito à estabilidade do dirigente sindical;

6) para satisfazer o direito social ao trabalho o Estado deve adotar políticas de geração de empregos, pois, somente com a implementação daquele direito social preconizado no art. 6º da Constituição é que os trabalhadores subordinados poderão gozar dos direitos fundamentais específicos alinhados nos arts. 7º a 11, da mesma Carta. Em outras palavras, sem empregos, não há que se falar de direitos trabalhistas individuais e coletivos. Aqueles são pressupostos para a fruição destes;

7) além do Estado, os direitos fundamentais dos trabalhadores podem ser exigidos dos particulares, isto é, dos empregadores, quando a eles se dirigir a obrigação de adimplemento, como se verifica, a final, em quase todo o elenco constitucional desses direitos, no qual o particular empregador é quem suporta o ônus financeiro dos direitos reconhecidos e das obrigações de fazer ou não fazer, dentro da relação de emprego;

8) não apenas o poder público é capaz de violar os direitos fundamentais, mas também o poder privado, notadamente o fundado no poder econômico - situação que se potencializa nas relações de trabalho, considerado o quadro de inferioridade em que se encontra uma das partes, isto é, o trabalhador - havendo, portanto, necessidade da proteção de seus direitos, venha o perigo do Estado ou do particular;

9) a imposição dessas obrigações aos particulares decorre da eficácia direta e imediata que os direitos fundamentais exercem nas relações privadas no Brasil de modo a vincular os particulares sem necessidade de interveniência do legislador ordinário, ressalvados, obviamente, os casos em que própria Constituição remete a regulamentação do direito previsto ao legislador infraconstitucional;

10) com o advento do Estado do Bem-Estar Social, no final do Século XIX, superou-se o modelo reinante no Estado Liberal em que as obrigações estatais esgotavam-se na abstenção de violação das liberdades individuais e na proteção absoluta à propriedade privada. Do Estado passou-se a exigir uma atuação rumo a compensar as desigualdades materiais com a implementação de políticas destinadas à concretização dos direitos sociais, dando-se

prevalência não mais ao direito de propriedade mas sim à satisfação das mínimas necessidades vitais do homem, com dignidade;

11) no contexto do Estado Social, floresceu o modelo de Constituição dirigente, que inspirou a Constituição brasileira de 1988, caracterizada pela definição dos fins e dos objetivos do Estado, especialmente as imposições pertinentes aos direitos sociais. Esse dirigismo, porém, enfraqueceu-se com a crise do constitucionalismo social, marcada pela globalização da economia, pelo florescimento do neoliberalismo e pelo não cumprimento das promessas de modernidade contidas no texto - seja pela falta de compromisso das forças políticas com os programas constitucionais ou pelas dificuldades financeiras;

12) a Constituição dirigente, nada obstante ultrapassada nos países de primeiro mundo, como apregoado por Canotilho para justificar as modificações introduzidas na Constituição portuguesa visando à satisfação das exigências da União Européia, ainda vive e é necessária em países como o Brasil, em que os direitos sociais não se acham realizados, denunciando a distância entre o programa constitucional e a realidade. Esse dirigismo não exclui a política das importantes decisões de interesse social, e deve ser interpretado como a possibilidade de fazer-se a política conforme os ditames constitucionais;

13) o mandado de segurança constitui instrumento para defesa judicial, no âmbito das relações de trabalho, dos direitos fundamentais líquidos e certos ameaçados ou agredidos pelo poder público enquanto tal e na qualidade de empregador. E a concretização dos direitos fundamentais dos trabalhadores, judicialmente, inclusive através do mandado de segurança, não agride o princípio democrático nem invade o palco da política em que, de regra, deve realizar-se a Constituição, pois pressupõe o ato omissivo ou comissivo, agressivo a direito líquido e certo, ou seja, o Judiciário é chamado a atuar para corrigir a violação de direito sobre o qual não pairam dúvidas, e não para substituir diretamente a ação política ou para governar;

14) a hermenêutica constitucional socorre a concretização dos direitos fundamentais dos trabalhadores, através do mandado de segurança na Justiça do Trabalho, a partir de uma interpretação democrática que, sob o paradigma do Estado do Bem-Estar Social, busque a efetiva fruição desses direitos por seus destinatários;

15) mas, perante a Justiça do Trabalho, a impetração do mandado de segurança depende de temas que se imbricam, alusivos ao seu cabimento, à natureza do regime jurídico de trabalho dos servidores públicos e à própria competência dessa Justiça;

16) até a promulgação da Emenda Constitucional n. 45/04, o mandado de segurança não era utilizado no foro trabalhista para garantia dos direitos fundamentais dos trabalhadores por força de restrições interpretativas ditadas pela doutrina e pela jurisprudência, exceto do Supremo Tribunal Federal. Mas a adoção, pela citada Emenda, do critério *ratione materiae* para fixar competência da Justiça do Trabalho, quanto ao mandado de segurança no âmbito trabalhista, aprimorou o sistema de defesa judicial dos direitos fundamentais dos trabalhadores, na medida em que permitiu expressamente a impetração perante os órgãos desse ramo do Judiciário, visando à reparação de lesão ou ameaça de lesão a direito líquido e certo quando o ato de autoridade envolver matéria submetida à sua jurisdição, ou seja, matéria trabalhista independente da qualidade da autoridade pública coatora;

17) a adoção desse critério material, além de permitir o manejo do mandado de segurança para a defesa dos próprios direitos dos trabalhadores - abrangidos os direitos fundamentais específicos trabalhistas, os direitos não específicos das relações trabalhistas e os inespecíficos não trabalhistas - trouxe para a competência da Justiça do Trabalho outras ações que, nada obstante o viés trabalhista, tramitavam na Justiça comum, a exemplo dos litígios acerca da representação sindical e das penalidades administrativas impostas pela fiscalização trabalhista às empresas, centralizando, portando, a competência em matéria trabalhista;

18) mas a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal praticamente esvaziou a utilidade do mandado de segurança (o qual se presta para atacar atos de autoridade pública, somente, não os atos de particulares) na Justiça do Trabalho, em dois momentos: primeiro, quando, ao interpretar o art. 114 da Constituição, com texto dado pela Emenda Constitucional n. 45/04, manteve o entendimento anterior à vigência da mesma Emenda no sentido de que estavam excluídas da competência trabalhista as causas envolvendo a Administração Pública e seus servidores regidos por estatuto próprio, sob o vínculo administrativo (ADI n. 3.395-DF). Depois, ao negar às pessoas jurídicas de direito público a possibilidade de adoção do regime de pessoal regido por contrato de trabalho (ADI n. 2.135-DF), de sorte que devem seguir o regime jurídico único necessariamente de natureza administrativa, o que afasta da Justiça do Trabalho todos os litígios do interesse desses servidores públicos;

19) conseqüentemente, somente os atos dos entes da Administração Pública, constitucionalmente autorizados à adoção do regime de pessoal regido por contrato de trabalho (não estatutário), ou seja, as empresas públicas e sociedades de economia mista,

equiparados a atos de autoridade pública, são passíveis de reparação através de mandado de segurança na Justiça do Trabalho;

20) nesse quadro, a opção do reformador do Poder Judiciário, no novo art. 114, IV, da Constituição da República, pelo critério *ratione materiae*, para definir a competência da Justiça do Trabalho para processar e julgar mandado de segurança, contribuiu para a concretização dos direitos fundamentais dos trabalhadores, pois permitiu a própria reivindicação do direito material, individual e coletivo, através dessa ação de rito simples e rápido e de pronta execução, limitada, porém, às relações trabalhistas;

21) a modificação do principal critério definidor da competência da Justiça do Trabalho, relativamente ao mandado de segurança, com a substituição do parâmetro *ratione muneris* da autoridade impetrada pelo critério da natureza da matéria contida no ato impugnado, foi de grande importância para o sistema judicial de proteção dos direitos decorrentes das relações de trabalho, considerando que, além de viabilizar a defesa do próprio direito material, como dito no item anterior, centralizou na Justiça do Trabalho outras questões envolvendo, ainda que indiretamente, matéria trabalhista;

22) e esse critério material resgatou a importância do mandado de segurança na Justiça do Trabalho - até a Emenda Constitucional 45/04 rebaixado à condição de sucedâneo recursal contra atos processuais dos juízes e tribunais trabalhistas - e possibilitou a sua impetração como garantia constitucional exercitável em prol dos direitos trabalhistas inscritos na própria Constituição como direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. **Los derechos sociales como derechos exigibles**. 2. ed. Madrid: Trotta, 2004.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Direito processual constitucional – Aspectos contemporâneos**. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

BARBI, Celso Agrícola. **Do mandado de segurança**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2001. 2. v.

BERCOVICI, Gilberto. A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília: Senado Federal, v. 36, n. 142, p. 35-51, abr./jun. 1999.

_____. **Constituição econômica e desenvolvimento - uma leitura a partir da Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2005.

BIDART CAMPOS, Germán J. **La interpretación del sistema de derechos humanos**. Buenos Aires: Ediar, 1994.

BILBAO UBILLOS, Juan María. **La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares – Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional**. Madrid: Boletín Oficial del Estado – Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1996.

BUENO, Cassio Scarpinella. **A nova lei do mandado de segurança**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BUZAID, Alfredo. **Considerações sobre o mandado de segurança coletivo**. São Paulo: Saraiva, 1992.

_____. **Do mandado de segurança - Do mandado de segurança individual**. São Paulo: Saraiva, 1989. v. I.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Reimpressão da edição de julho de 2003. Coimbra: Almedina, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador – Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas**. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

_____. **Constituição dirigente e vinculação do legislador** – Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. Prefácio, p. V-XXX.

_____. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

_____. Videoconferência. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). **Canotilho e a constituição dirigente**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

CHAVES, Luciano Athayde. Dos ritos procedimentais das novas ações na Justiça do Trabalho. In: COUTINHO, Grijalbo Fernandes; FAVA, Marcos Neves (Coord.). **Justiça do Trabalho: Competência Ampliada**. São Paulo: LTr, 2005. p. 316-330.

COUTINHO, Aldacy Rachid. A autonomia privada: em busca da defesa dos direitos fundamentais dos trabalhadores. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p.167-185.

_____. Proteção constitucional da vida privada. In: NUNES, Antônio José Avelãs; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). **Diálogos constitucionais: Brasil/Portugal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 173-180.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). **Canotilho e a constituição dirigente**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. **Direito processual constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1998.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. São Paulo: RT, 2007.

FACHIN, Luiz Edson. Constituição e relações privadas: questões de efetividade no tríplice vértice entre o texto e o contexto. In: OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; MEZZAROBBA, Orides; BRANDÃO, Paulo de Tarso (Org.). **Constituição e Estado social: os obstáculos à concretização da Constituição**. São Paulo: co-edição Coimbra Editora e Revista dos Tribunais, 2008. p. 235-256.

GRAU, Eros Roberto. Resenha do Prefácio da 2. ed. e intervenções. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). **Canotilho e a constituição dirigente**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

KRELL, Andreas Joachim. **Direitos sociais e controle Judicial no Brasil e na Alemanha - Os (des) caminhos de um direito constitucional “comparado”**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

LIMA, Martônio Mont’Alverne Barreto. Idealismo e efetivação constitucional: a impossibilidade da realização da Constituição sem a política. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; LIMA, Martônio Mont’Alverne Barreto (Org.). **Diálogos constitucionais: Direito, neoliberalismo e desenvolvimento em países periféricos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 375-385.

MACIEL, Adhemar Ferreira. Observações sobre autoridade coatora no mandado de segurança. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). **Mandados de segurança e de injunção**. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 167-197.

MARRAFON, Marco Aurélio. Hermenêutica e sistema na construção do espaço constitucional. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; LIMA, Martônio Mont'Alverne Barreto (Org.). **Diálogos constitucionais: Direito, neoliberalismo e desenvolvimento em países periféricos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 347-373.

MARTÍNEZ DE PISÓN, José. **Tolerancia y derechos fundamentales en las sociedades multiculturales**. Madrid: Tecnos, 2001.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2009.

MEIRELES, Edilton. Mandado de segurança na relação de emprego. In: BUENO, Cassio Scarpinella; ALVIM, Eduardo Arruda; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Aspectos polêmicos e atuais do mandado de segurança 51 anos depois**. São Paulo: RT, 2002. p. 238-245.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, "Habeas Data"**. 13. ed. ampliada e atualizada pela Constituição de 1988. São Paulo: RT, 1989.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

NUNES, Antônio José Avelãs. Notas sobre o chamado modelo econômico-social europeu. In: NUNES, Antônio José Avelãs; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). **Diálogos constitucionais: Brasil/Portugal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 1-14.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. **Lecciones de derechos fundamentales**. Con la colaboración de Rafael de Asís Roig y María del Carmen Barranco Avilés. Madri: Editorial Dykinson, 2004.

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. **Derechos humanos, Estado de derecho y constitución**. 5. ed. Madri: Tecnos, 1995.

QUEIROZ, Cristina. **Direitos fundamentais sociais – Funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

RODRÍGUEZ MANCINI, Jorge. **Derechos fundamentales y relaciones laborales**. Buenos Aires: Astrea, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 7. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

STRECK, Lenio Luiz. A concretização de direitos e a validade da tese da Constituição dirigente em países de modernidade tardia. In: NUNES, Antônio José Avelãs; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). **Diálogos constitucionais: Brasil/Portugal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 301-371.

_____. Constituição e hermenêutica em países periféricos. In: OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; MEZZAROBBA, Orides; BRANDÃO, Paulo de Tarso (Org.). **Constituição e Estado social**: os obstáculos à concretização da Constituição. São Paulo: co-edição Coimbra Editora e Revista dos Tribunais, 2008. p. 197-218.

SÜSSEKIND, Arnaldo. **Direito constitucional do trabalho**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____. Efetividade dos direitos humanos do trabalhador. **Jornal Trabalhista Consulex**, Brasília: Consulex, ano XXV, n. 1211, p. 18, 03 mar. 2008.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. **Mandado de segurança na justiça do trabalho individual e coletivo**. São Paulo: LTr, 1992.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo - Tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2007.

TEXTOS LEGAIS

BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm>. Acesso em: 01 set. 2009.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao_Compilado.htm>. Acesso em: 03 set. 2009.

BRASIL. Lei n. 7.708, de 21 de dezembro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7701.htm#art4>. Acesso em: 01 set. 2009.

BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078compilado.htm>. Acesso em: 05 out. 2009.

BRASIL. Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9784.htm>. Acesso em: 05 out. 2009.

BRASIL. Lei n. 12.016, de 7 de agosto de 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12016.htm>. Acesso em: 01 out. 2009.

BRASIL. Lei Complementar n. 35, de 14 de março de 1979. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp35.htm>. Acesso em: 01 set. 2009.

BRASIL. Senado Federal. **Propostas de Emenda Constitucional n. 74 e 84, de 2007**. Disponíveis em: <http://www.senado.gov.br/sf/atividade/materia/Consulta.asp?STR_TIPO=PEC&TXT_NUM=74&TXT_ANO=2007&Tipo_Cons=6&IND_COMPL=&FlagTot=1>. Acesso em: 06 out. 2009.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Regimento Interno**. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/DGCJ/IndiceResolucoes/ResAdm/1295.html>>. Acesso em: 01 set. 2009.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Disponível em: <<http://www.ilo.org/ilolex/spanish/newratframeS.htm>>. Acesso em: 10 set. 2009.

JURISPRUDÊNCIA

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Proc. Mandado de Segurança n. 648-1990-0012531-6/DF, 1. Seção, rel. Min. José de Jesus Filho, julgado em 24 set. 1991. **Diário de Justiça da União**, Brasília, DF, 11 maio 1992, p. 6399. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=sumula+195+TFR&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=3>>. Acesso em: 02 set. 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Proc. Mandado de Segurança n. 10295.2005.0001694-2/DF, 1. Seção, rel. Min. Denise Arruda, julgado em 23 nov. 2005. **Diário de Justiça da União**, Brasília, DF, 12 dez. 2005, p. 251. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=compet%EAncia+mandado+seguran%E7a+ato+ministro+estado+mat%E9ria+trabalhista&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=6>>. Acesso em: 04 set. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Proc. Ação Direta de Inconstitucionalidade ADI/MC-DF n. 2.135, rel. Min. Ellen Gracie, julgado em 02 ago. 2007. **Diário de Justiça eletrônico**, Brasília, DF, 07 mar. 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%282135.NUME.%20OU%202135.ACMS.%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 07 set. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Proc. Ação Direta de Inconstitucionalidade ADI/MC-DF n. 3.395-6, Pleno, rel. Min. Cezar Peluso. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(3395.NUME. OU 3395.ACMS.\)&base=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(3395.NUME. OU 3395.ACMS.)&base=baseAcordaos)>. Acesso em: 03 set. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Proc. Mandado de Injunção n. 708/DF, rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 25 out. 2007. **Diário de Justiça da União**, Brasília, DF, 31 out. 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=mandado e segurança e competência e ato e ministro e matéria e trabalhista&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 04 set. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Proc. Mandado de Segurança n. 21.109-1-DF, Pleno, rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgado em 08 maio 1991. **Diário de Justiça da União**, Brasília, DF, 19 fev. 1993, p. 02033. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 02 set. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Proc. Mandado de Segurança MS-AgRg n. 21.200-4-DF, Pleno, rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 24 set. 1992. **Diário de Justiça da União**, Brasília, DF, 10 set. 1993, p. 18375. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(21200.NUME. OU 21200.ACMS.\)\("MARCO AURÉLIO".NORL. OU "MARCO AURÉLIO".NORV. OU "MARCO AURÉLIO".NORA. OU "MARCO AURÉLIO".ACMS.\)&base=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(21200.NUME. OU 21200.ACMS.)()>. Acesso em: 02 set. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Proc. Mandado de Segurança n. 22.132-RJ, Pleno, relator Min. Carlos Velloso, julgado em 21 ago. 1996. **Diário de Justiça**, Brasília, DF, 18 nov. 1996, p. 39848. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 06 out. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Proc. Mandado de Segurança n. 23.769-BA, Pleno, relatora Min. Ellen Gracie, julgado em 03 abr. 2002. **Diário de Justiça**, Brasília, DF, 30 abr. 2004, p. 33. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em 06 out. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Proc. Recurso Extraordinário n. 198.919-0-DF, 1. Turma, relator Min. Ilmar Galvão, julgado em 15 jun. 1999. **Diário de Justiça da União**, Brasília, DF, 24 set. 1999. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE\\$.SCLA.%20E%20198919.NUME.%29%20OU%20%28RE.ACMS.%20ADJ%20198919.ACMS.%29&base=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE$.SCLA.%20E%20198919.NUME.%29%20OU%20%28RE.ACMS.%20ADJ%20198919.ACMS.%29&base=baseAcordaos)>. Acesso em: 05 out. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Proc. Recurso Extraordinário n. 220.906/DF, Pleno, relator Ministro Maurício Corrêa, julgado em 11 nov. 2000. **Diário de Justiça da União**, Brasília, DF, 14 nov. 2002, p. 15. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=correios+e+fazenda+e+p%Fablica&pagina=3&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 05 out. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Proc. Recurso Extraordinário n. 349.703-RS, Pleno, relator Min. Carlos Britto, julgado em 03 dez. 2008. **Diário de Justiça eletrônico**, Brasília, DF, 05 jun. 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28349703.NUME.%20OU%20349703.ACMS.%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 10 set. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmulas 629 e 630. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigoBd.asp#visualizar>>. Acesso em: 05 out. 2009.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Orientação Jurisprudencial n. 247, da Seção de Dissídios Individuais 1. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/Cmjpn/livro_html_atual.html#SBDI-1>. Acesso em: 23 out. 2009.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Orientação Jurisprudencial n. 339, da Seção de Dissídios Individuais-1. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/Cmjpn/livro_html_atual.html#SBDI-1>. Acesso em: 23 out. 2009.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Proc. n. AI-RR 376/2007-003-22-40, 2. Turma, relator Ministro Renato de Lacerda Paiva, julgado em 26 ago. 2009. **DEJT**, 18 set. 2009. Disponível em: <<http://brs02.tst.jus.br/cgi-bin/nph-brs?s1=4893314.nia.&u=/Brs/it01.html&p=1&l=1&d=blnk&f=g&r=1>>. Acesso em: 28 set. 2009.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Proc. AG-MS n. 11713/1990, SDC, rel. Min. Hylo Gugel, julgado em 25 jun. 1991. **Diário de Justiça da União**, Brasília, DF, 16 ago. 1991, p. 10868. Disponível em: <http://brs02.tst.jus.br/cgi-bin/nph-brs?d=BLNK&s1=mandado+e+seguran%E7a+e+cabimento+e+ato+e+empresa+e+p%Fablica&s2=ju01.base.&u=http://www.tst.gov.br/jurisprudencia/brs/nspit/n_nspitgen_un.html&p=1&r=16&f=G&l=0>. Acesso em: 07 set. 2009.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Proc. n. RODC-309/2009-000-15-00.4, SDC, rel. Min. Maurício Godinho Delgado, julgado em 10 ago. 2009. **Diário de Justiça**, Brasília, DF, 04 set. 2009. Disponível em: <

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Proc. RO-MS n. 328.699/1996, SBDI2, relator Ministro João Oreste Dalazen, julgado em 16 jun. 1998. **Diário de Justiça da União**, Brasília, DF, 14 ago. 1998. Disponível em: <http://brs02.tst.jus.br/cgi-bin/nph-brs?d=BLNK&s1=Ato+e+presidente+e+sociedade+e+economia+e+mista+e+Incompet%EAncia&s2=ju01.base.&u=http://www.tst.gov.br/jurisprudencia/brs/nspit/n_nspitgen_un.html&p=1&r=1&f=G&l=0>. Acesso em: 02 set. 2009.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Proc. n. RO-MS 344247/1997, SBDI-2, rel. Min. Milton Moura França, julgado em 03 jun. 1998. **Diário de Justiça da União**, Brasília, DF, 28 ago. 1998, p. 325. Disponível em: <http://brs02.tst.jus.br/cgi-bin/nph-brs?d=BLNK&s1=mandado+e+seguran%E7a+e+cabimento+e+ato+e+sociedade+e+economia+e+mista&s2=ju01.base.&u=http://www.tst.gov.br/jurisprudencia/brs/nspit/n_nspitgen_un.html&p=1&r=3&f=G&l=0>. Acesso em: 07 set. 2009.

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)